

Sygn. akt I ACa 362/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Agnieszka Sołtyka
Sędziowie:	SA Mirosława Gołuńska SO del. Tomasz Żelazowski
Protokolant:	st. sekr.sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 5 września 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa T. W.

przeciwko Gminie D.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 5 marca 2013 r., sygn. akt I C 205/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu

apelacyjnym.

SSA M. Gołuńska SSA A. Sołtyka SSO del. T. Żelazowski

Sygn. akt I ACa 362/13

UZASADNIENIE

Powód T. W. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy D. kwoty 393.600 zł wraz z ustawowymi odsetkami. W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, że powód zawarł z konsorcjum firm (...) Spółka z o.o. oraz Zakładem (...) umowę nr (...) z dnia 30.05.2011 r., której przedmiotem było wykonanie przez powoda jako podwykonawcę robót budowlanych polegających na budowie wodociągów na terenie Gminy D. w miejscowościach P. i B.. Ta umowa była związana z zawarciem w dniu 28.04.2010 r. umowy między pozwaną (inwestorem) a (...) Spółką z o.o. a Zakładem (...) (głównym wykonawcą). W dniu 02.06.2011 r. główny wykonawca dokonał zgłoszenia podwykonawcy (powoda) pozwanemu (inwestorowi). Do zgłoszenia została dołączona umowa z dnia 30.05.2011 r. Pozwana w terminie 14 dni

nie zgłosiła na piśmie sprzeciwu ani zastrzeżeń co skutkowało zaakceptowaniem podwykonawcy (powoda) jak i treści umowy. Powód był obecny na wszystkich naradach budowlanych i inwestor nigdy nie kwestionował jakichkolwiek okoliczności związanych z wykonywanymi pracami przez powoda oraz zawartą umową. Powód w dniu 22.11.2011 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na nabywcę spółkę (...) na kwotę 393.600 zł. Spółka (...) nie zapłaciła tej faktury.

Pozwana – Gmina D. w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na jej rzecz zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego. W uzasadnieniu wskazała, iż nie wyraziła zgody na zawarcie umowy podwykonawstwa a wykonawca nie wskazywał możliwości zawierania takich umów w złożonej ofercie. Umowa zawarta pomiędzy wykonawcą a powodem nie jest zgodna z umową zawartą pomiędzy wykonawcą a pozwaną. Ponadto pozwana nigdy nie wyraziła zgody na cesję, o której mowa w § 11 ust. 5 umowy powoda z wykonawcą, w związku z tym nie ziszczył się warunek zawieszający, pod którym zawarto umowę między wykonawcą a powodem. Brak zgody na cesję powodowało brak skuteczności prawnej umowy zawartej między powodem a wykonawcą, a ponadto należało ją interpretować jako brak zgody inwestora na zgłoszenie podwykonawcy.

Wyrokiem z dnia 5 marca 2013 r. Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim zasądził od pozwanej na rzecz powoda T. W. kwotę 393.600,00 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty, kwotę 9.217,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz obciążył pozwaną nieuiszczonymi kosztami sądowymi w kwocie 18.759,20 zł.

Sąd Okręgowy w toku postępowania ustalił, że powód T. W. prowadzący (...) w C. zawarł z konsorcjum firm: (...) Spółka z o.o. w S. oraz W. C. prowadzącym Zakład (...) umowę nr (...) z dnia 30.05.2011 r., której przedmiotem było wykonanie przez powoda jako podwykonawcę robót budowlanych polegających na budowie wodociągów na terenie Gminy D. w miejscowościach P. i B.. Liderem konsorcjum była firma (...) Spółka z o.o. w S., którą reprezentowali D. K. - prezes zarządu i P. N. - wiceprezes zarządu. Ta umowa była związana z zawarciem w dniu 28.04.2010 r. umowy nr (...) między pozwaną jako inwestorem, tj. Gminą D. a głównym wykonawcą – konsorcjum firm: (...) Spółką z o.o. i Zakładem (...). Początkowo roboty z umowy nr (...) z dnia 28.04.2010 r. wykonywał lider konsorcjum (...) Spółką z o.o. z siedzibą w S.. Z powodu utraty płynności finansowej dalsze wykonawstwo, tj. w zakresie dotyczącym miejscowości P. i B. lider konsorcjum zlecił w ramach podwykonawstwa powodowi. Zgodnie z § 1 pkt 2 umowy z dnia 30.05.2011 r. szczegółowy zakres robót został określony w oparciu o dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, specyfikację istotnych warunków zamówienia, które to dokumenty znajdowały się w posiadaniu pozwanej w związku z zawarciem umowy w głównym wykonawcą. Obowiązki stron określał § 2 umowy stron. T. W. zobowiązał się wykonać roboty w terminie do dnia 22.08.2011 r. Za wykonane roboty powód miał otrzymać wynagrodzenie: za etap P.- 320.000 zł plus VAT a za etap B. – kwotę 280.000 zł plus VAT (§ 6 umowy stron). W § 11 ust. 4 umowy strony zawarły zapis o treści : „w celu zabezpieczenia płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy od zamawiającego z tytułu realizacji niniejszej umowy zamawiający dokonuje cesji wierzytelności przysługującej mu z tytułu realizacji umowy nr (...) z dnia 28.04.2010 r. zawartej między nim a Gminą D. do kwoty 738.000 zł brutto, z zastrzeżeniem postanowień ust. 5 niniejszego paragrafu”. W ustępie 5 zaś strony zapisały : „strony zgodnie oświadczają, iż niniejsza umowa zostaje zawarta pod warunkiem zawieszającym uzyskania przez zamawiającego zgody Gminy D. na dokonanie cesji wierzytelności przysługującej mu z tytułu realizacji umowy nr (...) z dnia 28.04.2010 r. zawartej między nim a Gminą D. na wykonawcę niniejszej umowy do kwoty 738.000 zł brutto.

W dniu 02.06.2011 r. główny wykonawca konsorcjum firm: (...) Spółka z o.o. w S. oraz W. C. prowadzący Zakład (...) dokonał formalnego zgłoszenia pozwanemu jako inwestorowi podwykonawcy w osobie powoda T. C. prowadzącego (...) w C.. W tym piśmie główny wykonawca zwrócił się do inwestora o zaakceptowanie podwykonawcy T. W. na zadaniu dotyczącym budowy sieci wodociągowej w Gminie D. w ramach umowy nr (...) w zakresie etapu: P. i B. oraz wniósł o wyrażenie zgody na cesję wierzytelności na rzecz podwykonawcy w oparciu o zapisy załączonej umowy podwykonawczej. Do zgłoszenia została dołączona umowa podwykonawcza z dnia 30.05.2011 r. Pozwana w terminie 14 dni nie zgłosiła na piśmie sprzeciwu ani zastrzeżeń co skutkowało zaakceptowaniem podwykonawcy (powoda) jak i treści umowy. Po dokonaniu zgłoszenia powód przez ponad 2 tygodnie wstrzymał się z rozpoczęciem prac, aby uzyskać stanowisko pozwanego w związku z zawartą umową. W pierwszych dniach lipca 2011 r. powód zamówił materiały i przystąpił do prac. Plac budowy i potrzebne dokumenty wykonawcze przekazał powodowi główny wykonawca. Powód był obecny na wszystkich naradach budowlanych i inwestor nigdy nie kwestionował jakichkolwiek okoliczności

związanych z wykonywanymi pracami przez powoda oraz zawartą umową. W dniu 15.11.2011 r. zostały zakończone prace potwierdzone protokołem odbioru i zapłatą całości wynagrodzenia przez pozwaną (za etap P.) wobec firmy (...) na konto, które było zajęte przez komornika w związku z toczącą się egzekucją. Pozwana nie żądała od firmy (...) dowodów zapłaty powodowi wynagrodzenia jako podwykonawcy. Powód w dniu 22.11.2011 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na spółkę (...) na kwotę 393.600 zł w związku z wykonaniem robót objętych umową z dnia z dnia 30.05.2011 r. Spółka (...) nie zapłaciła tej faktury. Dlatego powód pismem z dnia 08.01.2012 r. wezwał pozwaną do zapłaty tej kwoty w terminie 7 dni od otrzymania wezwania. W uzasadnieniu powołał art. 6471 § 5 k.c. Pismo to pozwana odebrała w dniu 12.01.2012 r. Powód uczestniczył we wszystkich naradach budowlanych z udziałem inspektora nadzoru - M. K., Kierownika Działu Inwestycji w Gminie D. – Z. T.. Przedstawiciele Gminy nie sprzeciwiali się podwykonawstwu T. W.. T. W. wykonywał również roboty dodatkowe niezbędne do prawidłowego funkcjonowania wodociągów za zgodą Gminy. Roboty te były zlecone już po terminie realizacji umowy z wykonawcą T..

