

Sygn. akt I ACa 705/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lutego 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Maria Iwankiewicz
Sędziowie:	SSA Mirosława Gołuńska (spr.) SSA Dariusz Rostał
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 28 lutego 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa J. K.

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) W. i (...). spółka jawna w S. i Gminie C.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej Gminy C.

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 8 lipca 2011 r., sygn. akt VIII GC 81/10

I. oddala apelację,

II. zasądza od pozwanej Gminy C. na rzecz powoda J. K. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Dariusz Rostał Maria Iwankiewicz Mirosława Gołuńska

Sygn. akt I ACa 705/12

UZASADNIENIE

Powód J. K. wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych Przedsiębiorstwa (...) W. i (...). Spółki jawnej w S. i Gminy C. kwoty 215.672,26 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 24 lutego 2006 r. i kosztami procesu .

Powód wyjaśnił, że wartość przedmiotu sporu w niniejszej sprawie wynika z: wartości robót zgodnie z umową (tj. kwoty 565.765,85 zł) pomniejszonej o wartość podbitki w kwocie 6.100 zł wykonanej przez pozwaną ad. 1 we własnym zakresie oraz zwiększonej o roboty dodatkowe w postaci lukarn w kwocie 4.066,69 zł., oraz wartości robót dodatkowych w postaci dodatkowego murowania ścian i wieńców na kwotę 39.045,06 zł. Razem wartość wykonanych

robót i wystawionych faktur wyniosła 602.777,60 zł. Kwota ta została zaś pomniejszona o: kompensatę dokonaną dokumentami PK na kwotę 1.545,19 zł, wpłatę gotówkową z 20.09.2005 r. na kwotę 30.000 zł, wpłatę gotówkową z 26.09.2005 r. na kwotę 5.000 zł, przelew pozwanej ad. 2. z 27.10.2005 r. na kwotę 341.959,38 zł, zmniejszenia wynagrodzenia o kwotę 8.600,77 zł zgodnie z kosztorysem usterkowym z 5.06.2006 r.

W odpowiedzi na pozew pozwana ad. 2 - Gmina C. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 28.000 zł oraz 15 zł tytułem znaków opłaty skarbowej.

W odpowiedzi na pozew pozwany ad. 1, składając jednocześnie pozew wzajemny wniósł o oddalenie powództwa głównego w całości oraz zasądzenie od powoda (pозwanego wzajemnego) na swoją rzecz kwoty 41.412,52 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia wytoczenia powództwa wzajemnego. Pozwany ad. 1 (powód wzajemny) wniósł także o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wywołanych wniesieniem powództwa głównego i wzajemnego, według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 16 września 2007 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie w sprawie o sygnaturze akt VIII GC 196/06 zasądził w punkcie I solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 209523,46 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 9 października 2006 roku, oddalając w punkcie II powództwo, w punkcie III zasądził koszty postępowania z pozwu głównego, w punkcie IV oddalił powództwo wzajemne w całości, zaś w punkcie V zasądził od powoda z pozwu wzajemnego na rzecz pozwanego z pozwu wzajemnego koszty postępowanie.

Wyrokiem z dnia 21 grudnia 2009 roku Sąd Apelacyjny w Szczecinie uchylił powyższy wyrok w zakresie rozstrzygnięć zawartych w punktach I, III, IV, V i zniósł postępowanie w sprawie poczynając od zarządzenia Przewodniczącego w sądzie I instancji z dnia 3 października 2006 roku i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania.

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy biorąc pod uwagę regulację art. 479¹⁴ § 3 k.p.c oraz art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2006 roku o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego i innych ustawy (Dz. U z dnia 19 grudnia 2006 roku) zarządzeniem z dnia 6 kwietnia 2010 roku (karta 1133) wyłączono powództwo wzajemne wniesione przez Przedsiębiorstwo (...) spółkę jawną w S. do odrębnego rozpoznania.

Wyrokiem z dnia 8 lipca 2011 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził solidarnie od pozwanych Przedsiębiorstwa (...) W. i (...). Spółki jawnej w S. i Gminy C. na rzecz powoda J. K. kwotę 209.523,46 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 9 października 2006 r.; a w punkcie II rozstrzygnął, że koszty procesu ponoszą solidarnie pozwani i pozostawił referendarzowi sądowemu szczegółowe wyliczenie kosztów procesu po uprawomocnieniu się orzeczenia.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd oparł na następujących ustaleniach i wnioskach:

w dniu 20.06.2005 r. pomiędzy pozwanym ad. 1. Przedsiębiorstwem (...) W. i (...). Spółką jawną w S. dalej jako (...), jako wykonawcą, a pozwaną ad. 2. Gminą C., jako zamawiającym, zawarta została, w drodze przetargu nieograniczonego, umowa, na podstawie której wykonawca zobowiązał się zrealizować roboty budowlane wchodzące zakres zadania inwestycyjnego „Kontynuacja robót budowlanych polegających na rozbudowie, przebudowie i nadbudowie budynku socjalno-klubowego wraz z zagospodarowaniem terenu od istniejącego stanu dzień 30.04.2004 r.”. Zakres robót i wymagana technologia wykonania określono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiącej załącznik nr 1 do umowy będący jej integralną częścią. Strony ustaliły, że wykonawca wykona przedmiot umowy siłami własnymi oraz siłami podwykonawców w zakresie robót ogólnobudowlanych. Za wykonanie przedmiotu umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 2.328.284,90 zł plus podatek VAT wg stawki 22%, czyli 2.840.507,69 zł brutto.

W odpowiedzi na zapytanie ofertowe powód J. K. - właściciel Przedsiębiorstwa (...), opracował ofertę z zastrzeżeniem, że nie jest w stanie wykonać konstrukcji dachu wg technologii (...), która była zaprojektowana. Powód zaproponował pozwanemu ad. 1. zamianę konstrukcji technologii dachu (...) na inną wg projektu inż. J. T.. (...)

w osobie pełnomocnika R. O. (1) wyraził na to zgodę i zwrócił się do projektantów obiektu o przeprojektowanie dokumentacji w tym zakresie w porozumieniu z bezpośrednim wykonawcą konstrukcji. (...) uznali, że ta zmiana jest możliwa do wykonania i skontaktowali się telefonicznie z burmistrzem C., który jako inwestor był jedyny władny do złożenia wniosku o zmianę pozwolenia na budowę. Projektanci otrzymali taką zgodę i przystąpili do wykonania nowego projektu w zakresie konstrukcji dachu łącznie z poddaszem. Zleceniodawcą był Urząd Miejski w C.. Sporządzenie dokumentacji dotyczącej przeprojektowania dachu zajęło około półtora miesiąca. Wykonaną dokumentację projektową projektant zawiązał do Starostwa Powiatowego. Konstrukcja przeprojektowana wg założeń powoda była o połowę tańsza od konstrukcji w technologii (...). W dacie zawierania umowy pomiędzy pozwanym ad. 1. i powodem nie było jeszcze gotowego projektu nowej konstrukcji dachowej.

W dniu 8 lipca 2005 r. pomiędzy pozwanym ad. 1. jako zleceniodawcą a powodem, jako wykonawcą, zawarta została umowa, której przedmiotem były roboty budowlane wchodzące w zakres zadania inwestycyjnego - „Kontynuacja robót budowlanych polegających na budynku socjalno-biurowym przy ul. (...) w C.”, zgodnie z zakresem określonym w załączniku nr 1 do umowy. Zakres robót i wymaganą technologię wykonania określono w projektach budowlanych i projektach wykonawczych stanowiących załącznik do niniejszej umowy i stanowiących integralną jej część, oraz dokumentacji adaptacyjnej konstrukcji dachu autorstwa inż. J. T., stanowiącej aneks do projektu technicznego. Wykonawca miał zrealizować przedmiot umowy z materiałów własnych i przy użyciu własnego sprzętu. Strony ustaliły termin wykonania przedmiotu umowy z podziałem na etapy. Przekazanie terenu budowy i rozpoczęcie robót miało nastąpić w ciągu 3 dni od daty podpisania umowy. Pierwszy z etapów robót – wykonanie i montaż konstrukcji dachu miał być zakończony do 19.08.2005 r., a etap ostatni – uporządkowanie placu i przekazanie wykonanego przedmiotu umowy – odbiór końcowy do dnia 18.09.2005 r.

Sąd Okręgowy wskazał, że strony ustaliły, że obowiązującą wartością wynagrodzenia jest rozliczenie zgodne z załącznikiem nr 1 do umowy i wynosi ono netto 463.742,50 zł. Rozliczanie robót miało następować każdorazowo po zakończeniu danego etapu robót określonych w § 2 pkt 2, za które wykonawca otrzymać miał zryczałtowane wynagrodzenie w następujących wysokościach: wykonanie i montaż konstrukcji dachu – 112.000 zł, montaż obudowy dachu – 100.000 zł, wykonanie murów i wieńca – 48.706 zł, roboty pozostałe – 193.036,50 zł, rozliczenie pracy sprzętu – 10.000 zł. Płatność miała nastąpić przelewem na rachunek wykonawcy podany na fakturze w oparciu o bezusterkowe protokoły odbioru wykonanych robót w terminie 14 dni od daty dostarczenia zleceniodawcy faktury z załączonymi dokumentami rozliczeniowymi (protokół odbioru etapu robót) na adres korespondencyjny. Do wynagrodzenia miał być doliczony podatek VAT. Podał Sąd, że strony w § 10 przewidziały dla każdej z nich prawo do odstąpienia od umowy i ustaliły przesłanki tego odstąpienia. Oświadczenie o odstąpieniu należało złożyć drugiej stronie w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Pisemne oświadczenie musiało mieć uzasadnienie i należało je złożyć w terminie 1 miesiąca od powstania przyczyny uzasadniającej jego złożenie. W przypadku odstąpienia od umowy wykonawcę oraz zleceniodawcę obciążały szczegółowe obowiązki określone w pkt. 4 § 10. Zleceniodawca w razie odstąpienia od umowy był zobowiązany do dokonania odbioru robót przerwanych oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia.

Sąd ustalił, że w piśmie z 8.08.2005 r. generalny wykonawca - P.W. (...) poinformował powoda, że w związku z realizacją przedmiotowej inwestycji nastąpiły istotne okoliczności co do ponownego przeszacowania zakresu rzeczowego – finansowego realizowanej umowy, wynikające z odebranego od powoda w dniu 29.07.2005 r. aneksu nr (...) do projektu architektoniczno-budowlanego, zawierającego zmiany, które nie wchodziły w zakres omówionych i zamierzonych przez pozwanego ad. 1. do wprowadzenia na etapie podpisywania umowy. W odpowiedzi powód wyjaśnił, że w projekcie adaptacyjnym cenę i sposób wykonania określił projekt poprzedni, a pismo pozwanego rozumie jako chęć zweryfikowania kalkulacji ujętej w umowie i zwiększenia jej o 30% dotychczasowej wartości w celu pokrycia kosztów robocizny i materiałów związanych ze zwiększeniem się zakresu robót w nowym rozwiązaniu.