Pozwana pismem z dnia 13.01.2012 r. odmówiła powodowi zapłaty za wykonane prace. W uzasadnieniu tego pisma pozwana podała, że na wykonanie sieci wodociągowej w Gminie D. przeprowadzono postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena. W specyfikacji istnych warunków zamówienia w punkcie XIII zamawiający żądał wskazania przez wykonawców w ofercie części zamówienia, której zamierza on powierzyć podwykonawcom. Umowę na realizację zamówienia podpisano z liderem konsorcjum – (...) Spółką z o.o. w S., która złożyła ofertę z najniższą ceną. Oferta wykonawcy nie zawierała informacji, iż wykonanie części zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcom. W umowie nr (...) zawartej dnia 28.04.2010 r. pomiędzy Gminą D. a (...) Spółką z o.o. strony w § 3 ust. 2 postanowiły, iż umowy z podwykonawcami będą zgodne co do treści z umową zawartą z wykonawcą, odmienne postanowienia są nieważne. Umowa nr (...) zawarta w dniu 30.05.2011 r. pomiędzy wykonawcą – (...) Spółką z o.o. a podwykonawcą - T. W. nie jest zgodna co do treści z umową zawartą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Przesłanką solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy jest z jednej strony zawarcie przez nich umowy o roboty budowlane a z drugiej strony zawarcie umowy przez wykonawcę umowy o podwykonawstwo w podwykonawcę. Niespełnienie tego obowiązku powoduje, że do wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy jest zobowiązany tylko wykonawca będący stroną umowy o podwykonawstwo. W § 11 ust. 5 umowy nr (...) zawartej między wykonawcą a podwykonawcą strony zgodnie oświadczają, że ww. umowa zostaje zawarta pod warunkiem zawieszającym uzyskania przez wykonawcę zgody inwestora na dokonanie cesji wierzytelności przysługującej mu z tytułu umowy nr (...) z dnia 28.04.2010 r. zawartej pomiędzy Gminą D. a (...) Spółką z o.o..W piśmie tym oświadczyła, że inwestor nie wyraził zgody na cesje wierzytelności. Ponadto w tym piśmie pozwana oświadczyła, że w związku z niewywiązaniem się wykonawcy z terminową realizacją zamówienia, co groziło zamawiającemu utratą dotacji z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2007-2013 strony uzgodniły, iż zostanie zawarte porozumienie w sprawie rozwiązania umowy. Wykonawca przedłużał terminy zawarcia porozumienia w sprawie rozwiązania umowy a w międzyczasie podwykonawca być może działając w porozumieniu z wykonawcą zawarł umowę na podwykonawstwo wprowadzając celowo Gminę w błąd. Zamawiający przeświadczony, iż niezwłocznie zostanie zawarte porozumienie w sprawie rozwiązania umowy, nie wniósł sprzeciwu na piśmie do umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Pozwana poinformowała również powoda w tym piśmie, że inwestor nie przekazał terenu budowy oraz dokumentacji projektowej T. W.. Wobec tego zdaniem pozwanej żądanie T. W. jest bezzasadne i pozwana odmówiła zapłaty. W toku wykonywania prac pozwana nie zgłaszała powodowi żadnych zastrzeżeń co do jego wykonawstwa i terminu zakończenia robót.

Dnia 4.10.2011 r. (...) Spółka z o.o. zawarły porozumienie, w którym potwierdziły wykonanie prac wynikających z łączącej te strony umowy w miejscowości G., C., U., O.. Wykonawca oświadczył, że zakres robót związanych z budową sieci wodociągowej, niezbędny do rozpoczęcia robót drogowych w miejscowości P. zostanie wykonany do dnia 10.10.2011 r. a całość robót związanych z budową sieci wodociągowej w miejscowości P. zostanie wykonana do 30.10.2011 r. (§ 2). Z dniem podpisania porozumienia nastąpiło rozwiązanie umowy nr (...) w zakresie pozostałych do wykonania prac, tj. budowy sieci wodociągowej w miejscowości B., D., K., N.. Jako przyczynę rozwiązania umowy wykonawca podał niemożność wykonania tych prac w określonym w umowie terminie (§ 3). W § 6 strony tego porozumienia oświadczyły, że zachowują w mocy kary umowne przewidziane w § 10 umowy nr (...) na wypadek opóźnień i zastępczego usunięcia wad.

Dnia 23.11.2011 r. pozwana wystawiła notę dla (...) Spółką z o.o. w S. na kwotę 80.705,40 zł „za nieterminowe wykonanie robót z umowy (...) z dnia 24.08.2010 r. (82 dni x 0,05 % za każdy dzień od kwoty netto 1.968.424,28 zł)”. Pozwana nie wysłała tej noty do powoda i nie wystawiła podobnej noty na powoda.

Spółka (...) Spółką z o.o. w S. otrzymała od pozwanej zapłatę za wykonane roboty, w tym za roboty w P.. Zapłata nastąpiła na konto komornika sądowego w listopadzie 2011 r. Spółka ta jest w upadłości od kwietnia 2012 r.

Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione w całości. Sąd I instancji wskazał, iż przedmiotem procesu było roszczenie powoda T. W. stanowiące wynagrodzenie z tytułu wykonania umowy o roboty budowlane z dnia 30.05.2011 r. W sprawie nie było spornym, iż Gmina D. nie zapłaciła wynagrodzenia w dochodzonej pozwym kwocie 393.600 zł. Podstawę prawną powództwa stanowił art. 6471 k.c. Sąd Okręgowy wskazał, że przepis ten wprowadza rozwiązanie dotyczące konieczności wyrażenia zgody na powierzenie robót budowlanych podwykonawcom. Mianowicie do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora, a jeśli ten podwykonawca zawiera dalsze umowy podwykonawstwa, to wymagana jest zgoda inwestora i głównego wykonawcy, którego łączy umowa z inwestorem (art. 6471 § 2 i 3 k.c.). Inwestor ma więc wpływ na to, kto będzie wykonywał roboty budowlane, nie tylko jako jego bezpośredni kontrahent, ale także jako podwykonawca niezwiązany z inwestorem żadnym stosunkiem prawnym. Aby nie utrudniać obrotu, ustawodawca postanowił, że brak sprzeciwu, w ciągu 14 dni od przedstawienia inwestorowi odpowiednich dokumentów (umowy lub jej projektu wraz z dokumentacją obejmującą zakres prac oddawanych do wykonania podwykonawcy), jest równoznaczny ze zgodą na podwykonawstwo w zakresie objętym tą umową (zgoda milcząca). Pozwana odmówiła zapłaty wynagrodzenia należnego powodowi. Wobec powyższego Sąd I instancji stwierdził, że pozwana w terminie 14 dni nie zgłosiła na piśmie sprzeciwu ani zastrzeżeń do podwykonawcy w osobie T. W., co skutkowało zaakceptowaniem podwykonawcy (powoda) jak i treści umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego zupełnie nielogiczne jest wyjaśnienie Gminy przejawiające się w zeznaniach świadka Z. T. i wójta Gminy, że Gmina nie odpowiadała na przedłożoną jej umowę o podwykonawstwo, bowiem miało dojść do zawarcia porozumienia o rozwiązaniu umowy między generalnym wykonawcą a Gminą. W takiej sytuacji tym bardziej sprzeciw Gminy był w ocenie Sądu Okręgowego pożądanym a to z uwagi na konsekwencje prawne braku sprzeciwu na umowę o podwykonawstwo. Niesporny był fakt wykonania prac w zakresie, w jakim dochodzona była należność. Dla oceny zasadności wniesionego powództwa konieczne było ustalenie czy zachodziły podstawy do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności pozwanej jako inwestora i generalnego wykonawcy z art. 6471 k.c. Sąd I instancji zwrócił uwagę, że kwestia milczącej zgody inwestora była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego i ostatecznie Sąd ten wyraził swoje stanowisko w uchwale składu 7 sędziów z dnia 29.04.2008 r., III CZP 6/08, w której Sąd Najwyższy wskazał, że zgoda inwestora może być wprawdzie wyrażona przez każde zachowanie się, które ją ujawnia w sposób dostateczny, jednakże zgodę tę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647 (1) §2 k.c. Aby można było przypisać inwestorowi milcząca zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą konieczne jest łączne wypełnienie wszystkich przesłanek omawianego przepisu, to znaczy przedstawienie inwestorowi umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu. Przyjmuje się wówczas fikcję prawną, że inwestor wyraził zgodę. Ustawodawca założył, że w takiej sytuacji inwestor zapoznał się z treścią umowy podwykonawczej, a w każdym bądź razie ma taką możliwość, bądź powinien posiadać wiedzę o zakresie robót i wynagrodzeniu ustalonym w umowie podwykonawczej.

Analizując poszczególne zarzuty pozwanej Sąd I instancji uznał, że pozwana z przyznała na pierwszej rozprawie, że w terminie 14 dni od przedstawienia pozwanej przez generalnego wykonawcę (...) Spółkę z o.o. nie zgłosiła zastrzeżeń ani pisemnego sprzeciwu co do treści tej umowy. Zapłata generalnemu wykonawcy (...) Spółce z o.o. przez Gminę D. za wykonane roboty budowlane nie wyłączała odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy na podstawie art. 6471 § 5 k.c. Stanowisko takie potwierdza uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28.06.2006 r., III CZP 36/06, OSNC 2007/4/52. Sąd Okręgowy uznał, iż odpowiedzialność inwestora utrzymuje się, tak jak twierdzi powód, aż do zaspokojenia wierzyciela, a w niniejszej sprawie – powoda.

Sąd I instancji uznał za niezasadny zarzut pozwanej odnośnie kwestii nieważności umowy na podwykonawstwo uwarunkowanej ważnością umowy cesji wierzycielności, o której mowa w § 11 ust. 5 umowy podwykonawczej. Intencją

stron w zakresie § 11 ust. 4-5 umowy, o czym zeznawał powód i D. K., było to, że gdyby Gmina wniosła sprzeciw co do podwykonawcy, to wtedy ta cesja też nie miałaby miejsca i powód mógłby nie przystępować do realizacji umowy bez żadnych konsekwencji finansowych. Była to forma zabezpieczenia T. W. na wypadek, gdyby Gmina wniosła sprzeciw. Strony użyły sformułowania „warunek zawieszający” dlatego, że gdyby Gmina nie zaakceptowała T. W. jako podwykonawcy, to tym samym umowa stałaby się nieważna między spółką (...) i T. W.. Pozwana Gmina nie podjęła jakichkolwiek działań, by umowa zawarta między powodem a (...) Spółkę z o.o. nie doszła do skutku. Zdaniem Sądu Okręgowego zastosowanie znalazły tu przepisy części ogólnej kodeksu cywilnego dotyczące oświadczeń woli. Zgodnie z art. 60 k.c. wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny. Wola osoby dokonującej czynności prawnej może być zatem wyrażona wprost ustnie bądź na piśmie, jak również w sposób dorozumiany, przez każde zachowanie się, w tym także przez milczące zaakceptowanie oświadczenia woli drugiej strony. Sąd podziela wyrażone stanowisko przez powoda, że milczenie jest jedną z postaci dorozumianego oświadczenia woli. Pogląd taki wynika zresztą z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 06.10.2010 r., II CSK 210/10. Zatem skoro pozwana nie zajęła jakiegokolwiek stanowiska ani odnośnie kwestii sprzeciwu co do treści umowy podwykonawczej, ani braku wyrażenia zgody na cesję wierzytelności, to milczenie pozwanej należy potraktować jako zgodę na cesję, o której mowa w § 11 ust. 5 umowy podwykonawczej. Sąd I instancji ocenił także jako bezzasadny zarzut pozwanej odnośnie tego, że oferta wykonawcy (...) Spółka z o.o. w ramach przetargu nie zawierała informacji, iż wykonanie części zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcom nie ma wpływu na zasadność powyższych rozważań Sądu Okręgowego wobec uregulowania solidarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy w przepisach kodeksu cywilnego. W umowie nr (...) zawartej dnia 28.04.2010 r. pomiędzy Gminą D. a (...) Spółka z o.o. strony w § 3 ust. 2 przywołały zresztą możliwość wykonania umowy przez podwykonawców albowiem postanowiły, iż umowy z podwykonawcami będą zgodne co do treści z umową zawartą z wykonawcą. Pozwana nie wykazała aby zakres prac objętych umową podwykonawczą odbiegał od umowy głównej. Analiza obydwu umów temu zresztą przeczy. Pozwana była i jest zadowolona z prac wykonanych przez powoda. Interpretacja pozwanej w zakresie § 11 ust. 4-5 umowy podwykonawczej jest poczyniona celem uniknięcia odpowiedzialności solidarnej inwestora i generalnego wykonawcy. W ocenie Sądu meriti stanowi wręcz nadużycie ogólnie przyjętej interpretacji wyrażanej w tych kwestiach przez Sąd Najwyższy, jak i jest sprzeczna z dobrymi obyczajami w zakresie umów budowlanych.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego i dokonaniu oceny jego wyników, Sąd I instancji stwierdził, że Gmina D. jest zobowiązana do zapłaty wynagrodzenia powodowi za wykonane przez niego prace na wyżej podanej podstawie prawnej (pkt I wyroku Sądu Okręgowego). Sąd Okręgowy rozstrzygnięcie w zakresie odsetek od dochodzonego roszczenia oparł na treści art. 481 § 1 k.c. ustalając ich termin od 20 stycznia 2012 r. zgodnie z żądaniem powoda. W piśmie zawierającym wezwanie do zapłaty z dnia 02.06.2011r. powód określił pozwanej siedmiodniowy termin do spełnienia roszczenia. Pismo to pozwana otrzymała w dniu 02.06.2011 r. Od następnego zatem dnia po upływie siedmiodniowego terminu, liczonego od tej daty, Gmina D. pozostawała w opóźnieniu, które skutkowało wystąpieniem po jej stronie obowiązku odsetkowego względem powoda.

Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie na treści dokumentów, których wiarygodności i mocy dowodowej nie kwestionowały strony, a Sąd I instancji nie znalazł podstaw, by czynić to z urzędu. Nadto Sąd oparł się na zeznaniach świadków, uznając za wiarygodne zeznania świadka D. K.. Natomiast zeznania wójta pozwanej J. W., podobnie jak zeznania świadka Z. T., który nadzorował budowę sieci wodociągowej z ramienia pozwanej i jest u pozwanej kierownikiem inwestycji od 2009 r., zdaniem Sądu I instancji cechowała dążność do uniknięcia odpowiedzialności finansowej Gminy D. wobec powoda. Istotne jest jednak to, że obaj nie kwestionowali wykonawstwa powoda ani prawidłowości wykonanych robót przez niego. W tej części tym zeznaniom Sąd dał wiarę i przyznał moc dowodową, mając na względzie niesporną okoliczność w świetle pozostałego materiału dowodowego.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. , § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. 2002.163.1348 z późn. zm.) oraz na podstawie art. 113 ust.

1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. nr 90, poz. 594 ze zm.)

Apelację od powyższego wyroku złożyła pozwana, zarzucają:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało lub co najmniej mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania tj.: naruszenie dyspozycji art. 233 § 1 K.p.c. w szczególności poprzez ocenianie dowodów niezgodnie z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania (przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów) oraz poprzez nieprzeprowadzenie wszechstronnego rozważenia całości zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym pominięcie istotnych przedstawionych dowodów i oparcie rozstrzygnięcia w przedmiocie poszczególnych zarzutów na podstawie pojedynczych wątków dowodowych, bez uwzględnienia wzajemnego oddziaływania całości wykazanych w sprawie okoliczności, polegające na:

- przyjęciu przez Sąd I. Instancji, jakoby pozwana w niniejszej sprawie dokonała „milczącej” akceptacji zgłoszenia powoda jako podwykonawcy, co w szczególności miałyby implikować skutek opisany w art. 647 § 5 K.c. w sytuacji, gdy: (1) oferta wykonawcy tj. (...) sp. z o.o. oraz Zakład (...) nie zawierała jakiegokolwiek wskazania w przedmiocie zakresu zamówienia jakie wykonawca ten zamierza powierzyć podwykonawcom, co implikuje skutki opisane w uzasadnieniu niniejszej apelacji; (2) pozwana nie wyraziła zgody na cesję wierzytelności z wynagrodzenia wskazanego wykonawcy na powoda, co było warunkiem koniecznym wejścia w życie umowy podwykonawstwa, a nadto (3) w sprawie nie zachodzą wszystkie przesłanki odpowiedzialności pozwanej opisane w art. 647 (1) § 2 k.c.

- przyjęciu przez Sąd I. Instancji, iż w sprawie nieistotnym jest, że oferta wykonawcy tj. (...) sp. z o.o. oraz Zakład (...) w ramach przetargu nie zawierała informacji, iż wykonanie części zamówienia zamierza powierzyć on podwykonawcom, w szczególności z uwagi na fakt, iż § 3 ust. 2 umowy pomiędzy pozwaną a tym wykonawcą przewidywał, iż umowy z podwykonawcami będą zgodne co do treści z umową zawartą z wykonawcą, podczas gdy wniosku takiego nie sposób wywodzić, w szczególności wobec: (1) treści oferty wskazanego wykonawcy, (2) powoływanych dalej przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej,

czego nie da pogodzić się z dyrektywami oceny dowodów określonymi w art. 233 § 1 k.p.c.

2. naruszenie następujących przepisów prawa materialnego:

- art. 65 § 1 k.c. poprzez niezastosowanie tego przepisu tj. zignorowanie literalnego brzmienia postanowień dokumentów regulujących kompleksowo stosunek obligacyjny (kontraktowy) pomiędzy pozwaną oraz wykonawcą tj. (...) sp. z o.o. oraz Zakład (...), który rzutuje na brak skuteczności umowy podwykonawstwa w stosunku do pozwanej w zakresie opisanym w art. 647 (1) § 5 K.c. polegające na nieuwzględnieniu, iż: literalna wykładania § 11 ust. 4 i ust. 5 umowy podwykonawstwa uzależnia jej skuteczność od zgody pozwanej na cesję wierzytelności z wynagrodzenia wykonawcy na powoda, a nadto, iż postanowienia § 11 ust. 4 i ust. 5 umowy podwykonawstwa, stanowią literalne uwzględnienie w treści tej umowy § 12 ust. 3 umowy pomiędzy pozwaną a wykonawcą (umowy głównej),

- art. 36 ust. 4 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez niezastosowanie tych przepisów tj. zignorowanie, iż pozwana żądała wskazania przez wykonawcę w jego ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy on podwykonawcom, a do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jedynie jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, co w konsekwencji doprowadziło do arbitralnego i nieuzasadnionego przyjęcia przez Sąd I. Instancji, że to, iż oferta wykonawcy nie zawierała informacji, iż wykonanie części zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcom nie ma znaczenia w sprawie, podczas gdy brak oświadczenia o podwykonawstwie w dokumentacji kontraktowej, w tym w ofercie wykonawcy, winien mieć co najmniej istotny wpływ na ocenę Sądu I. Instancji w zakresie możliwości skutecznego wobec pozwanej powierzenia przez wykonawcę powodowi podwykonawstwa części umowy głównej, a w każdym przypadku być brany pod uwagę przy ocenie braku niezwłocznego formalnego sprzeciwu Zamawiającego na pismo Wykonawcy z dnia 2 czerwca 2011 r., do którego załączono egzemplarz umowy podwykonawczej z powodem,