Około miesiąca od podpisania umowy i rozpoczęcia robót powód monitował (...), że nie będzie w stanie dotrzymać terminów przewidzianych umową ze względu na nieprzygotowanie frontu robót.

Ustalił Sąd, że w dniu 19.08.2005 r. odbył się odbiór robót w zakresie: ścian II piętra wg umowy 493 m², wieńców żelbetowych wg umowy 160 mb. Przedstawiciel zamawiającego – kierownik budowy E. S. (1) zaznaczył w protokole odbioru, że nie sprawdzono obmiarów i ewentualne rozbieżności P.W. (...) skompensuje z innymi robotami (...). Ze względu na brak udostępnienia przez (...) frontu robót powód nie mógł dotrzymać nie tylko terminów, ale i zasad odbioru i fakturowania robót. W związku z tym powód porozumiał się z R. O. (1), że będzie fakturować całość robót według stopnia ich zaawansowania. Księgowa powoda W. S.-P. w dniu 22.08.2005 r. wystawiła pozwanemu ad. 1. fakturę VAT nr (...) na kwotę 339.459,51 zł za roboty budowlane w C. – budynek socjalno-biurowy (częściowe rozliczenie robót). Fakturę w dniu 23.08.2005 r. odebrała pracownik P.W. (...) D. K. (1).

Ustalił też Sąd, że wbrew wcześniejszym ustaleniom kierownik robót powoda nie uzyskał dostępu do dziennika budowy. W piśmie z 24.08.2005 r. powód poinformował (...), że w związku z przerwaniem prac murarskich klatki schodowej z windą niemożliwe jest połączenie konstrukcji więźby dachowej z lewej i prawej strony klatki. Wymaga to dodatkowych czynności i powoduje czterodniowe opóźnienie prac.

Pismem z 25.08.2005 r. kierownik budowy P.W. (...) E. S. poinformował powoda, że stwierdzono niezgodność wysokości pomieszczeń II piętra z projektem, gdyż po wykonaniu stropu systemowego i posadzek nie uzyskuje się wymaganej wysokości. Natomiast w piśmie z 2.09.2005 r. powód zawiadomił pozwanego ad. 1., że w związku z opóźnieniem na budowie w C. robót murowych klatki schodowej nie będzie mógł kontynuować robót związanych z pokryciem dachu. Natomiast faksem z 15.09.2005 r. powód zgłosił gotowość do odbioru prac budowlanych związanych z wznoszeniem ścian i wykonaniem wieńców na dzień 19.09.2005 r.

W dniu 16.09.2005 r. odbył się odbiór wykonanych już przez powoda robót. Za zamawiającego kierownik budowy E. S. (1) zaznaczył w protokole odbioru sposób obliczenia wynagrodzenia za te prace. Po odbiorze robót powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 39.045,06 zł za dodatkowe murowanie ścian i wieńców. W dniu 20.09.2005 r. pozwany ad. 1. wypłacił powodowi kwotę 30.000 zł tytułem częściowej zapłaty należności, a w dniu 26.09.2005 r. kwotę 5.000 zł za „F (...) część.” W dniu 30.09.2005 r. księgowość powoda dokonała kompensaty 1.545,19 zł z wynagrodzeniem powoda w związku z zakupem od pozwanego ad. 1. materiałów budowlanych.

W dniu 23.09.2005 r. odbył się kolejny odbiór robót dotyczący tynków wew. gipsowych wg umowy 493 m², które zostały wykonane w okresie 6 - 15.09.2005 r. W uwagach zamawiającego wpisano, że wykonawca zobowiązuje się do skończenia tynków poddasza i I piętra ścian wykonanych przez (...).

Pismem z 21.09.2005 r. powód poinformował P.W. (...), że w związku z przekroczeniem terminu płatności za wykonane i zafakturowane prace, na podstawie § 8 pkt 6 umowy przerywa prace do chwili całkowitej zapłaty zaległości. Drugie pismo z tej samej daty powód skierował do Urzędu Miejskiego w C. informując, że jest podwykonawcą firmy P.W. (...) sp.j. w S. i uczestniczy w realizacji inwestycji – budynku socjalno-klubowego w C.. Na dzień sporządzenia pisma powód wykonał 80% prac związanych ze wznoszeniem II piętra budynku i jego zadaszeniem, z tego 60% zostało zafakturowane i nie zapłacone. W związku z tym powód poprosił o dokonanie płatności za zafakturowane prace i nie zapłacone w terminie przez (...) w wysokości 309.459,51 zł. Od przedstawicieli P.W. (...) powód dowiedział się, że pozwany ad. 1. nie może mu zapłacić, bo Gmina C. nie płaci generalnemu wykonawcy. Od skarbnika Gminy B. K. księgowa powoda - W. S.-P. dowiedziała się, że Gmina stara się o kredyt na dokończenie obiektu.

Podał Sąd, że pozwany ad. 1 w piśmie z 30.09.2005 r. do Urzędu Miejskiego w C. P.W. (...), w związku z zawartą umową z dnia 20.06.2005 r., zgłosił i poprosił o zaakceptowanie na przedmiotowym zadaniu podwykonawcy robót budowlanych Przedsiębiorstwo (...) J. K.. W załączeniu pozwany ad. 1. przesłał kserokopię umowy z podwykonawcą. Dnia 1.10.2005 r. pozwany ad. 1. przesłał powodowi faks, w którym poinformował, że w dniu dzisiejszym (...) przystąpił do wykonywania poszycia dachu (element podbitki) we własnym zakresie, zastrzegając, iż roboty te zostaną skalkulowane i wartość ta zostanie pomniejszona z wynagrodzenia umownego.

Wykonanie montażu konstrukcji stalowej dachu zostało odebrane w dniu 1.10.2005 r.

W dniu 18.10.2005 r. pomiędzy pozwanym ad. 1. – cedentem a powodem – cesjonariuszem, zawarta została umowa cesji. W § 1 cedent oświadczył, że na podstawie umowy z 8.07.2005 r. i faktur nr (...) (załącznik nr 1) zobowiązany jest zapłacić na rzecz cesjonariusza kwotę 341.959,38 zł. W § 2 pkt 1 cedent oświadczył, że na kwotę 342.959,38 zł jest wierzycielem Urzędu Gminy w C. z umowy o roboty budowlane związane z realizacją zadania „Kontynuacja robót budowlanych polegających na rozbudowie, przebudowie i nadbudowie budynku socjalno-klubowego wraz z zagospodarowaniem terenu” (zał. nr 2). Cedent oświadczył ponadto, że określona w pkt. 1 wierzytelność istnieje, jest wymagalna i wolna od obciążeń oraz że uprawnienie do jej zbycia na rzecz osób trzecich nie zostało wyłączone (pkt 2 § 2). W § 4 cedent zobowiązał się zawiadomić niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni Urząd Miejski w C. o zawarciu niniejszej umowy.

W dniu 27.10.2005 r. na rachunek bankowy powoda wpłynęła kwota 341.959,30 zł przekazana przez Urząd Miejski w C..

Pismem z 7.11.2005 r. pozwany ad. 1. wezwał powoda do natychmiastowego przedstawienia projektu zamiennego konstrukcji dachu autorstwa inż. J. T. zatwierdzonego przez Starostwo Powiatowe w C., dla weryfikacji technologii, zakresu i oceny prac. (...) roboczą wersję zamienną otrzymał w dniu 29.07.2005 r., ale ona nie może być podstawą do odbioru i oceny robót. W odpowiedzi powód wskazał, że (...) jest generalnym wykonawcą i w związku z tym winien udostępnić podwykonawcy dokumentację w celu prawidłowego wykonania umowy.

Pełnomocnik P.W. (...) pismem z 9.11.2005 r., nazwanym „Ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty”, wezwał powoda do zapłaty kwoty 341.959,38 zł, albowiem należności z faktur nr (...), objęte umową cesji, nie są wymagalne, gdyż nie został spełniony umowny warunek dołączenia do faktur bezusterkowych protokołów odbioru. W piśmie z 21.11.2005 r. pełnomocnik pozwanego ad. 1., wezwał powoda m.in. do natychmiastowego zakończenia robót wg poprzez: wykonanie i montaż konstrukcji dachu, montaż obudowy dachu, pozostałych prac, wyznaczając termin 3 dni na podjęcie robót, pod rygorem skutków z § 10 ust. 1 pkt 5) umowy.

Powód w piśmie z dnia 25.11.2005 r., podniósł m.in., że prace zostały podjęte już 7.11.2005 r., w dwa dni po dokonanej inwentaryzacji.

Faksem z 25.11.2005 r., w odpowiedzi na pismo generalnego wykonawcy, powód wskazał na przyczyny niewykonania przez niego robót, powołując się na okoliczności związane z kolejnością technologiczną, sposobem wykonywania prac budowlanych.

Nadto wskazał, że wykonanie ocieplenia klatki schodowej nr 2 nie należy do zakresu umowy. W związku z tym powód wezwał (...) do pilnego przekazania frontu robót, w celu zakończenia prac objętych umową i zgłoszenia ich do odbioru końcowego.

Z kolei faksem z 15.12.2005 r. powód zgłosił gotowość do odbioru prac budowlanych na dzień 21.12.2005 r. Z kolei pismem z 21.12.2005 r. pełnomocnik pozwanego ad. 1. zawiadomił powoda, co do warunków przyjęcia zgłoszenia robót do odbioru i jednocześnie zauważył, że z informacji uzyskanych od kierownika budowy i inspektora nadzoru zamawiającego roboty na dzień 20.12.2005 r. nie zostały zakończone.

Sąd Okręgowy podał, że w związku z odmową pozwanego ad. 1 do odbioru robót, powód poprosił o pisemne potwierdzenie decyzji inspektora nadzoru inwestorskiego o nie pokrywaniu płytami R-G sufitu na korytarzu II piętra z powodu nie zakończenia prac wentylacyjnych przez P.W. (...). Powód zapowiedział, że brak pisemnej odpowiedzi do godz. 15⁰⁰ potraktuje jako potwierdzenie decyzji wstrzymania prac związanych z pokryciem 56 m² sufitu na korytarzu II piętra.

Następnie pismem z dnia 30.12.2005 r. powód po raz drugi zgłosił gotowość do odbioru końcowego na dzień 4.01.2006 r. z łącznym uczestnictwem Urzędu Gminy wraz z inspektorem nadzoru.

W dacie wyznaczonego na 4.01.2006 r. odbioru końcowego robót wykonywanych przez firmę powoda na budowie stawili się: za wykonawcę P.W. (...) – kierownik budowy E. S. (1), za podwykonawcę (...) – W. S.-P. gł. księgową i J. F. (1) kierownik robót. Na pierwszej stronie protokołu E. S. wpisał, że: ponieważ firma (...) zgłosiła na dzień dzisiejszy do odbioru końcowego wykonanie robót na ww. budowie wymóg ten nie spełnia formalności odbioru końcowego ze względu na niedokończenie robót wymienionych w załączniku nr 1 do niniejszego protokołu i złą jakością wykonania robót odbiór końcowy nie może być dokonany. Podpis na pierwszej stronie złożyła tylko W. P., podobnie jak na załącznikach. Kierownik budowy E. S. nie chciał się w ogóle podpisać i kwestionując aby był to odbiór końcowy robót zażądał skreślenia wyrazu „końcowy” i nadpisania „przejsciowy”. Pierwszy załącznik zawierał uwagi dotyczące wykonanych robót, tzn. usterki, oraz termin ich usunięcia. Drugi dotyczył szczegółowo wskazanego zakresu wykonanych robót. Ustalił Sąd, że zakres wykonanych robót przedstawiciele wykonawcy i podwykonawcy ustalali w trójkę.

W piśmie z dnia 11.01.2006 r. pełnomocnik pozwanego ad. 1. wezwał powoda na podstawie art. 491 § 1 i 2 k.c. do wywiązania się z umowy.

Powód wyznaczył pozwanemu ad. 1. termin na dzień 26.01.2006 r. Jednocześnie przypomniał, że nie może zakończyć prac przy wykonywaniu sufitu II piętra, ponieważ od września ub.r. do dnia dzisiejszego nie została wykonana przez P.W. (...) wentylacja nawiewna i wywiewna. W związku z tym powód oświadczył, że rezygnuje z wykonania 56 m² sufitu na korytarzu II piętra i w rozliczeniu końcowym dokona korekty wynagrodzenia.

Ustalił Sąd, że powód pismem z 19.01.2006 r., zgłosił gotowość odbioru robót na dzień 26.01.2006 r. P.W. (...) kwestionował wykonanie prac przez powoda. Na dzień wyznaczonego na 26.01.2006 r. odbioru końcowego robót wykonywanych przez firmę powoda na budowie stawili się: za wykonawcę P.W. (...) – kierownik budowy E. S. (1), za podwykonawcę (...) – J. F. (1) kierownik robót. Stawiła się także gł. księgową W. S.-P., która wstępnie została wpisana do protokołu, ale kierownik budowy E. S. zakwestionował jej upoważnienie do odbioru robót za podwykonawcę, więc została wykreślona i ostatecznie pełniła funkcję protokolanta. Odbiór odbywał się przy udziale rzeczoznawcy (...) J. G. (1).

Jak ustalił Sąd Okręgowy pod wydrukowaną w protokole formułą o wykonaniu robót zgodnie z wymogami zawartymi w projekcie technicznym oraz umowie z 8.08.2005, odręcznie wpisano, że P.W. (...) nie upoważniła swojego przedstawiciela p. E. S. (1) do przeprowadzenia końcowego odbioru robót zgodnie z umową. Pan R. O. (1) nie stawiał się na odbiór. Następnie wpisano zakres robót wykonanych wg systematyki załącznika nr 1 do umowy. Wedle ustaleń Sądu z wykazu wynika, że zlecone roboty zostały wykonane w komplecie plus 5 szt. dodatkowych lukarni.

Po przeprowadzeniu oględzin, sporządzono protokół, który został podpisany przez E. S. (1), J. F. (1) i J. G. (1). Do protokołu zostały dołączone załączniki nr 6 i nr 7, spisane przez E. S., nazwane „Zakresy wykonanych robót”. Zawarto zapis, że w związku z powyższym odbiór robót wykonanych przez (...) i zgłoszonych na dzień 26.01.2006 r. nie może być dokonany. Kierownik budowy poprosił o uzupełnienie w/w uwag i ponowne wyznaczenie daty odbioru. Załączniki zostały również podpisane przez E. S. (1), J. F. (1) i J. G. (1).

W piśmie z dnia 27.01.2006 r., nadanym listem poleconym 30.01.2006 r., pełnomocnik pozwanego ad. 1. P.W. (...) poinformował powoda o odstąpieniu na podstawie art. 491 § 1 i § 2 k.c. od umowy z dnia 8.07.2005 r. Ustalił też Sąd, że w dniu 1.02.2006 r. powód wystawił pozwanemu ad. 1. fakturę VAT nr (...) na kwotę 224.273,03 zł za roboty budowlane zgodnie z umową z 8.07.2005 r. – rozliczenie końcowe.

Pismem z 1.02.2006 r., podpisanym przez główną księgową, powód zwrócił się do Burmistrza C. – z powołaniem się na art. 647 § 5 k.c. – o dokonanie zapłaty za rzeczywiście wykonane roboty, potwierdzone protokołem końcowego odbioru z 26.01.2006 r. Odbiór ten odbył się w obecności przedstawiciela P.W. (...), który po raz trzeci odmówił jego zakończenia bez uprzedniego przystąpienia do rzeczywistego odbioru (obejrzenia robót wykonanych), a pisemne prośby o udział w odbiorze inspektora nadzoru W. Ż. i Naczelnika Wydziału Budownictwa S. N. pozostały bez odzewu.

Jak ustalił Sąd Okręgowy przy piśmie z 10.02.2006 r. pozwany ad. 1. odesłał powodowi fakturę nr (...) bez akceptacji ze względu na niedokonanie odbioru końcowego, co zostało potwierdzone w załącznikach nr 6 i 7 do protokołu z 26.01.2006 r., a ponadto powołał się na odstąpienie z 27.01.2006 r. dokonane w imieniu pozwanego przez Kancelarię Radców Prawnych.

W imieniu powoda pismem z 17.02.2006 r. wezwanie do zapłaty kwoty 224.273,03 zł, z załączonej faktury VAT nr (...), skierował do P.W. (...) pełnomocnik, powołując się na odebranie robót w dniu 26.01.2006 r.

W odpowiedzi z 15.03.2006 r. pełnomocnik pozwanego ad. 1. zakwestionował podstawę do wypłaty. Z kolei w piśmie z 17.03.2006 r., w nawiązaniu do pisma kancelarii adwokackiej powoda i jego pisma z 10.03.2006 r., z-ca burmistrza C. uznał za bezzasadne wezwanie do zapłaty. Pełnomocnik powoda z 4.04.2006 r. odniósł się do zarzutów Gminy i ponownie wezwał ją do zapłaty.

Pismem z dnia 23.03.2006 r. powód poinformował Burmistrza C. i P.W. (...), że w dniu 28.03.2006 r. dokonane zostaną oględziny spornych robót przez rzeczoznawcę (...) i biegłego sądowego.

W dniu 28.03.2006 r. powołany przez powoda rzeczoznawca budowlany J. G. (1) usiłował dokonać oględzin, ale nie został wpuszczony na teren przez kierownika budowy E. S.. Jeszcze w tym samym miesiącu J. G. sporządził opinię techniczną dot. robót budowlanych wg protokołu odbioru końcowego z dnia 26.01.2006 r.

Ustalił Sąd, że w dniu 30.05.2006 r. powód przekazał pracownikowi pozwanego ad. 1.D. K. (1) atesty dotyczące wbudowanych materiałów, a także dokumenty dotyczące wykonania spawów na konstrukcji stalowej. Tego samego dnia nastąpił odbiór tabliczki znamionowej na konstrukcję stalową wykonaną przez (...). Odbierającym był inwestor, za którego działali inspektor nadzoru W. Ż. i pracownik UM w C. K. M. (1).

W piśmie z dnia 12.06.2006 r. do pozwanego ad. 1. pełnomocnik powoda, złożył kosztorys usterkowy z 5.06.2006 r. obejmujący wszelkie zgłoszone na spotkaniach stron usterki robót budowlanych wykonanych przez powoda. Podał, że mając na uwadze możliwość osiągnięcia kompromisu pełnomocnik oświadczył, że powód jest gotowy zaakceptować zgłoszone usterki i zmniejszyć należne mu wynagrodzenie o kwotę 8.600,77 zł wynikająca z kosztorysu usterkowego.

Przy piśmie z 29.08.2006 r. pełnomocnik pozwanego ad. 1. przedłożył powodowi Opinię techniczną z 5.06.2006 r., sporządzoną przez rzeczoznawcę budowlanego M. U. (1), wskazując że z treści opinii wynika, że powodowi nie przysługują żadne wierzytelności. Natomiast powód jest zobowiązany, ze względu na zakres faktycznie wykonanych robót i ich jakość, do zwrotu na rzecz P.W. (...) kwoty 33.944,69 zł oraz do zapłaty kar umownych w wysokości 62.141 zł.

Ustalił Sąd Okręgowy, że powód wykonał całość możliwych do wykonania robót wynikających z umowy z dnia 8.07.2005 r., za wyjątkiem 56 m⁽²⁾ sufitów podwieszanych pod poddaszem nieużytkowym z powodu nie zakończenia przez pozwanego ad. 1. prac wentylacyjnych. Wartość tych niewykonanych 56 m⁽²⁾ sufitów podwieszanych wynosi 5.040 zł bez podatku VAT. Powód wykonał cały zakres krycia dachu wraz z łączeniem, nie wykonał obudowy okapu, wykonał całość ścian i pilastrów 493 m⁽³⁾, wieńców 160 mb, powód wykonał wszystkie lukarny, wykonał 493 m⁽³⁾ tynków wewnętrznych, kompletny strop z płyt OSB na ruszcie stalowym z wełną mineralną grubości 18 cm i podwieszanymi dwoma piętrami G-K w ilości 350 m⁽²⁾. Wykonał także 750 m⁽²⁾ stropu podwieszanego nad częścią nieużytkową z wyjątkiem pokrycie 56 m⁽²⁾ nad korytarzem drugiego piętra. Na budowie był także zatrudniony sprzęt zgodnie w umowę. Obecnie budynek spełnia swoje funkcje użytkowe i posiada pozwolenie na użytkowanie. Nie wszystkie widoczne w budynku wady są dziełem powoda, gdyż był on tylko jednym z podwykonawców. Powód nie miał obowiązku wykonania płatków przeciwniegowych. Powód wykonał wadliwie rynny, obecne rynny z powodu dużej krzywizny nie nadają się do ponownego montażu, należy zatem zamontować rynny nowe. Wartość wykonania nowych rynien zamyka się w kwocie 5324,04 zł. W tej kwocie mieści się też naprawa połączeń płyt i wymiana wełny mineralnej. Powód użył blachy trapezowej zgodnie z dokumentacją, zaś drobne wygięcia pasa kalenicowego oraz grzbietu dachu

są wadami nieistotnymi dla funkcjonowania obiektu, stanowią jedynie wadę estetyczną, podobnie jak pęknięcia na łączeniu płyt g-k. Brak wyników badań betony obciąża kierownika budowy a nie wykonawcę. Wadliwość wykonania otworu nałaty stanowi usterkę estetyczną, a nie użytkową.