- art. 140 ust. 1 u.p.z.p. poprzez niezastosowanie tego przepisu tj. nieuwzględnienie, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, co w konsekwencji doprowadziło do przyjęcia, że to, iż oferta wykonawcy nie zawierała informacji, iż wykonanie części zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcom nie ma znaczenia w sprawie, a fakt, iż § 3 ust. 2 umowy pomiędzy pozwaną a wykonawcą (umowy głównej) może sugerować, iż pozwana dopuściła w treści dokumentacji kontraktowej podwykonawstwo,

- art. 144 ust. 1 u.p.z.p. poprzez niezastosowanie tego przepisu tj. pominięcie, że ustawodawca zakazuje zmian postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany, co w konsekwencji doprowadziło do nieprzyjęcia przez Sąd I. Instancji, iż brak było możliwości skutecznego wobec zamawiającego powierzenia przez Wykonawcę powodowi podwykonawstwa części umowy głównej w sytuacji gdy pozwana wprost wyłączyła możliwość takiej zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu,

- art. 6471 § 2 i § 5 k.c. poprzez ich błędną wykładnię, wyrażającą się bezpodstawnym przyjęciem przez Sąd I. Instancji, iż warunkiem udzielenia „milczącej” zgody - prowadzącej do powstania zobowiązania solidarnego pomiędzy pozwaną a wykonawcą tj. (...) sp. z o.o. oraz Zakład (...) wobec powoda nie musi być łącznie kierunkowe przekazanie inwestorowi kompletnej dokumentacji obejmującej: zarówno umowę z podwykonawcą lub jej projekt jak i załączoną część dokumentacji dotyczącą wykonania robót powierzanych podwykonawcy oraz wskazanie przyczyny przekazania tej dokumentacji tj. uzyskania zgody pozwanej na wykonanie konkretnych prac przez podwykonawcę, co w konsekwencji wyraża się we wniosku Sądu I. Instancji o wyrażeniu przez pozwaną zgody na podwykonawstwo w sposób „milczący” (pasywny/konkludentny), a co pozostaje sprzeczne z założeniem wyjątkowego i ścisłego stosowania powołanego przepisu, nie ma odzwierciedlenia w jego literalnej treści oraz sprzeczne jest z dotychczasowym orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych.

Podnosząc powyższe zarzuty pozwana wniosła o zmianę wyroku Sądu I Instancji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu przed Sądem I. Instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed tym Sądem - według norm przepisanych, a nadto o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu przed Sądem II. instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed tym Sądem według norm przepisanych, w szczególności zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c.

Uzasadnienie apelacji stanowiło rozwinięcie zarzutów apelacji.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego w wysokości podwójnej stawki minimalnej. W uzasadnieniu podał, iż zarzuty przedstawione przez stronę pozwaną stanowią w istocie polemikę z ustaleniami Sądu I instancji, a wskazywana w apelacji sprzeczność z zasadami logiki i doświadczenia życiowego zachodzi jedynie w kwestiach, gdy pozwany przyjmuje odmienną od sądowej interpretację wydarzeń oraz przepisów prawa materialnego. Zdaniem powoda inwestor nie może w obecnym stanie prawnym powoływać się wobec podwykonawcy na brak łączących go z nim stosunków prawnych. Nadto zarzuty apelacji jakoby pozwana miała nie dysponować dokumentacją techniczną robót są nieuzasadnione i stanowią także nową okoliczność podnoszoną na etapie postępowania apelacyjnego. Na żadnym etapie postępowania pozwana nie kwestionowała znajomości zakresu umowy z powodem i jego wynagrodzenia. Z treści umowy podwykonawczej, której treść otrzymała pozwana wynikają wszystkie niezbędne warunki z punktu widzenia odpowiedzialności solidarnej. Natomiast doprecyzowanie zakresu robót nastąpiło na podstawie dokumentacji projektowej, będącej w posiadaniu pozwanej. Powód przebywał i prowadził pracę na terenie budowy odbywał spotkania z wójtem w zakresie zlecenia prac dodatkowych i nigdy nie wyrażono przy nim stanowiska, że pracę wykonuje bez wymaganej zgody. Zdaniem powoda dla przyjęcia domniemanej zgody inwestora nie jest konieczne zaznajomienie go lub doręczenie mu całości dokumentacji projektowej a jedynie istotnych postanowień umownych decydujących o zakresie jego odpowiedzialności, tak by ewentualna milcząca zgoda miała zwoje uzasadnienie i by inwestor miał możliwość wyrażenia wyraźnego sprzeciwu w zakresie całości lub części przekazanych prac. Powód wywodzi także, że pozwana wyraziła milcząca zgodę na umowę cesji nie zajmując w tej

sprawie żadnego stanowiska, co wobec milczącej zgody na umowę o podwykonawstwo nie ma obecnie znaczenia procesowego. W odpowiedzi na apelację strona powodowa wskazała także, że nowy zarzut strony pozwanej opierający się na rzekomej niezgodności zawartej przez powoda z wykonawcą umowy z prawem zamówień publicznych powinien zostać oddalony ze względu na treść art. 381 k.p.c. oraz niemożność powołania się przez inwestora na brak stosunku z podwykonawcą.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej okazała się niezasadna. Sąd I instancji w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy i w dalszej kolejności dokonał właściwej jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny odpowiadający treści tych dowodów. Stąd też Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Argumentacja pozwanej zmierzająca do wykazania wadliwości tych ustaleń nie mogła odnieść skutku. Sąd Apelacyjny nie znalazł też podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia zarówno prawa procesowego, jak i materialnego. Należy zaznaczyć, że dotyczyły one trzech zasadniczych kwestii tj. interpretacji postanowień umowy z dnia 30 maja 2011 r. a w szczególności § 11 pkt. 4 i 5, kwestii zgodności tej umowy z regulacjami ustawy prawo o zamówieniach publicznych oraz dorozumianego wyrażenia zgody, czy to na podwykonawstwo, czy też na przelew wierzytelności.

W pierwszej kolejności rozważenia wymagała wskazywana przez pozwaną okoliczność braku zawarcia przez wykonawcę i podwykonawcę skutecznej umowy o podwykonawstwo, jako czynności prawnej nieodpowiadającej warunkom umowy głównej zawartej pomiędzy Gminą jako inwestorem, a konsorcjum jako głównym wykonawcą. Choć w odpowiedzi na apelację strona powodowa podała, iż wskazane zarzuty powinny być pominięte przez Sąd Apelacyjny w oparciu o treść art. 381 k.p.c. zgodnie z którym sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później, stanowisko to nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Sądu odwoławczego zarzuty podnoszone przez stronę pozwaną w apelacji nie stanowią nowych twierdzeń w rozumieniu podanego przepisu, gdyż już w odpowiedzi na pozew pozwana w sposób wprawdzie ogólny, ale wskazywała na niezgodność zawartej z podwykonawcą umowy z umową łączącą inwestora z głównym wykonawcą. Warunek zgodności, na który powoływała się strona pozwana, zawarty w treści umowy głównej znajduje oparcie w treści ustawy prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie argumentacja zawarta w apelacji stanowi rozwinięcie wcześniej wskazywanych okoliczności, które nie stanowiły jednak podstaw postępowania dowodowego prowadzonego przez stronę pozwaną. Sąd I instancji odniósł się częściowo do tego zagadnienia uznając, że ewentualna niezgodność umowy z dnia 30 maja 2011 r. z warunkami umowy głównej nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego. Wobec podniesienia w apelacji dalej idących zarzutów bazujących na okoliczności niezgodności umowy z warunkami prawa zamówień publicznych wystąpiła konieczność szerszego rozważenia przez Sąd Apelacyjny podniesionych zarzutów.

Kwestionując podstawy ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd I instancji skarżący wskazał, że pomiędzy wykonawcą głównym – konsorcjum firm (...) sp. Z o.o. oraz Zakładem (...), a podwykonawcą T. W. nigdy nie została skutecznie zawarta umowa na wykonanie robót budowlanych (podwykonanie), ze względu na treść łączącej pozwaną z wykonawcą umowy mającej swoje źródło w przepisach ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013/907 t.j.). Kwestionując stanowisko Sądu I instancji w tym zakresie pozwana wywodzi między innymi, iż ustawa ta stanowi *lex specialis* w stosunku do postanowień kodeksu cywilnego, który stosuje się, zgodnie z treścią art. 139 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, dopiero gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Niewątpliwie wymieniony przepis eliminuje możliwość odniesienia się wprost do instytucji zawartych w kodeksie cywilnym i nakazuje ocenić, czy zawarcie umowy z podwykonawcą w jakimś stopniu naruszało te przepisy, a jeśli tak, to jaki mogło mieć to wpływ na umowę wykonawcy z podwykonawcą oraz zakres odpowiedzialności inwestora.