Dokonawszy powyższych ustaleń uznał Sąd żądanie powoda oparte na treści art. art. 647 k.c. oraz art. 647¹ § 5 k.c. w przeważającej części tj. co do zapłaty kwoty 209.523,46 zł za uzasadnione.

Sąd ocenił, że nie budzi wątpliwości, że łącząca powoda i pozwanego ad. 1. umowa z dnia 8 lipca 2005 r. była umową o roboty budowlane. Zatem żądanie zasądzenia wynagrodzenia należnego podwykonawcy (powodowi) znajdowało swoją podstawę prawną w treści przepisu art. 647 k.c., zaś treść przepisu art. 647¹ § 5 k.c. uzasadnia solidarne żądanie zapłaty tego wynagrodzenia od pozwanego ad.1.i inwestora (pozwaney ad. 2.).

W okolicznościach sprawy nie była sporna treść umowy z dnia 8.07.2005 r., w tym wysokość należnego powodowi wynagrodzenia ryczałtowego. Pozwani nie zakwestionowali także wykonania przez powoda robót dodatkowych, nie objętych załącznikiem nr 1 do umowy, w postaci dodatkowych lukarn (4.066,69 zł) i dodatkowego murowania ścian i wieńców (39.045,06 zł – faktura VAT nr (...)). Tę drugą z robót dodatkowych pozwany ad. 1. nadto potwierdził w umowie cesji z 18.10.2005 r., a pozwana ad. 2. należność objętą cesją powodowi zapłaciła. Sąd zauważył, że pomimo tego pozwani podnieśli szereg (analogicznych) twierdzeń, zarzutów i dowodów, zmierzających do wykazania, że powód nie wykonał całości przedmiot umowy, a w związku z tym nie tylko, że nie należy mu się wynagrodzenie ponad to zapłacone na podstawie ww. umowy cesji, ale nawet zobligowany jest do zwrotu części z tego wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności rozpoznał zarzut pozwanej ad. 2. Gminy C. braku legitymacji biernej po jej stronie, jako niweczący w zupełności jej odpowiedzialność względem powoda. Zarzut ten pozwana podniosła wskazując na art. 647¹ § 2 k.c. Według Gminy nie doszło do skutecznego wyrażenia przez nią zgody na zawarcie umowy przez TEST z powodem, nie złożyła ona oświadczenia o wyrażeniu zgody, gdyż nigdy nie zapoznała się z treścią umowy łączącej powoda z pozwanym ad. 1. Wykonawca, spółka jawna (...), nie przedstawił bowiem Gminie C. treści umowy wraz z odpowiednią dokumentacją. O samym fakcie zawarcia umowy, ale co ważne nie o jej treści, Gmina dowiedziała się od podwykonawcy z pisma z 21.09.2005 r. Sąd nie podzielił tych wywodów pozwanej Gminy, stojących w wyraźnej sprzeczności z materiałem dowodowym zebrany w sprawie, zwłaszcza z dowodami przywołanymi przez Gminę dla uzasadnienia swojego stanowiska. Podał Sąd, że Gmina C. nie tylko dowiedziała się o fakcie zawarcia umowy z 8.07.2005 r. od podwykonawcy (pismo z 21.09.2005 r.), ale również otrzymała tę umowę od wykonawcy, przy piśmie z dnia 30 września 2005 r. W piśmie tym, adresowanym do Urzędu Miejskiego w C. P.W. (...), w związku z zawartą umową z dnia 20.06.2005 r., zgłosił i poprosił o zaakceptowanie na przedmiotowym zadaniu podwykonawcy robót budowlanych Przedsiębiorstwo (...) J. K., w załączeniu przesyłając kserokopię umowy z podwykonawcą. Wedle Sądu o tym, że ta umowa dotarła do pozwanego inwestora świadczą także zeznania świadka K. M. (1) – pracownika Wydziału Infrastruktury, Budownictwa i Planowania Przestrzennego UM w C., który zeznał, że czytał umowę łączącą firmę (...) z firmą (...) z chwilą kiedy zgłoszono tą firmę jako podwykonawcę, Co do kwestii dokumentacji dotyczącej wykonywania robót przez podwykonawcę, która była integralną częścią umowy z 8.07.2005 r. (§ 1 pkt 2), wyjaśnił Sąd, że oczywistym jest, iż inwestor był w posiadaniu tej dokumentacji, gdyż zadanie zlecone powodowi pokrywało się z przedmiotem umowy z 20.06.2005 r. łączącej pozwanym. Natomiast odnośnie części dokumentacji, która związana była ściśle z zadaniem wykonywanym przez powoda, czyli dokumentacji adaptacyjnej konstrukcji dachu, uznał Sąd, że skoro zatem Gmina uzyskała zmianę pozwolenia na budowę w tym zakresie, to oczywistym jest, że dokumentacją trafiła ze Starostwa do Gminy. Przy czym Sąd Okręgowy podkreślił, że w dacie zawierania umowy z 8.07.2005 r. dokumentacja w tej części nie była jeszcze gotowa. Ponadto jak wynika z zeznań świadka-pracownika spółki jawnej (...) D. K. na pewno uzyskano pozwolenie na budowę w związku ze zmianą projektu architektonicznego

Odnośnie kwestii znajomości umowy z 8.07.2005 r. przez pozwaną ad. 2., a także związanej z nią dokumentacji budowlanej, zaznaczył Sąd, że żaden z przesłuchanych świadków, będących przedstawicielami (inspektor nadzoru) lub pracownikami Gminy, nie kwestionował udziału powoda jako podwykonawcy na przedmiotowym zadaniu inwestycyjnym, czy też nieznaności dokumentacji projektowej, a tym samym żaden z nich nie kwestionował

ścisłego związku pomiędzy inwestorem i podwykonawcą. Nie zmienia tego okoliczność, że nie uczestniczyli oni w odbiorach robót pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, gdyż po prostu nie byli oni przedstawicielami żadnego z nich. Podkreślił Sąd, że odpowiedzialności względem powoda w zakresie zapłaty wynagrodzenia solidarnie z wykonawcą, nie kwestionował także sam Burmistrz C., który w piśmie z 17.03.2006 r. do powoda podnosił tylko argumenty związane z rzekomym niedokończeniem robót przez podwykonawcę i kwestią usterek. Nie twierdził natomiast, że nie wyraził zgody na zawarcie przez P.W. (...) umowy z powodem, czego wyrazem jest stwierdzenie zawarte w ostatnim zdaniu tego pisma, że „inwestor zabezpiecza odpowiednie środki finansowe należne za wykonanie w całości określonych robót (...)”. Sąd Okręgowy zauważył także, że w odpowiedziach na pozew obu pozwanych kwestia rzekomego braku zgody inwestora na zawarcie umowy między pozwanym ad. 1. a powodem nie była podnoszona i również świadek – pracownik P.W. (...) (D. K.) nic nie mówili, o tym, że powód nie został zaakceptowany jako podwykonawca przez inwestora. Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29.04.2008 r. (III CZP 6/08) „Do zgody wymaganej przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.); niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c.”. Przenosząc to na realia tej sprawy Sąd przyjął, że spełnione zostały przesłanki pozwalające uznać zgodę Gminy na zawarcie rzeczonyj umowy z 8.07.2005 r., a w konsekwencji zaktualizowała się solidarna odpowiedzialność inwestora (pозwana ad. 2.) i wykonawcy (pозwany ad. 1.) za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonywane przez podwykonawcę (powoda).

Sąd Okręgowy uznał też, że niniejsza sprawa ma w całości tzw. gospodarczy charakter.

Sąd odniósł się do zarzutu niewykonania przez powoda całego zakresu robót objętych umową z dnia 8.07.2005 r. Na tę okoliczność pozwani przywołali dowód z opinii technicznej z dnia 5.06.2006 r., dowód z opinii biegłego rzeczoznawcy oraz z zeznań świadków: M. U. (2) (autora opinii z 5.06.2006 r.), E. S. (1), R. O. (1) i D. K. (1). Sąd nie przeprowadził dowodu z zeznań R. O. (2) - na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 oddalił wnioski o przesłuchanie R. O. (2) w charakterze świadka z uwagi na upływ terminu określonego w art. 242 k.p.c. Także sformułowany przez pełnomocnika pozwanego ad. 1 na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 roku wniosek o przesłuchanie R. O. (1) w charakterze strony oddalił, albowiem prokurent spółki jawnej nie może być przesłuchany w charakterze strony. Oprócz tych dowodów na okoliczność wykonania przez powoda zakresu zleconych robót dopuszczony został dowód z przedłożonych przez strony dokumentów oraz zeznań pozostałych – zawnioskowanych przez strony – świadków. W świetle tego materiału dowodowego w ocenie Sądu zasadny jest wniosek, że powód wykonał całość robót wynikających z umowy z dnia 8.07.2005 r., za wyjątkiem 56 m² sufitów podwieszanych pod poddaszem nieużytkowym, przy czym wynikało to faktu nie zakończenia przez pozwanego ad. 1. prac wentylacyjnych. Wyjaśnił Sąd, że brakująca ilość sufitu nie była przez powoda kwestionowana, podobnie jak brakująca podbitka gzymsu, której wartość (5.000 zł) strony postanowiły potrącić z wynagrodzenia powoda jeszcze przed procesem (vide końcowy protokół odbioru z 26.01.2006 r.,) i co powód odjął w kwocie 6.100 zł brutto w treści pozwu.