Strona pozwana w pierwszej kolejności podnosiła, że niedopuszczalne, jako sprzeczne z treścią art. 36 ust. 4 u.p.z.p. było przekazywanie ustalonego pierwotnie zakresu prac podwykonawcom w sytuacji braku stosownego zapisu w SIWZ. Zgodnie z tym przepisem zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Reguluje on więc formalny tryb zgłaszania przez wykonawcę zamiaru wykorzystywania w toku prac także podwykonawców. Rację ma skarżący i okoliczność ta w toku procesu nie była kwestionowana, że w pkt. XXVII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia znalazł się zapis, zgodnie z którym wykonawca w ofercie powinien wskazać część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Zapis ten niewątpliwie odnosi się bezpośrednio do treści art. 36 ust. 4 ustawy. Poza sporem pozostawała również okoliczność, że wykonawca w złożonej ofercie nie zawarł informacji, że część prac wykonywać będzie z udziałem podwykonawcy. Podkreślenia wymaga, co zasadnie akcentowała pozwana, że przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Tym samym zamawiający nie ma możliwości jego zmiany, czy pominięcia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ewentualna niezgodność oferty z treścią SIWZ skutkować powinna natomiast odrzuceniem oferty (art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy). Taka jednak sytuacja w niniejszej sprawie nie zaistniała. W ofercie w odpowiedzi na SIWZ nie znalazła się jakkolwiek informacja o zamiarze powierzenia wykonania części prac podwykonawcy. Nie zostały więc spełnione przesłanki uzasadniające w myśl przywołanej regulacji odrzucenie oferty. Zauważyć należy, iż zarówno art. 36 ust. 4 u.p.z.p. jak i treść SIWZ odnoszą się do zgłaszania podwykonawców na etapie składania oferty, celem możliwej weryfikacji przez inwestora tej okoliczności w trybie przetargowym. Interpretacja postanowień umownych i przepisu nie pozwala na przyjęcie, że tryb ten odnosi się także do zawierania umów z podwykonawcami już w toku prac, gdy zajdzie taka potrzeba, tak jak miało miejsce w tej sprawie. Niewątpliwie jednak w przypadku braku określenia w ofercie części zamówienia, która będzie powierzana podwykonawcy, zamawiający nie ma prawa regulować podwykonawstwa w przyszłej umowie. Oświadczenie bowiem dotyczące podwykonawstwa nie posiada waloru wyłącznie informacyjnego, co podważałoby zarówno sens art. 36 ust. 4 ustawy, jak i innych przepisów dotyczących niezmienności oferty i związania wykonawcy ofertą rozumianego, jako wypełnienie wszystkich zapisów wynikających z jej treści. Zdaniem jednak Sądu Apelacyjnego zawarcie postanowień o podwykonawstwo w przyszłej umowie nie skutkowało automatycznie ani nieważnością tej umowy, ani też nie decydowało o skuteczności zawartej później umowy o podwykonawstwo. Sama zresztą skarżąca w apelacji nie określiła wprost, jakich konkretnie skutków dla zawartej umowy upatruje w naruszeniu regulacji ustawy. Jej argumentacja zdaje się zmierzać do podważenia samej umowy łączącej inwestora z wykonawcą. Skarżąca podnosiła, że zastosowanie w niniejszej sprawie w zakresie dopuszczalności zawarcia ewentualnych umów z podwykonawcami miał mieć art. 140 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Stanowiska tego nie sposób jednak podzielić. Przepis wyraża zasadę, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta jedynie w zakresie określonym w postępowaniu poprzedzającym jej zawarcie. Świadczenie, określone w zawartej umowie, które ma spełnić wykonawca, powinno być odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Regulacja art. 140 ust. 1 u.p.z.p. wiąże się z wymogiem złożenia oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zatrudnienia. Konsekwentnie, zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi odpowiadać złożonej ofercie. Przepis akcentuje tym samym rzeczowy wymiar umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiąc tamę w aneksowaniu takich umów w sposób rozszerzający ich przedmiot (zakres zamówienia) w stosunku do przedmiotu opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak słusznie zauważa się w doktrynie, zakres świadczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 140 ust. 1, to rozmiar tego świadczenia określony w danych jednostkach miary (np. sztukach, metrach, tonach, krotnościach). O ile zatem art. 144 ust. 1 stoi na przeszkodzie dokonywaniu zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w stosunku do treści oferty (o czym będzie mowa dalej), na podstawie wyboru oferty wykonawcy, to art. 140 uniemożliwia rozszerzanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Apelacyjnego powierzenie prac podwykonawcy bez zmiany przedmiotu umowy rozumianej w sposób przedstawiony wyżej nie wpisuje się w dyspozycję regulacji art. 140 ust. 1 ustawy. Nie dochodzi bowiem w takiej sytuacji do jakiegokolwiek modyfikacji umowy w tym względzie. Przedmiot świadczenia określony w umowie nie uległ jakimkolwiek zmianom i był w toku całego procesu budowlanego tożsamy.

Jak już wskazano, brak zastrzeżenia w ofercie, że część prac wykona podwykonawca skutkuje brakiem uprawnienia do regulacji tej kwestii w przyszłej umowie. Pomimo jednak tego, w umowie pomiędzy wykonawcą i inwestorem z dnia 28 kwietnia 2010 r. znalazł się zapis § 3 ust. 2, w którym taka możliwość wyraźnie została przewidziana. Strony zastrzegły bowiem, że umowa z podwykonawca musi być zgodna z umową główną. Wynika z tego, że inwestor i wykonawca nie wykluczyli możliwości zawarcia z podwykonawcami umowy na wykonanie określonych prac w późniejszym okresie, choć nie było to zgłoszone w ofercie przetargowej. Gdyby zamiary stron były inne już na etapie zawierania umowy z 28 kwietnia 2010 r., bazując na braku informacji zgłoszonych w ofercie o zamiarze zatrudniania podwykonawców, strony wyłączyłyby z treści umowy zapis § 3 ust. 2 jako całkowicie zbędny. Taki zapis rozpatrywać należy jako zmianę umowy głównej w stosunku do przedstawionej oferty. W kontekście ustawy prawo zamówień publicznych należy wziąć pod uwagę treść art. 144 ust. 1 u.p.z.p., zgodnie z którym zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Natomiast zgodnie z ust. 2 zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu. Przepis ten nie wskazuje, jakie zmiany umowy należy traktować jako zmiany istotne umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu projektu noweli z dnia 4 września 2008 r. (druk sejmowy nr 2154, Sejm RP VI kadencji) wskazuje się, że zmiany nieistotne należy rozumieć jako takie, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. Podzielić należy stanowisko pozwanej, zgodnie z którym dopuszczenie możliwości wykonania prac przez podwykonawcę stanowi zmianę umowy i to o charakterze istotnym. Jest oczywiste, że inwestor zawierając umowę z konkretnym podmiotem bierze pod uwagę jego możliwości zarówno w sferze organizacyjnej, jak i finansowej, uwzględnia doświadczenie w wykonaniu określonych prac itd. Wprowadzenie więc innego wykonawcy i to w sytuacji, w której taka możliwość w ofercie się nie pojawiła stanowi przekreślenie tych założeń, przekreślenie przesłanek czy podstaw wyboru oferenta.

Niezależnie jednak od charakteru zmiany jaką miało być dla umowy głównej zawarcie postanowień umożliwiających podwykonawstwo, stwierdzić należy, że zmiana dokonana w sposób sprzeczny z art. 144 ust. 1 u.p.z.p. nie będzie skutkowałą nieważnością umowy z mocy prawa. Skutek prawny określony w ust. 2 tego przepisu wskazuje, iż wadliwość dokonanej zmiany umowy przybiera postać wzruszalności (możliwości unieważnienia). Przepis ten bowiem stanowi, że zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu. Jak wynika z materiału dowodowego w sprawie, strony nigdy nie kwestionowały w trybie art. 146 ustawy prawo zamówień publicznych ważności umowy inwestora i głównego wykonawcy, zmienionej na skutek wykonywania części prac przez wykonawcę, a w rezultacie rozwiązanej w drodze ugody. Ważność dokonanej zmiany mającej skutek bezpośredni dla umowy głównej nie była też przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu, nie zachodzi więc nieważność, którą Sąd Apelacyjny brałby pod uwagę z urzędu, gdyż nie nastąpiła z mocy prawa. Podobnie w przypadku naruszenia omówionego wcześniej przepisu art. 140 ustawy (czego Sąd nie stwierdził), ustawodawca nie przewidział bezwzględnie nieważności umowy, a jedynie możliwość jej unieważnienia w tym samym trybie, co w przypadku stwierdzenia naruszenia art. 144 ustawy. Zgodnie bowiem z art. 140 ust. 3 ustawy, umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe niezasadny okazał się zarzut nieważności bądź nieskuteczności umowy o podwykonawstwo, gdyż postulowane przez skarżącą naruszenie przez kontrahenta ogólnych warunków zmiany zakresu przedmiotowego wykonywanych prac miał bezpośredni skutek dla umowy głównej, której ważność można było wzruszyć w trybie art. 146 ustawy prawo zamówień publicznych. Nie można jednak przyjmować, iż brak zgłoszenia podwykonawcy lub prawidłowej zmiany zakresu robót w umowie głównej skutkować miał nieważnością umowy o podwykonawstwo zawartą z powodem. W konsekwencji argumentacja pozwanej w zakresie niezgodności działań podwykonawcy i wykonawcy z ogólnymi warunkami umowy głównej i ustawą prawo zadań publicznych nie wpłynęła na ocenę umowy jako ważnej i skutecznej, co jest podstawą dalszych rozważań w zakresie odpowiedzialności inwestora w trybie art. 647¹ k.c. Należy też zwrócić uwagę, iż na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych

nie została odrębnie uregulowana kwestia solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wynagrodzenie należne podwykonawcy i w tym zakresie w oparciu o treść art. 139 p.z.p. należy stosować regulacje kodeksu cywilnego.

Ważna i wiążąca strony umowa, niezależnie od jej zgodności z przepisami omówionej ustawy zawierała zapis dopuszczający powierzenie części prac podwykonawcom. W zakresie udzielenia zgody na podwykonawstwo podstawowym zagadnieniem dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy była wykładnia oświadczeń woli stron umowy o podwykonawstwo z dnia 30 maja 2011 r. Istota sporu odnosiła się do różnego rozumienia jej § 11 ust. 4 i 5. Zdaniem skarżącej, zgoda na zawarcie umowy cesji warunkować miała zawarcie umowy o podwykonawstwo, co z kolei miało decydujące znaczenia dla kwestii uzyskania zgody inwestora na zawarcie takiej umowy. Z uwagi na fakt, że zgoda nigdy nie została przez inwestora wyrażona, zdaniem pozwanej, nigdy też nie doszło do zawarcia umowy o podwykonawstwo, gdyż nie spełnił się warunek jej zawarcia. Podstawą wyżej wymienionego zarzutu było założenie, iż Sąd I instancji w sposób nieprawidłowy, niezgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli zinterpretował treść § 11 ust. 5, nie biorąc pod uwagę literalnego brzmienia przepisu, a jedynie element woli stron. Z kolei w ocenie powoda istota spornych zapisów sprowadzała się do tego, że zgoda na podwykonawstwo warunkowała zawarcie umowy cesji wierzytelności. Bez uzyskania bowiem takiej zgody bezprzedmiotowe stawały się zapisy odnoszące się do przelewu wierzytelności.

Dokonując analizy w tym zakresie w pierwszej kolejności wskazać należy, że umowa z dnia 28 kwietnia 2010 r. zawarta pomiędzy wykonawcą i inwestorem zawierała postanowienie, zgodnie z którym wykonawca nie może bez zgody zamawiającego dokonać cesji wierzytelności przysługującej mu z tytułu realizacji umowy na osoby trzecie (§ 12 ust. 3). Wykonawca i podwykonawca w treści umowy z dnia 30 maja 2011 r., a dokładnie w jej § 11 ust. 4, zawarli postanowienie, zgodnie z którym „w celu zabezpieczenia płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy od zamawiającego z tytułu realizacji niniejszej umowy zamawiający dokonuje cesji wierzytelności przysługującej mu z tytułu realizacji umowy nr (...) z dnia 28.04.2010 r. zawartej między nim a Gminą D. do kwoty 738.000 zł brutto, z zastrzeżeniem postanowień ust. 5 niniejszego paragrafu” Z kolei w dalszej części umowy z dnia 30 maja 2011 r. znalazł się zapis § 11 ust. 5, gdzie strony zawarły zgodne oświadczenie, iż niniejsza umowa zostaje zawarta pod warunkiem zawieszającym uzyskania przez Zamawiającego zgody Gminy D. na dokonanie cesji wierzytelności przysługującej mu z tytułu realizacji umowy nr (...) z dnia 28 kwietnia 2010 r. zawartej pomiędzy nim, a Gminą D. na Wykonawcę niniejszej umowy do kwoty 738.000,00 zł. Należy zgodzić się ze skarżącą, że analiza treści powyższych postanowień umownych przy zastosowaniu językowych reguł wykładni skłaniałaby do takiej interpretacji, jaką prezentowała w toku procesu. Przypomnieć jednak należy, że zgodnie z art. 65 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Jednocześnie § 2 tego artykułu odnoszący się do oświadczeń woli zawartych w umowach stanowi, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 czerwca 1995 r. Sąd Najwyższy przyjął na tle tego przepisu tzw. kombinowaną metodę wykładni (vide: OSNC 1995, Nr 5, poz. 16), co następnie potwierdził w kolejnych orzeczeniach (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 r., sygn. akt I CKN 825/97, OSNC 1998, Nr 5, poz. 85, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1997 r. sygn. akt I CKN 825/97 - OSNC 1998/5/81; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. akt II CSK 614/11 - LEX nr 1231314; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 1999 r. sygn., akt II CKN 379/98 - OSNC 2000/1/10; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2000 r., sygn. akt II CKN 351/00 OSNC 2001/6/95; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2004 r., sygn. akt V CK 670/03 - OSNC 2005/9/162, czy też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt V CSK 169/11 - LEX nr 121827). Metoda ta przyznaje pierwszeństwo, w wypadku oświadczeń woli składanych innej osobie, temu znaczeniu oświadczenia woli, które rzeczywiście nadały mu strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Reguły językowe mają w tym wypadku znaczenie jedynie pomocnicze. Dopiero bowiem, gdy okaże się, że strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące - zgodnie z kombinowaną metodą wykładni - należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego, czyli takie, jakie powinien mu przypisać adresat oświadczenia, który z należytą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 grudnia 2010 r., sygn. akt V ACa 389/10, LEX 846528). W takim wypadku należy rozpocząć proces wykładni od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje

językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt I CSK 485/11, LEX 1231303). Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 kwietnia 2013 r. (sygn. akt IV CSK 569/12, LEX nr 1324323) wskazał, że sąd stwierdzając iż strony w sposób tożsamy rozumiały użyte w umowie sformułowania, ze względu na brzmienie art. 65 § 2 k.c. nakazującego w pierwszej kolejności badać zgodną wolę stron niż dosłowne brzmienie umowy, jest związany dokonaną przez nie zgodną interpretacją postanowień umowy. Z powyższego wynika, że podstawowe znaczenie dla reguł wykładni oświadczeń stron umowy ma ich wola i to niezależnie od wątpliwości interpretacyjnych powstających po analizie tekstu samego postanowienia umowy. W tym kontekście uznać należało, że zapatrywanie, wyrażone w apelacji, jakoby nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy obiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych, nie jest trafne o tyle, że proces wykładni oświadczeń stron umowy o podwykonawstwo został zakończony bez potrzeby sięgania do obiektywnego wzorca wykładni. Zacieśnienie wykładni tylko do "niejasnych postanowień umowy" miałoby oparcie w art. 65 k.c. wtedy, gdyby przepis ten uznawał za wyłącznie doniosłe takie znaczenie umowy, jakie wynika z reguł językowych.. Przepis ten dopuszcza taką sytuację, w której właściwy sens umowy ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od jej "jasnego" znaczenia w świetle reguł językowych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt V ACa 56/13, LEX nr 1313283). W rozpoznawanej sprawie, w oparciu o zeznania świadków i powoda, w tym osób zawierających porozumienie w zakresie umowy na podwykonawstwo, Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy rozstrzygnął wątpliwości interpretacyjne co do znaczenia postanowienia umownego zawartego w treści § 11 ust. 5 umowy dokonując oceny pod kątem zgodnej woli stron. Świadek D. K. zeznał (karty 132 – 134 akt), że intencją § 1 pkt. i 5 umowy bo to, że gdyby Gmina wniosła sprzeciw, co do zatwierdzenia podwykonawcy, to wtedy automatycznie ta cesja też nie miałaby miejsca i powód miałby prawo nie przystępować do realizacji umowy bez żadnych konsekwencji finansowych. Była to forma zabezpieczenia powoda na wypadek, gdyby Gmina wniosła sprzeciw. Świadek dodał przy tym, że „użyliśmy sformułowania warunek zawieszający dlatego, że jeśli Gmina nie zaakceptuje T. W. jako podwykonawcę, to tym samym nie zaakceptuje przedłożonej przez nas umowy i umowa staje się nieważna między spółką (...) a T. W.. Takiej też treści zeznania złożył powód (karty 173 – 174 akt). Jak z powyższego wynika strony umowy z dnia 30 maja 2011 r. nadały poszczególnym zwrotom zawartym w umowie dokładnie takie same znaczenie, każda z nich w tożsamy sposób rozumiała ich sens. Niewątpliwie odbiega on od tego, jaki wynikałby z prostej lektury treści umowy, ale jak wskazano wcześniej pozostaje to bez wpływu na ocenę woli stron. Nie zaistniała więc sytuacja, w której w ogóle konieczne byłoby ją ustalać w oparciu o reguły językowe. Nie można się więc zgodzić ze skarżącym, że interpretacja postanowień umowy oparta została wyłącznie na zeznaniach powoda i reprezentanta wykonawcy i godzi w podstawowe zasady interpretacyjne. Sąd Okręgowy wziął pod uwagę cały kontekst sytuacyjny z chwili zawierania umowy, który obejmował przede wszystkim założenie o funkcji zabezpieczającej jaką cesja miała pełnić w stosunku do zawieranej umowy oraz umiejscowienie umowy cesji i postanowienia § 11 ust. 5 umowy w przepisach końcowych odnoszących się do całej umowy. Niebagatelne znaczenie ma także fakt, iż zamiarem przedsiębiorców, zajmujących się działalnością strictly budowlaną nie było w pierwszej kolejności przeniesienie praw do nabytej przez wykonawcę wierzycielności na inny podmiot, a dalsze prowadzenie rozpoczętych już prac wodociągowych na wyznaczonych terenach, z których terminowym wykonaniem wykonawca miał problemy. Wobec istniejącego już wtedy opóźnienia, zgodne z zasadą logiki i doświadczenia życiowego jest założenie, iż optymalnym rozwiązaniem było przekazanie prac innemu podmiotowi, celem ich niezwłocznego zakończenia, a kwestia uzyskania wynagrodzenia za te prace już bezpośrednio od inwestora na zasadzie cesji miała charakter porozumienia dodatkowego, w swojej funkcji zabezpieczającego roszczenia podwykonawcy. Nadto wskazać należy, że dla ustalenia, jak strony rzeczywiście pojmowały oświadczenie woli w chwili jego złożenia może mieć znaczenie także ich postępowanie po złożeniu oświadczenia, na przykład sposób wykonania umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1998 r., sygn. akt I PKN 532/97, OSNAPiUS 1999, Nr 3, poz. 81). Powód od chwili zawiadomienia inwestora o treści umowy, co miało miejsce w dniu 2 czerwca 2011 r. oczekiwał dwa tygodnie na wyrażenie przez pozwaną zgody na przekazane mu części prac jako podwykonawcy, po czym rozpoczął pracę. Wskazany okres oczekiwania jest to termin niezbędny dla spełnienia przesłanek z art. 647¹ § 2 k.c. i uzyskania tzw. milczącej zgody inwestora na rozpoczęcie wykonywania umowy, a w konsekwencji podstaw do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie należne podwykonawcy. Z powyższego wynika, iż w swoim procesie decyzyjnym zarówno przed zawarciem umowy jak i po