Odnosząc się do dowodu z opinii biegłego sądowego F. Z. (1) Sąd Okręgowy wskazał, że opinia ta została wydana po analizie dokumentacji projektowej złożonej przez pozwaną ad. 2. (co charakterystyczne - na wniosek powoda), dokumentów zgromadzonych w aktach i dopuszczonych jako dowód, a także po oględzinach przedmiotowego obiektu. Na tej podstawie biegły wydał jednoznaczną i jasną opinię co do zakresu robót wykonanych przez powoda oraz co do tego czy poszczególne prace wskazywane przez strony wchodziły w zakres robót zleconych wykonawcy na podstawie umowy z 8.07.2005 r. Jak podał Sąd, że opinię pisemną, po zapoznaniu się z zarzutami pozwanych, biegły podtrzymał na rozprawie i przekonująco odparł zarzuty pozwanych, bądź doprecyzował swoje stanowisko. Z tych względów Sąd uczynił ten dowód podstawą rozważań w tym zakresie, oczywiście nie deprecjonując innych dowodów, w szczególności protokołu odbioru robót z 26.01.2006 r., czy zeznań świadków. I właśnie odnosząc się do powyższego protokołu Sąd wskazał na jego str. 1 i 2, gdzie wymieniono zakres robót wykonanych. Z tego wykazu – w konfrontacji z załącznikiem nr 1 do umowy – wynika, że powód wykonał cały zakres zleconych robót, oczywiście z wyjątkiem tych wyżej omówionych. Protokół ten został podpisany m.in. przez kierownika budowy pozwanego ad. 1. E. S. (1), a więc osobę kompetentną do stwierdzenia kompletności wykonanych robót, skoro je nadzorował, niezależnie od zapisu

mówiącego, że P.W. (...) nie upoważnił go do przeprowadzenia końcowego odbioru robót. W protokole tym jest jeszcze zapis, że niedokończona została obróbka blacharska od strony zachodniej – około 1 m, którą wykonawca zobowiązał się wykonać przy sprzyjających warunkach pogodowych. Ale skoro w opinii technicznej z 5.06.2006 r. nie wymieniono już tego braku, to przyjąć należało, że zostało to wykonane.

O zakresie wykonanych robót traktują również załączniki nr 6 i 7 do protokołu z 26.01.2006 r., spisane przez E. S. (1), ale ich analiza prowadzi do wniosku, że dotyczą one w rzeczywistości co najwyżej wadliwości robót powoda, a nie ich kompletności (zakresu). Braku oznaczenia spawów, w tym braku tabliczki znamionowej, w świetle umowy stron również nie można uznać za niekompletność robót. Natomiast to co zostało wymienione w pkt. 3, 5 i 6, to są to ewidentnie usterki robót, które nie przesądzają o tym, że roboty nie zostały wykonane w całości, a co najwyżej o tym, że wystąpiła w nich pewna wadliwość. W ocenie Sądu charakter tych usterek wskazuje, że o żadnej z nich nie można powiedzieć „wada istotna i nieusuwalna”, a zatem nie mogły być one przeszkodą do odbioru końcowego robót.

W tych samych kategoriach Sąd pierwszej instancji ocenił zeznania świadków W. Ż., D. Ł., K. M., D. K., i E. S. w części, w której mówili oni o robotach jakoby niewykonanych przez powoda. Zdaniem Sądu świadkowie ci mówiąc o robotach niewykonanych w istocie opisywali wadliwości, usterki tych robót, co nie oznacza, że były one niekompletne. Świadek W. Ż. jako nieskończone prace wymienia: niedokończoną podbitkę, niestarannie zamontowane rynny i rury spustowe. Z tego tylko pierwsza rzecz dotyczy robót niewykonanych przez powoda (niesporne), za co potrącono w porozumieniu z pozwanym ad. 1. stosowną kwotę. Dostrzegł Sąd, że rury spustowe do powoda nie należały (vide opinia biegłego sądowego). W. Ż. miał jeszcze uwagę do układania płyt gipsowych, ale zostało to poprawione. Z kolei wśród prac wymienionych przez świadka D. Ł. jako niewykonane przez firmę (...), tylko podbitka znajduje potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym. Zwłaszcza dotyczy to kwestii rzekomego niewykończenia stropu żelbetowego. Zauważył Sąd, że jako roboty niewykonane przez powoda potraktował świadek K. M. brak tabliczki cechowania, czy problemy z folią, a przecież niespornym jest, że folia została położona, ale inwestor miał do niej zastrzeżenia. O innych rzeczach świadek ten mówi wprost, że były to usterki. Symptomatyczne są z kolei zeznania świadka D. K., która zeznała, że firma (...) nie wykonała całego zakresu robót wynikającego z umowy, ale nie kojarzyła czego nie wykonała, wiedząc tylko, że były wadliwości robót. Kończąc przegląd zeznań świadków przytoczył Sąd Okręgowy zeznania E. S. (1), który po okazaniu mu załącznika nr 1 do umowy, zawierającego zakres robót objętych umową, zeznał, że: „W zasadzie wymienione w tym załączniku prace wykonane zostały w całości. Były tam jakieś drobne niedoróbki”. Sąd Okręgowy ocenił, że powyższa wypowiedź kierownika budowy pozwanego ad. 1. najlepiej oddaje zarówno zakres robót wykonanych przez powoda, jak i ich jakość, przekonując o zasadności roszczenia powoda z tytułu wynagrodzenia. Przy czym Sąd podkreślił, że w świetle przytoczonych wyżej zeznań świadków, nie uznał za udowodnione przez pozwanych, że wykonywali jakieś roboty poprawkowe (usuwali usterki) za powoda. Ogólnikowe zeznania w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dokumentami typu faktury, dziennik budowy z wpisami uprawnionych osób, zlecenia. Jeżeli natomiast pozwany ad. 1. wykonywał za powoda prace, które wymienił świadek E. S. (k. 330), to nie sposób przyjąć, że nie znalazło to żadnego odzwierciedlenia na piśmie. W ocenie Sądu o wykonaniu robót przez powoda w zleconym mu zakresie świadczy też okoliczność, że zostały one przekazane i odebrane przez inwestora, który jak wynika z zeznań inspektora nadzoru W. Ż. zakwestionował tylko folię dachową, potrącając z tego tytułu pozwanemu ad. 1. kwotę ok. 37.000 zł.

Sąd pierwszej instancji podał, że wadliwość wskazana w opinii biegłego F. Z. (1) w postaci nieprawidłowego montażu rynien, oraz usterki estetyczne takie jak konieczność poprawy łączy płyt g-k oraz wymiana wełny mineralnej zgodnie z opinią biegłego wymaga konieczności naprawy co zamyka się w kwocie 5. 324,04 zł. Brak jest podstaw do obniżenia wynagrodzenia o powyższą kwotę albowiem sam powód wyliczył wskazywane przez pozwanego usterki na kwotę 8.600,77 zł, którą potrącił z należnego mu wynagrodzenia, chcąc zakończyć sprawę polubownie (str. 5 pozwu).

Co do kwestii opóźnienia, uznał Sąd, że powód wykonał roboty z przekroczeniem terminu umownego, który określony został na 18.09.2005 r., lecz według Sądu okoliczności faktyczne sprawy wskazują, że na to opóźnienie wpływ miały przede wszystkim zdarzenia leżące po stronie inwestora i generalnego wykonawcy. Jednym z takich czynników była kwestia braku zapłaty za roboty powoda ze strony P.W. (...) (patrz zeznania świadka Ż. k. 302), któremu z kolei nie płaciła Gmina C. (świadek W. S.-P.). Spowodowało to zaprzestanie wykonywania robót przez powoda (w myśl § 8

umowy), aż do czasu otrzymania zapłaty w drodze umowy cesji z 18.10.2005 r. Po drugie, wystąpiły opóźnienia w przygotowaniu frontu robót przez pozwanego ad. 1., np. nieusunięcie starych płyt korytkowych i szlaki, co dopiero nastąpiło przy użyciu dźwigu powoda; brak wymurowania ścian klatki schodowej, co opóźniło roboty przy budowie i montażu konstrukcji dachu (zeznania świadka J. F., W. S., W. S.-P.), czy wreszcie oczekiwanie przez powoda na montaż instalacji wentylacyjnej przez pozwanego ad. 1., które spowodowało odstąpienie od montażu 56m² sufitu podwieszanego, o czym już była mowa. Podał Sąd, że opóźnienie robót nie obciążało powoda. Zarzut wadliwej realizacji robót, który jeżeli nawet znalazł potwierdzenie, choć w znikomym zakresie, w protokole końcowym odbioru robót z 26.01.2006 r., to z porównania tego protokołu z wcześniejszym z 4.01.2006 r. wynika, że powód podejmował prace naprawcze z dobrym skutkiem

Sąd Okręgowy uznał jednocześnie, że nie ma racji pozwany podnosząc brak wymagalności roszczenia o zapłatę z uwagi na brak protokołu odbioru robót, w szczególności tzw. protokołu bezusterkowego (§ 6 pkt 2 umowy). Po pierwsze, to już zostało wskazane, że pozwany ad. 1. nie mógł odmówić odbioru robót, które nie były obciążone wadami istotnymi, a co najwyżej drobnymi usterkami, bądź strony porozumiały się, że pewne prace wykona zamawiający (vide podbitka). Po drugie, w § 1 i 3 umowy cesji z 18.10.2005 r. pozwany ad. 1. potwierdził istnienie i wymagalność wynagrodzenia powoda z wymienionych tam faktur, chociaż nie zostały spisane protokoły odbioru na cały zakres robót ujętych w fakturach nr (...). Po trzecie, zapłata w drodze umowy cesji pokazuje, że strony wcale nie przestrzegały zapisów § 6 umowy o rozliczaniu za wykonanie etapów robót w tym paragrafie umowy wymienionych, skoro ponad połowę umownego wynagrodzenia powód otrzymał w jednej transzy (do dwóch faktur). Uznał Sąd, że nie mogą więc pozwani zasłaniać się „protokołem bezusterkowym”, skoro sami nie przestrzegali wcześniej tych postanowień umowy. Sąd Okręgowy powołując się na poglądy doktryny i orzecznictwa sądowego wskazał, że zamawiający ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Zaznaczył też Sąd, że w orzecznictwie sądowym dominuje pogląd, iż strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Obiekt wykonany zgodnie z tymi wymaganiami, to taki obiekt, który nie miał istotnych wad, nadaje się do użytkowania, natomiast ogólnikowe wykluczenie istnienia jakiejkolwiek wady w chwili oddania obiektu zwykłego użytku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do art. 656 k.c. 637 i art. 638 k.c., ale to uprawnienie inwestora nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za przedmiot umowy wykonany zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Sąd powołał się na utrwalone poglądy w nauce i orzecznictwie i zaznaczył, że wydanie (oddanie) dzieła, czy przedmiotu robót budowlanych w rozumieniu przepisów k.c. stanowi czynność faktyczną przyjmującego zamówienie polegającą na wręczeniu wykonanej rzeczy, połączoną z wyraźnym lub dorozumianym oświadczeniem o uznaniu swego świadczenia za spełnione. Jedynie wady istotne obiektu uzasadniają w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego odmowę odbioru robót. Pozwana nie może odmówić odbioru zaoferowanego jej przedmiotu umowy, chyba, że przedmiot umowy, nie został wykonany. Niewykonanie zobowiązania zachodzi wówczas, gdy w zachowaniu dłużnika nie występuje nic, co odpowiadałoby spełnieniu świadczenia, natomiast nienależyte wykazanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany.

W ocenie Sądu analiza okoliczności sprawy związanych z oświadczeniem pozwanego ad. 1. z dnia 27 stycznia 2006 r. o odstąpieniu od umowy z 8.07.2005 r. (k. 202) prowadzi do wniosku, że było ono bezskuteczne. Przedmiotowe oświadczenie poprzedziło wezwanie do spełnienia świadczenia z dnia 11.01.2006 r. (nadane tego samego dnia listem poleconym), w którym pozwany ad. 1. na podst. art. 491 § 1 i § 2 k.c. wezwał powoda do wywiązania się z umowy z 8.07.2005 r. przez wykonanie wszystkich robót budowlanych objętych ww. umową i uzyskanie stosownego protokołu potwierdzającego wykonanie tych robót w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania. Zdaniem Sądu w dniu 26.01.2006 r. odbył się odbiór robót, z którego został spisany protokół odbioru potwierdzający wykonanie wszystkich robót budowlanych. Stąd uznał Sąd pierwszej instancji, że nieuprawnione było wskazanie przez pełnomocnika P.W. (...) w piśmie z 27.01.2006 r., że protokół z 26.01.2006 r. potwierdza niewywiązanie się powoda z zobowiązania.

Pozwany ad. 1., z przyczyn wyżej podanych, nie mógł odmówić odbioru robót w dniu 26.01.2006 r., a zatem brak było po jego stronie uprawnienia do odstępowania od umowy.

Stosując art. 491 § 1 i 2 k.c. w realiach rozpatrywanej sprawy uznał Sąd, że konieczna była zwłoka po stronie powoda. Nie wykazano, że opóźnienie było zawinione przez powoda, a nadto z protokołu odbioru z 26.01.2006 r. – w kontekście m.in. opinii biegłego sądowego - wynika, że roboty objęte umową zostały na ten dzień wykonane. Poza tym podał Sąd, że w świetle § 2 art. 491 k.c., jeżeliby nawet przyjął, że zaistniały podstawy do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, to pozwany ad. 1. mógłby co najwyżej odstąpić w części dotyczącej robót jakoby na ten dzień przez powoda niewykonanych.

Ponieważ jednak w ocenie Sądu Okręgowego na dzień 26.01.2006 r. nie było niewykonanych robót objętych umową, co do których pozwany mógłby złożyć skuteczne oświadczenie o potrąceniu, to zobligowany jest zapłacić powodowi za wykonane przez niego roboty budowlane na obiekcie pozwanej ad. 2. przy ul. (...) w C.. Podkreślił Sąd, że pozwany ad. 1., nawet przy założeniu skuteczności tegoż oświadczenia, zdaje się pomijać treść § 10 ust. 4 pkt 4) umowy z 8.07.2005 r., zgodnie z którym zleceniodawca w razie odstąpienia od umowy jest zobowiązany do dokonania odbioru robót przerwanych oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia. Skoro zatem powód wykonał roboty, za wyjątkiem części sufitu i podbitki, do dnia 26.01.2006 r., uznał Sąd, że pozwany ad. 1. jest zobligowany za te wykonane roboty zapłacić, co po raz kolejny potwierdza zasadność żądania pozwu. Nadto pozwany ad. 1. nie wykazał, że pełnomocnik, który złożył oświadczenie z 27.01.2006 r., był umocowany do tej czynności materialnoprawnej.

Sąd Okręgowy nie podzielił również stanowiska pozwanych, że pozwany ad. 1. był uprawniony w oparciu o art. 635 k.c. do odstąpienia od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu, z uwagi na to, że oświadczenie o odstąpieniu zostało skierowane już po upływie terminu umownego zakończenia robót.

W oparciu o powyższe okoliczności i wywody Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie powoda zasługuje na uwzględnienie co do zasady i w przeważającej części co do wysokości. Wyjaśnił Sąd, że dokonując obliczenia kwoty podlegającej zasądzeniu od pozwanych na rzecz powoda posłużył się wyliczeniem zawartym na str. 5 pozwu (karta 6 akt), które nie było kwestionowane przez pozwanych, w szczególności pozwani nie kwestionowali dokumentów, z których wynikają kwoty podstawione przez powoda. Wyjątkiem była faktura VAT nr (...), której zasadność wystawienia była przedmiotem sporu. Sąd uznał, że powód miał podstawy do jej wystawienia i u ją uwzględnił przy przedmiotowych obliczeniach. Podał Sąd, że: wartość robót zgodnie z umową wynosiła 565.765,85 zł i została pomniejszona o wartość podbitki w kwocie 6.100 zł oraz powiększona o wartość robót dodatkowych w postaci lukarn 4.066,69 zł. Na tej podstawie powód wystawił dwie faktury VAT na łączną kwotę 563.732,54 zł (k. 55 i 56), a także fakturę za roboty dodatkowe (murowanie ścian i wieńców) w wysokości 39.045,06 zł (k. 57). Łącznie dało to kwotę 602.777,60 zł, którą należało pomniejszyć o: kompensatę dokonaną dokumentami PK na kwotę 1.545,19 zł (k. 136-137), wpłaty gotówkowe pozwanego ad. 1. w kwotach 30.000 zł i 5.000 zł (k. 138), przelew pozwanej ad. 2. na podstawie cesji w wysokości 341.959,38 zł (k. 130-140) i kosztorys usterkowy na kwotę 8.600,77 zł. Od otrzymanej w ten sposób kwoty wynagrodzenia podwykonawcy należało jeszcze odjąć wartość 56 m² niewykonanego przez powoda sufitu, czyli kwotę 6.148,80 zł (5.040 zł + VAT), wyliczoną przez biegłego, co ostatecznie dało kwotę 209.523,46 zł podlegającą solidarnemu zasądzeniu od pozwanego ad. 1. (generalnego wykonawcy) i pozwanej ad. 2. (inwestora) jako należne powodowi (podwykonawcy) wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane (art. 647 w zw. z art. 647¹ § 5 k.c.).

Oddalenie powództwa ponad zasądzoną kwotę stało się już prawomocne wskutek wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 21 grudnia 2009 roku, w którym nie uchylono punktu II wyroku Sądu Okręgowego z dnia 16 września 2009 roku, gdyż ten punkt wyroku nie był przedmiotem zaskarżenia. Dlatego w ocenie Sądu obecnie nie było już potrzeby oddalenia powództwa, skoro zostało to już prawomocnie rozstrzygnięte.

Od kwoty pretensji głównej powodowi zasądzone odsetki ustawowe liczone od dnia 9 października 2006 r., a żądanie odsetek za okres od 26 lutego do 8 października 2006 r. również podlegało oddaleniu (pkt II. Sentencji wyroku z dnia 16.09.2008 r.).

Orzeczenie o kosztach procesu zapadło na podstawie art. 100 zdanie drugie w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. ponieważ powód uległ tylko co do nieznacznej części swojego żądania (około 3%).

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyli apelacjami pozwani: Przedsiębiorstwo (...) W. K. i D. O. Sp. j. w S. oraz Gmina C..

Postanowieniem z dnia 21 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie odrzucił apelację pozwanego **Przedsiębiorstwa (...) W. K. i D. O. Sp. j. w S. (k. 1786)**.

Pozwana Gmina C. w złożonej apelacji zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1) naruszenie prawa materialnego:

- tj. art. 647¹ § 5 k.c. poprzez przyjęcie, że Gmina C. ponosi solidarną odpowiedzialność wobec podwykonawcy podczas gdy przesłanki z wskazanego artykułu nie zostały spełnione bowiem pozwana ad. 2 jnie wyraziła zgody na podwykonawcę

- art. 647 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd, że powód, wbrew efektom przeprowadzonego postępowania dowodowego, wykonał przedmiot umowy zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej i w związku z tym należy mu się wynagrodzenie, podczas gdy świadkowie i opinia techniczna M. U. (1) wskazują na liczne, istotne wady w obiekcie.

2) naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na wynik sprawy tj. art. 233 § k.p.c. polegające na:

- pominięciu dowodu z przesłuchania reprezentanta pozwanego ad. 2 R. A.

- dowolnym przyjęciu, iż zebrany materiał dowodowy w sprawie pozwala stwierdzić, że powód wykonał należycie przedmiot umowy, podczas gdy zeznania świadków oraz opinie biegłych prowadzą do odmiennych wniosków.

Pozwana w oparciu o powyższe zarzuty, na podstawie art. 368 § 1 pkt 5 k.p.c. w zw. z art. 386 § 1 i § 4 k.p.c. wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości albo ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji. Ponadto wniosła o zasądzenie od powoda na rzecz strony pozwanej ad. 2 kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację pozwanej Gminy C., powód postulował jej oddalenie oraz zasądzenie zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

apelacja pozwanej Gminy C. okazała się bezzasadna, a argumentacja w niej przedstawiona nie mogła prowadzić do zmiany rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w postulowanym kierunku.

Wyjaśnić najpierw należy, że zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. Sąd rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jedynie z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Powinność rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza, między innymi, nakaz wzięcia pod uwagę, rozważenia i oceny wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów i wniosków. Sąd odwoławczy rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest jednakże związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego. Oznacza to, że bez względu na stanowisko stron oraz zakres zarzutów - powinien zastosować właściwe przepisy prawa materialnego, a więc także usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały one wytknięte w apelacji. Dla postępowania apelacyjnego znaczenie wiążące mają natomiast tylko takie uchybienia prawu procesowemu, które

zostały przedstawione w apelacji i nie są wyłączone spod jego kontroli na podstawie przepisu szczególnego (por. art. 380 k.p.c.). Sąd odwoławczy rozstrzyga bowiem o zasadności roszczenia zgłoszonego w pozwie oraz o zasadności zarzutów zgłoszonych w apelacji.