jej zawarciu i zawiadomieniu inwestora o jej treści powód nie warunkował swoich działań zgodą na umowę cesji, a przesłankami umożliwiającymi mu rozpoczęcie prac jako strony umowy o roboty budowlane, co także dowodzi, iż to zgoda inwestora na umowę na podwykonawstwo miała dla niego podstawowe znaczenie, a umowa cesji jedynie poboczne. Jak już wskazano zasady wykładni oświadczeń woli nadają literalnemu brzmieniu określonego postanowienia znaczenie drugorzędne, brane pod uwagę jedynie w razie wątpliwości interpretacyjnych obejmujących zgodne oświadczenia stron. Z uwagi na fakt, iż strony umowy były w pełni zgodne co do charakteru § 11 ust. 5 umowy z dnia 30 maja 2011 r. niezasadnym było posłużenie się, jak to sugerowała pozwana, wykładnią literalną przepisu. Wskazać także należy, iż nie potwierdziły się zarzuty pozwanej jakoby zawarcie umowy o podwykonawstwo miało charakter działań wymierzonych przeciwko interesom inwestora lub czynności pozornych mających zapewnić zapłatę za wykonane prace podmiotowi trzeciemu z pominięciem obciążenia komorniczego głównego wykonawcy. Powołująca się na powyższe okoliczności strona pozwana nie wykazała ich w toku postępowania, zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), a co za tym idzie nie można było uznać, iż takie podstępne działania stanowiły motywację stron do podpisania umowy z dnia 30 maja 2011 r.

W oparciu o powyższe, nie można podzielić interpretacji § 11 ust. 5 umowy, dokonywanej przez stronę pozwaną. Pomimo sformułowania użytego z treści § 11 ust. 5 umowy z 30 maja 2011 r. zgodny zamiar stron umowy obejmował zawarcie umowy cesji pod warunkiem zawarcia umowy o podwykonawstwo, gdyż w razie braku uzyskania zgody na powierzenie prac podwykonawcy sama cesja nie miałaby żadnego praktycznego znaczenia, jako że nie doszło do zawarcia umowy podstawowej dla jej bytu.

Niezasadne okazały się również zawarte w apelacji zarzuty odnoszące się zarówno do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną ocenę dowodów, jak i do sprzecznych z uch treścią ustaleń faktycznych odnośnie udzielenia zgody na wykonanie prac przez podwykonawcę, a w konsekwencji naruszenia przepisu prawa materialnego tj. art. 647¹ § 2 i 5 k.c. Stanowiska skarżącej nie sposób podzielić. Zgodnie z art. 647¹ § 2 k.c. do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, 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, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Przytoczony przepis stanowi jedną z przesłanek solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy, wyrażonej z treści art. 647¹ § 5 k.c. Przepis ten wprowadza, jako zasadę, solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy, względnie wykonawców częściowych, za umowy zawierane z podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami. Nowa regulacja wprowadziła więc klarowniejszą i bardzo korzystną dla podwykonawców sytuację prawną, ponieważ obecnie mają oni bezpośrednie roszczenia wobec inwestora, wykonawcy częściowego, a także generalnego wykonawcy. Chroni to interesy podwykonawców w przypadku nierzetelności finansowej podmiotu, z którym bezpośrednio zawarli oni umowę na wykonanie części robót, zmuszając inwestora do starannego wyboru wykonawcy oraz do kontrolowania wywiązywania się wykonawców z obowiązków finansowych względem podwykonawców. W uzasadnieniu wyroku z dnia 30 maja 2006 r. (sygn. akt IV CSK 61/06), Sąd Najwyższy wyraził zapatrywanie, że przewidziana w art. 647¹ § 2 k.c. zgoda inwestora nie ma charakteru przesłanki skuteczności ani ważności umowy z podwykonawcą, ponieważ okoliczność, czy dłużnik wykonywa zobowiązanie sam, czy też posługuje się innymi osobami, stosunkowo rzadko ma znaczenie z punktu widzenia interesu wierzyciela; zgoda inwestora warunkuje jedynie jego solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za zobowiązania z tytułu wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Pogląd ten przyjęty został również w kolejnych orzeczeniach Sądu Najwyższego dotyczących wykładni omawianego przepisu (uchwała z dnia 28 czerwca 2006 r., sygn. akt III CZP 36/06, oraz wyroki z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. akt V CSK 221/06 i V CSK 256/06). Argumenty przemawiające za nim przytoczono także w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2007 r. (sygn. akt II CSK 108/07), zwracając uwagę na konstrukcję i funkcję jurydyczną zgody inwestora i wynikające stąd ograniczenie jej roli do przesłanki solidarnej odpowiedzialności za cudzy dług.

Jak słusznie zauważył Sąd I instancji za ugruntowany i jednoznaczny w orzecznictwie uznać należy pogląd, zgodnie z którym 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 w takiej sytuacji fikcję prawną, że inwestor zgodę wyraził. Inwestor został zabezpieczony poprzez obowiązek przedstawienia mu umowy lub jej projektu oraz dokumentacji technicznej dotyczącej realizowanych przez podwykonawcę prac. 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, LEX nr 1102865). Oznacza to, że art. 647¹ § 2 k.c. normuje jedynie postępowanie konieczne do przypisania milczeniu inwestora określonego w tym przepisie znaczenia, tj. zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą (lub przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą). Normatywnie ustalona interpretacja biernego zachowania jest postanowieniem szczególnym, umieszczonym w przepisie o charakterze wyjątkowym, wymagającym interpretacji ścisłej. Aby zatem można było przypisać inwestorowi milczącą zgodę na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą, konieczne jest łączne wypełnienie wszystkich przesłanek omawianego przepisu, tzn. przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz ze stosowną częścią dokumentacji, która dotyczy przedmiotu umowy.

Odmiennej oceny wymaga natomiast sytuacja, gdy zgoda wyrażana jest w sposób czynny. Omawiany przepis w takim przypadku nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji. Może on uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później. Podkreśla się, że jeżeli inwestor zgodę w sposób czynny wyraża, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt V ACa 81/13, LEX nr 1314749, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 21 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 1291/12, LEX nr 1312006, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 grudnia 2012 r., sygn. akt I ACa 1237/12, LEX nr 1293089, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt V CSK 24/09, LEX nr 527185, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r., sygn. akt II CSK 80/08, LEX nr 479372).

Ten sposób wyrażenia zgody (czynny) może przybrać różną formę. Inwestor może wyrażać ją w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Jeżeli zatem ogólne zasady wykładni oświadczeń woli pozwalają na stwierdzenie, że inwestor wyraził zgodę na konkretną umowę, z której wynika zakres jego odpowiedzialności solidarnej, to okoliczność ta jest wystarczająca dla uznania skuteczności tej zgody (uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt II CSK 417/08, LEX nr 518078). Może to nastąpić poprzez czynności faktyczne, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, sygn. akt I ACa 109/13, LEX nr 1314664, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r., sygn. akt III CSK 152/10, LEX nr 1102865).

Argumentacja skarżącego zawarta w apelacji obejmuje między innymi zarzut braku przedstawienia przez zgłaszającego wymaganej przepisem dokumentacji, co jej zdaniem warunkować miało brak przesłanki niezbędnej do uznania konstrukcji milczącej zgody. Zarzut ten jednak okazał się bezzasadny, gdyż mimo braku odpowiedzi na pismo wykonawcy zgłaszającego fakt zawarcia umowy, nie sposób przyjąć w przyjętym stanie faktycznym konstrukcji zgody milczącej, a jak wskazano wcześniej tylko w takiej sytuacji istnieje obowiązek przedstawienia dokumentów wymienionych w art. 647¹ § k.c.. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w sprawie doszło do wyrażenia woli przez inwestora (zgody na zawarcie wskazanej umowy) w sposób czynny przez zachowania dostatecznie ujawniające jego wolę w rozumieniu art. 60 k.c. Wyrażanie zgody w sposób czynny nie wymaga spełnienia tak daleko idących przesłanek jak przesłanie dokumentacji. Celem takiego zabiegu jest bowiem zapewnienie inwestorowi dostatecznej wiedzy o zakresie prac przekazanych podwykonawcy, ich terminowości i sposobie wykonania. Zależność ta jednak nie zachodzi w przypadku zgody czynnej, bowiem ustawodawca zakłada, iż wyrażający zgodę zna dostatecznie zakres w jakim prace zostają przekazane podwykonawcom, warunek przedłożenia niezbędnych informacji jest w tym przypadku więc ograniczony do informacji niezbędnych. W tym kontekście wskazać należy, iż dorozumiana zgoda inwestora na