Skarżąca Gmina C. nie zarzuciła nieważności postępowania, a Sąd odwoławczy z urzędu jej nie stwierdził. Zarzuty apelacyjne pozwanej w petitum apelacji ogniskowały się w naruszeniu prawa procesowego, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolne przyjęcie przez Sąd, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala stwierdzić, iż powód wykonał należycie przedmiot umowy, podczas gdy zeznania świadków oraz opinie biegłych prowadzą do odmiennych wniosków. Nadto o naruszeniu powyższej normy w ocenie skarżącej świadczy również fakt, że Sąd pominął dowód z przesłuchania reprezentanta pozwanego ad. 2 R. A.. Powódka zarzuciła też naruszenie prawa materialnego w postaci art. 647 k.c. oraz art. 647¹ § 5 k.c. Wedle skarżącej naruszenie art. 647 k.c. polegało na tym, że Sąd przyjął, iż powód, wbrew efektom przeprowadzonego postępowania dowodowego, wykonał przedmiot umowy zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej i w związku z tym należy mu się wynagrodzenie, podczas gdy świadkowie i opinia techniczna M. U. (1) wskazują na liczne, istotne wady w obiekcie. Tak sformułowany zarzut w istocie wskazuje, że pozwana zarzuca Sądowi nie tyle naruszenie prawa materialnego, lecz procesowego, a mianowicie art. 233 § 1 k.c. Z kolei naruszenie art. 647¹ § 5 k.c. polegało w ocenie pozwanej na tym, że Sąd bezpodstawnie przyjął w sprawie odpowiedzialność solidarną pozwanej wobec podwykonawcy, podczas gdy skarżąca nie wyraziła zgody na podwykonawcę.

W pierwszej kolejności odnosząc się do wniosku dowodowego Gminy C. o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego J. S., sformułowanego na rozprawie apelacyjnej w dniu 28 lutego 2013 r. stwierdzić należy, że okazał się on spóźniony. Przede wszystkim Sąd odwoławczy ogranicza się do zarzutów pozwanej Gminy C. naruszenia prawa procesowego (prawo materialne bada z urzędu), która winna wszelkie zarzuty i dowody na potwierdzenie swego stanowiska przywołać najpóźniej w apelacji. Dlatego też wniosek dowodowy Gminy wywiedziony dopiero na rozprawie apelacyjnej uznać należało za ewidentnie spóźniony (art. 368 §1 pkt 4 k.p.c. i art. 381 k.p.c.). Bez znaczenia pozostaje przy tym, że wniosek dowodowy na rozprawie złożył też drugi pozwany – skoro jego apelacja została odrzucona.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa procesowego, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. z uwagi na pominięcie przesłuchania przedstawiciela pozwanej Gminy tj. R. A., stwierdzić należy, że zarzut ten jest całkowicie chybiony. Mianowicie Sąd Okręgowy na posiedzeniu w dniu 13 czerwca 2011 r. (k. 1363) postanowił pominąć dowód z przesłuchania strony powodowej oraz reprezentantów pozwanego ad. 1 W. K. (2), D. O. (2) oraz reprezentanta pozwanego ad. 2 R. A.. Natomiast jak wynika z treści protokołu z dnia 13 czerwca 2011 r. R. A. prawidłowo wezwany nie stawiał się na rozprawę (k. 1360). W wezwaniu na posiedzenie celem przesłuchania w charakterze strony (k. 1336) Sąd pouczył R. A., że w przypadku jego niestawiennictwa Sąd pominie dowód z jego przesłuchania w charakterze strony. Pomimo otrzymania wezwania w dniu 28 marca 2011 r. (k. 1348) nie stawiał się on na posiedzenie, a nadto nie przedstawił usprawiedliwienia swojej nieobecności. Nadto na sprawę nie stawili się również przedstawiciele pozwanej Spółki Jawnej (...), prawidłowo wezwani, dlatego też Sąd nie miał możliwości przeprowadzenia dowodu z przesłuchania strony pozwanej i słusznie odstąpił od przesłuchania stron, w tym R. A.. Natomiast na posiedzeniu tym pełnomocnik powoda sam zrezygnował z przesłuchania powoda.

Już tylko na marginesie - odnośnie dowodu z przesłuchania stron wyjaśnić należy, że w świetle **art. 299** k.p.c. jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z przesłuchania stron. Dowód z przesłuchania stron nie jest więc obligatoryjny i konieczny w każdej sprawie, jak zdaje się wywodzić pozwana. Ma on charakter subsydiarny i stanowi jedynie formę uzupełnienia postępowania dowodowego i to tylko w wypadku, gdy pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 299 k.p.c.). W szczególności zaś nie jest jego rolą umożliwienie stronie osobistego odniesienia się do twierdzeń i wywodów strony przeciwnej (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 października 2012 r. o sygn. akt I ACa 371/12, opubl. LEX nr 1238220). Pominąwszy zatem nawet kwestię związaną z nieusprawiedliwionym niestawiennictwem strony pozwanej, Sąd Okręgowy miał podstawy do uznania, że sprawa została już dostatecznie wyjaśniona – został zgromadzony obszerny materiał dowodowy, została już wydana

opinia przez biegłego sądowego z zakresu budownictwa F. Z. (1), w sprawie zeznawali świadkowie oraz zostały przedłożone dokumenty. Sam powód zrezygnował z przesłuchania, a zatem nie może być też mowy o zachwianiu równowagi stron. Znamienne jest też, że pozwana oprócz sformułowania zarzutu dokonania wadliwych ustaleń faktycznych z uwagi na odstąpienie od przesłuchania jej reprezentanta, nie wyjaśniła jakie to okoliczności sprawy miał wyjaśnić i jakie kwestie zostały ustalone przez Sąd wadliwie z uwagi na brak kluczowych w jej ocenie zeznań R. A..

Odnosząc się z kolei do zarzutu pozwanej Gminy naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu prawa procesowego w postaci art. 233 § 1 k.p.c. polegającego wedle skarżącej na dowolnym przyjęciu, że zebrany materiał dowodowy pozwala stwierdzić, że powód wykonał należycie przedmiot umowy, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej podczas gdy zeznania świadków oraz opinie biegłych, opinia M. U. (2) prowadzą do odmiennych wniosków, wskazują na liczne, istotne wady w obiekcie, stwierdzić należy, że z uwagi na sposób jego sformułowania uchyla się on od możliwości dokonania kontroli instancyjnej, co samoistnie czyni apelację pozwanej niezasadną. Skarżąca nie zdołała bowiem skutecznie podważyć ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji.

Tytułem wyjaśnienia, wskazać należy, że zgodnie z ww. przepisem sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Natomiast w świetle art. 328 § 2 k.p.c. uzasadnienie wyroku powinno zawierać ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W świetle powyższego Sąd ma obowiązek wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, uwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, wskazania kryterium oraz argumentacji pozwalającej sądowi wyższej instancji oraz skarżącemu na weryfikację dokonanej oceny w przedmiocie uznania dowodu za wiarygodny bądź też jego zdyskwalifikowanie, przytoczenia w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia dowodów, na których sąd się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności. Nie można mówić o naruszeniu reguł swobodnej oceny dowodów w przypadku, gdy z oceny dowodów sąd wyprowadził poprawne logicznie wnioski, zgodne z doświadczeniem życiowym. Ocena sądu musi się ostać nawet w przypadku, gdy w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć zgola odmienne wnioski. Jedynie w przypadku braku logiki w wyprowadzaniu wniosków z zebranymi dowodami bądź, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważana (vide: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27.09.2002 r. II CKN 817/00, system informacji prawnej LEX nr 56906).

Istotne jest, że aby zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. okazał się skuteczny skarżący winien wskazać jakie kryteria naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (vide: orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r. IV CKN 970/00, LEX nr 52753, 12 kwietnia 2001 r., II CKN 588/99, LEX nr 52347, 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/909, LEX nr 53136).

Stwierdzić trzeba, że przeprowadzona przez Sąd Okręgowy ocena zgromadzonego materiału dowodowego, w żaden sposób nie uchybia treści art. 233 § 1 k.p.c., a Sąd Apelacyjny w całości podziela i uznaje za własne ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy oraz przedstawioną argumentację prawną, bez konieczności jej powielania, co do zasadności domagania się przez powoda zapłaty kwoty 209.523,46 zł z odsetkami od dnia 9 października 2006 r. z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace budowlane na budynku socjalno-klubowym przy ul. (...) w C. w oparciu o umowę z dnia 8 lipca 2005 r. W sporządzonym zgodnie z art. 328 § 2 k.p.c. uzasadnieniu wyroku, Sąd Okręgowy dokładnie określił dowody, na których się oparł, wyjaśnił przyczyny odmowy wiarygodności innym dowodom oraz wyjaśnił podstawę prawną wyroku i przytoczył w tym zakresie przepisy prawa oraz stanowisko judykatury. Ustalenia i wnioski wyprowadzone przez Sąd Okręgowy nie są dowolne jak zarzuciła pozwana, lecz swobodne, oparte na zeznaniach świadków, dokumentach oraz opinii biegłego sądowego F. Z. (1). Natomiast pozwana oprócz zakwestionowania prawidłowości ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy nie wskazała jakie to kryteria oceny dowodów naruszył Sąd, jakie konkretnie dowody okazały się wadliwe ocenione, a jakim dowodom i w jakim zakresie i za jakich przyczyn przyznać należało walor wiarygodności.

Skarżąca podniosła jedynie, że zeznania świadków oraz opinie biegłych prowadzą do odmiennych wniosków, aniżeli te których dokonał Sąd, a mianowicie, że powód wykonał należycie przedmiot umowy. Nie wskazała przede wszystkim, zeznania których to świadków i w jakiej części, świadczyć mają o tym, że prace były wykonane nienależycie, a co więcej w takim stopniu, który uzasadniałby brak zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace budowlane przez powoda.

Zwrócić należy uwagę, że jeżeli w sprawie występują dwie grupy świadków, a Sąd daje wiarę jednej z nich, dla zdyskredytowania zeznań tychże świadków skarżący winien wskazać z jednej strony przyczyny, dla których przyjęcie ich wiarygodności nie powinno nastąpić, a z drugiej strony powody, dla których zeznania innych świadków- konkretnie jakich – uznać należy za wiarygodne. Tego zaś skarżąca nie uczyniła, poprzestając jedynie na stwierdzeniu, że „zeznania świadków prowadzą do odmiennych wniosków”.

Niezrozumiały jest też zarzut, jakoby to „opinie biegłych” miały prowadzić do odmiennych wniosków, skoro w sprawie była wydana jedna opinia biegłego sądowego F. Z. (1) (k. 1307-1315), następnie obszernie uzupełniona na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r. (k. 1360-1363). Wyjaśnił już przecież Sąd Okręgowy, że opinie przedłożone przez pozwaną w procesie, w tym opinia M. U. (1) nie są opiniami biegłych, a stanowią jedynie dokument prywatny, wyrażający stanowisko strony (k.1439-1440), a w sprawie niezbędne było zasięgnięcie opinii od biegłego sądowego. Wedle natomiast opinii biegłego sądowego powód wykonał całość robót wynikających z umowy z dnia 8 lipca 2005 r. za wyjątkiem wykonania okapu oraz fragmentu stropu podwieszanego. O ile wady w wykonaniu występowały (wadliwie wykonane rynny, połączenia g-k) oraz należało wymienić wełnę mineralną, to były one do naprawienia, a sam budynek spełnia funkcje użytkowe (k. 1315). Sąd pierwszej instancji wyjaśnił już też, że wad istotnych w wykonaniu umowy nie było, natomiast pozwana nie wskazała w apelacji jakie jej zdaniem wady polegające na wykonaniu przedmiotu umowy wbrew projektowi i zasadami wiedzy technicznej decydują o tym, że należy je zaliczyć do istotnych, wbrew opinii biegłego sądowego.

Nie uszło przy tym uwadze Sądu odwoławczego, że pozwana Gmina na etapie apelacji próbuje podważyć opinię biegłego sądowego F. Z. (2). Tymczasem w postępowaniu pierwszoinstancyjnym opinii tej nie kwestionowała, nie wносиła żadnych zastrzeżeń. Mianowicie Sąd Okręgowy zobowiązał pełnomocnika Gminy do zgłoszenia ewentualnych zarzutów do opinii w terminie 14 dni pod rygorem przyjęcia, że nie wnosi zarzutów do opinii (k. 1322). Wprawdzie Gmina wniosła o prolongatę powyższego terminu o kolejne 7 dni (k. 1337), jednakże w dniu 30 marca 2011 r. oświadczyła wprost, że nie wnosi zarzutów do opinii (k. 1355). Tym samym jej zarzut odnoszący się do opinii biegłego oraz podstaw w oparciu, o którą biegły opinię wydał, pominąwszy już fakt, że wobec wcześniejszego stanowiska pozwanej niezrozumiały – zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony. Biegły sądowy w swojej opinii natomiast udzielił odpowiedzi na pytania dotyczące zakresu wykonanych prac przez powoda, wartości robót wykonanych, jakich prac nie wykonał powód i oszacował ich wartość, dokonał ustaleń, czy budynek spełniania funkcje użytkowe, czy prace zostały wykonane zgodnie z projektem oraz o jaką kwotę należy obniżyć wynagrodzenie z uwagi na wady. Jego opinia nie została podważona przez stronę pozwaną.

Reasumując tą część rozważań stwierdzić należy, że Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, a ocena dowodów jest prawidłowa, pozwana zaś Gmina C. nie zdołała przedstawić skutecznej polemiki ze stanowiskiem Sądu Okręgowego.

Już tylko dla wyczerpania krytyki lakonicznego zarzutu pozwanej co do tego, że powód nie wykonał - w jej ocenie - przedmiotu umowy zgodnie z treścią zawartej z pozwanym umowy z dnia 8 lipca 2005 r. wraz z załącznikami, stanowiącymi integralną część umowy należy zwrócić uwagę, że sam pracownik Spółki (...) E. S. (1), będący kierownikiem budowy zeznał, że powód wykonał gro robót (k. 1258). Zeznał on, że były pewne niedoróbki, drobne niedokończenia. Dla zobrazowania zaś zakresu wykonanych prac podał, że na 1000 okien nie zamontowano 3 okien, co wskazuje na to, że nawet przedstawiciel pozwanej Spółki sprawujący funkcje kierownika budowy nie uważał, że powód prac nie wykonał, a wady były istotne jak podnosi pozwana w apelacji. Skoro tak, nie było podstaw do wstrzymania zapłaty.

W sprawie niesporne było, że umowa z dnia 8 lipca 2005 r. została zawarta na piśmie, zawarto zakres prac do wykonania, termin realizacji, określono wynagrodzenie ryczałtowe, sposób rozliczenia. Pomimo tego, że Gmina wyraziła zgodę na zmianę projektu w zakresie konstrukcji dachu i była władna do złożenia wniosku o zmianę pozwolenia na budowę, do zmiany umowy nie doszło (strony ustaliły wynagrodzenie w oparciu o założenia pierwotnego projektu dachu), a nadto wystąpiły inne dodatkowe prace nie objęte treścią tych zmian, które strony zamierzały wprowadzić już na etapie podpisywania umowy. Skoro umowa została wykonana (pozwany nie zdołał skutecznie podważyć tego ustalenia), budynek został wykonany, dokonano jego odbioru ostatecznie w dniu 26 stycznia 2006 r., a obecnie budynek jest użytkowany, nadzór budowlany dopuścił budynek do użytku - to pozwana Gmina C. nie może też podnosić, że były podstawy do zmiany wynagrodzenia, które zostało ustalone w formie ryczałtovej, z uwagi na jakość użytych materiałów oraz jakość robót. Przy takiej formie wynagrodzenia czynniki, na które powołuje się pozwana w apelacji nie mogą stanowić podstawy do weryfikacji wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy słusznie uznał też, że pozwana Gmina jako inwestor ponosi odpowiedzialność solidarną, za brak zapłaty wynagrodzenia powodowi przez głównego wykonawcę, a treść art. 647¹ § 5 k.c. nie została naruszona. Jak wywiodła w apelacji nie wyraziła ona zgody na podwykonawcę w osobie powoda, a więc o odpowiedzialności solidarnej nie można mówić. Stanowisko skarżącej również w tym zakresie jest wadliwe, a Sąd pierwszej instancji w sposób prawidłowy i szczegółowy na stronie 16 i 17 uzasadnienia (k. 1431-1432) wyjaśnił podstawę odpowiedzialności skarżącej z powołaniem na właściwe przepisy prawa materialnego oraz stanowisko judykatury w tym zakresie. Podziela je w całości Sąd odwoławczy.

Skarżąca w apelacji podniosła zaś, że jako inwestor nie została w odpowiednim terminie powiadomiona o osobie podwykonawcy i nie zostały jej przedstawione dokumenty do akceptacji. Mógł to uczynić z jej ramienia burmistrz bądź jego zastępca. W konsekwencji, jako, że została pozbawiona możliwości zapoznania się z umową z podwykonawcą uznała, że o solidarności z generalnym wykonawcą nie może być mowy. Tymczasem, na co zwrócił słusznie uwagę Sąd Okręgowy, Gmina C. otrzymała umowę z dnia 8 lipca 2005 r. zawartą przez głównego wykonawcę z podwykonawcą wraz z pismem z dnia 30 września 2005 r., w którym prosił o akceptację podwykonawcy w osobie powoda (k. 903,902), a zatem musiała wiedzieć o podwykonawcy. Sam zaś obieg dokumentów w Gminie i otrzymanie ich przez pracownika nie ma znaczenia, dla przyjęcia, że Gmina została poinformowana o umowie z podwykonawcą, skoro niewątpliwie umowa została doręczona na adres Urzędu Miejskiego, a jej pracownik K. M. (1) (k. 1221, 309-310) zeznał, że zapoznał się z umową. Nadto powód pismem z dnia 21 września 2005 r. zwrócił się do Gminy o zapłatę informując ją, że jest podwykonawcą (k. 900 i 901). Pismem jeszcze wcześniejszym, bo sporządzonym w dniu 8 sierpnia 2005 r. Spółka (...) zwróciła się do powoda do ponownego przeszacowania zakresu realizowanej umowy, wyjaśniając, że diametralnie zmieniony i oddany do zatwierdzenia bez akceptacji Spółki projekt architektoniczno-budowlany odebrany z siedziby powoda zwrócił uwagę inwestora- a więc skarżącej - (k. 883), który zobowiązał Spółkę do przedstawienia kalkulacji przeprojektowanego zakresu robót. Podała Spółka, że zmiany pociągają skutki finansowe nie przewidziane w kalkulacjach głównego wykonawcy i podwykonawcy. Pozwana zatem już wówczas musiała mieć wiedzę o podwykonawcy. Tym bardziej, że to Gmina zatwierdziła aneks do pozwolenia na budowę w związku ze zmianami w projekcie dotyczącymi dachu (k. 1362).

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 4 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt III CSK 152/10 (opubl. Lex nr 1102865), które podziela Sąd Apelacyjny, zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób - bierny (pasywny) oraz czynny (aktywny). Wyrażenie zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Przyjmuje się fikcję prawną, że inwestor zgodę wyraził. Wedle Sądu, ponieważ jednak w art. 647¹ k.c. chodzi o odpowiedzialność inwestora za cudzy dług, interes inwestora został zabezpieczony poprzez obowiązek przedstawienia mu stosownej dokumentacji. Przyjmując fikcję wyrażenia w sposób bierny zgody, ustawodawca zakłada, że inwestor zapoznał się, a w każdym razie mógł się zapoznać z tą dokumentacją i ma, bądź powinien posiadać, wiedzę o zakresie robót i wynagrodzeniu uzgodnionym w umowie z podwykonawcą. Drugi sposób wyrażenia zgody (czynny) może przybrać różną formę. Inwestor może wyrażać ją

w sposób wyraźny pisemne bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Może zatem nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Przepis art. 647¹ § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeśli wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji. Może on uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor zgodę w sposób czynny wyraża, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny.

Tymczasem w realiach niniejszej sprawy Gmina tolerowała obecność podwykonawcy na placu budowy, odbierała wykonane przez niego roboty, a nadto wyjaśniała księgowej powoda, że oczekuje na kredyt z banku na sfinansowanie inwestycji. Dlatego też uwzględniając powyższe wywody, w oparciu o wcześniej przedstawione okoliczności uznać należy, że pozwana Gmina swoim biernym zachowaniem – wiedziała o podwykonawcy i zaakceptowała umowę z podwykonawcą, co powoduje, że po jej stronie, jako inwestora z głównym wykonawcą istnieje w świetle art. 649¹ k.c. odpowiedzialność solidarna zapłaty podwykonawcy - powodowi wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe, wobec tak sformułowanych zarzutów apelacja pozwanej Gminy C. nie mogła zostać uwzględniona i podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. o czym orzeczono w punkcie I sentencji.

Jako, że powód wygrał sprawę w postępowaniu odwoławczym w całości należało orzec o zwrocie kosztów postępowania apelacyjnego na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, jak w punkcie II sentencji.

Dariusz Ryszał Maria Iwankiewicz Mirosława Gołuńska