zawarcie umowy wykonawcy i podwykonawcy (art. 647¹ § 2 zdanie pierwsze k.c.) wyrażona w sposób czynny jest skuteczna, gdy dotyczy umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi albo z którymi miał możliwość zapoznania się (wyrok Sądu Najwyższego z 6 października 2010 r II CSK 210/10 OSNC 2011/5/59). Biorąc pod uwagę okoliczności, iż przesłana inwestorowi umowa z dnia 30 maja 2011 r. zawierała wszystkie niezbędne informacje, w tym odesłania do właściwych dokumentów w zakresie opisu zakresu i miejsca prac, uznać należało, iż inwestor miał dostateczne informacje o treści umowy, by móc wyrazić domniemaną zgodę na wykonanie prac przez podwykonawcę.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie jednoznacznie wskazuje na to, iż inwestor nie tylko zdawał sobie sprawę z zakresu prac budowlanych jakie przejął, a następnie wykonywał podwykonawca, ale też w pełni akceptował ten fakt, aż do momentu skierowania do niego wezwania o zapłatę, gdzie po raz pierwszy posłużył się argumentem braku zgody na zawarcie przez podwykonawcę umowy z wykonawcą. Przez cały okres wykonywania przez powoda prac budowlanych w miejscowości P. nie kwestionowano obecności powoda na placu budowy, jego udziału na naradach budowlanych. Same milczenie wyrażające się w braku wyrażenia w jakiegokolwiek formie sprzeciwu co do udziału powoda w pracach jest oczywiście niewystarczające. Przede wszystkim główny wykonawca pismem z dnia 2 czerwca 2011 r. (karta 15 akt) zgłosił podwykonawcę, a ponadto wystąpił o wyrażenie zgody na zawarcie umowy cesji wierzytelności, a do zgłoszenia dołączył umowę o podwykonawstwo z dnia 30 maja 2011 r. W samym piśmie wskazano natomiast, że umową podwykonawczą objęte są etapy P. i B., co odpowiada etapom określonym w umowie głównej z dnia 28 kwietnia 2010 r. W piśmie tym zresztą przywołany został także numer tej umowy. Już tylko to świadczy o istnieniu świadomości pozwanej co do wykonania prac przez podwykonawcę. Jak wcześniej wspomniano materiał dowodowy dawał podstawy do ustalenia, że pozwana nie tylko wiedziała o wykonywaniu części prac przez powoda, ale je akceptowała. Świadek D. K. zeznał (karty 132 – 133 akt), że osobiście zawiózł podpisaną z podwykonawcą umowę do siedziby pozwanej. Jednocześnie też wskazał, że pozwana wiedziała o podwykonawcy. Powód uczestniczył w różnych naradach budowlanych z udziałem przedstawicieli Gminy. Co najistotniejsze podniósł, że pozwana o wykonywaniu prac przez podwykonawcę wiedziała nie tylko z treści doręczonej jej umowy. Świadek, jako reprezentant głównego wykonawcy oświadczył, że on osobiście rozmawiał z przedstawicielami Gminy, przedstawiał powoda jako podwykonawcę. Także z zeznań świadka Z. T. (karty 134 – 135 akt) wynika, że miała świadomość wykonywania prac przez powoda. Wskazał on na przekazywanie powodowi przez Gminę informacji odnośnie cesji wierzytelności w trakcie odbywających się spotkań. Jak wskazał, te spotkania miały miejsce już po przedstawieniu umowy o podwykonawstwo. Co najważniejsze podniósł, że powód uczestniczył w etapach budowy, dla niego występował jako podwykonawca robót. Okoliczności te znajdują wreszcie potwierdzenie w zeznaniach samego powoda (karty 173 – 174 akt). Nawet reprezentant pozwanej J. W. nie zaprzeczył, że Gmina miała świadomość wykonywania prac przez podwykonawcę i się na to godziła (karty 174 – 175 akt). Wskazał on z jednej strony, że pozwana nie złożyła oświadczenia wobec pisma przesyłającego umowę wykonawcy z powodem, a z drugiej strony, że nie traktowała powoda jako podwykonawcy pod względem formalnym. Oznacza to, że pod względem faktycznym już tak. Co ważne zeznał on, że w trakcie inwestycji trzy, czy cztery razy spotykał się powodem. Okoliczności te znajdują potwierdzenie w dołączonych do pozwu dowodach w postaci protokołów z narad z dnia 13 września 2011 r. (karty 16-18 akt) i z dnia 21 października 2011 r. (karta 19 akt). Na pierwszym z nich znajduje się nie tylko podpis powoda, ale także określenie jego firmy, co identyfikowało go w sposób niewątpliwy. Dla oceny w tym zakresie istotne jest i to, że powód od lipca 2011 r. pełnił już rolę właściwą dla głównego wykonawcy. Ponadto przekazanie powodowi prac było w okolicznościach faktycznych decyzją celową i konieczną. Wobec braku terminowego wykonywania prac przez głównego wykonawcę w pełni uzasadnione było przekazania zaawansowanych prac innemu podmiotowi, któremu ponadto udało się prace te zakończyć. Nadto tezę o pełnej akceptacji inwestora na działanie w ramach umowy o podwykonawstwo powoda potwierdza także fakt, iż wójt Gminy D. osobiście rozmawiał z podwykonawcą w związku z wykonywanymi pracami budowlanymi w ramach projektu, zlecając mu zadania dodatkowe, co do których umowa została spisana później. Trudno racjonalnie założyć, że bez wiedzy i akceptacji wykonywania prac pozwana zlecała temu podmiotowi dodatkowe roboty ujawnione właśnie w związku z realizacją przedmiotu umowy z głównym wykonawcą. Już sam fakt, że prace dodatkowe zostały zlecone bez wcześniejszego podpisania umowy (nastąpiło to później) jednoznacznie świadczy o pełnej wiedzy i zgodzie na wykonywanie przez powoda prac, które pierwotnie miał wykonać główny

wykonawca. Z tego też względu zasadne było ustalenie, że zostały spełnione przesłanki pozwalające na uznanie, że inwestor wyraził czynną, domniemaną (art. 60 k.c.) zgodę na umowę o podwykonawstwo zawartą przez wykonawcę z powodem. W konsekwencji zarówno ocena dowodów, jak i tego rodzaju ustalenia dokonane przez Sąd I instancji były prawidłowe. Trudno ocenić jako zasadne twierdzenia pozwanej, podnoszone w toku postępowania, a także w apelacji, jakoby nie wiedziała o zadaniach jakie miał pełnić powód, jego roli i zawartej umowie, zwłaszcza w kontekście braku jakichkolwiek zastrzeżeń do jego pracy w toku ich wykonywania oraz zakończenia przez niego realizacji inwestycji w miejscowości P.. Nie znajdują także żadnego uzasadnienia twierdzenia pozwanej jakoby uzyskując informację o zawarciu przez wykonawcę oraz podwykonawcę umowy z dnia 30 maja 2011 r. traktowała jako pomyłkę lub błąd. Gdyby uznać te twierdzenia za prawdziwe pozwana nie dopuściłaby do rozpoczęcia prac przez powoda, nie podjęłaby też z nim aktywnej współpracy oraz pozwalała na działanie w ramach inwestycji. Najprostszą metodą na zapobieżenie działaniu powoda oraz uwolnieniu się od solidarnej odpowiedzialności za należne mu wynagrodzenie w trybie art. 647¹ § 5 k.c. było złożenie przez Gminę sprzeciwu odnośnie zawartej umowy, tymczasem pozwana nie zajęła w tej sprawie żadnego stanowiska, by następnie, w sposób konkludentny zaakceptować powoda jako podwykonawcę. Kwestia wprowadzenia w błąd nie została w jakikolwiek sposób wykazana, a ponadto przeczy jej treść porozumienia inwestora z głównym wykonawcą z dnia 4 października 2011 r., w którym wyraźnie wskazano, że budowa sieci wodociągowej w miejscowości P. będzie kontynuowana i zostanie wykonana do 30 października 2011 r. Faktycznie prace te kontynuował i wykonał powód. Ponadto przyjmując, że pozwana prowadząca działania inwestycyjne w gminie z zakresu budownictwa jest uznawana za podmiot profesjonalny, od którego należy oczekiwać większej staranności w zakresie współpracy z kontrahentami na rynku budownictwa, w tym wiedzy o konsekwencjach wyrażenia nawet dorozumianej zgody na działania podwykonawcy w toku procesu inwestycyjnego i treści art. 647¹ k.c.. Bierność pozwanej w tym zakresie nie może być potem, przez nią wykorzystywana jako argument pozbawiający możliwości dochodzenia roszczeń przez podmiot faktycznie wykonujący zakończone prace budowlane, zwłaszcza jeżeli w toku prowadzenia budowy wszystkie czynności podwykonawcy inwestor akceptował.

Reasumując stwierdzić należy, że postanowienia umowy pomiędzy inwestorem a podwykonawcą były ważne i zawierały możliwość zawarcia przez tego ostatniego umowy z podwykonawcą. Jednocześnie interpretacja postanowień umowy o podwykonawstwo prowadzi do wniosku, że nie była ona opatrzona warunkiem uzyskania zgody na cesję wierzytelności. Tym samym uprawnione i konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy było badanie spełnienia przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 k.c. pod kątem odpowiedzialności pozwanej określonej w § 5 tego artykułu. Jak przedstawiono ocena ta wskazywała na ich ziszczenie się w okolicznościach niniejszej sprawy.

W tym kontekście kwestia wyrażenia zgody na cesję nie miała istotnego znaczenia, albowiem umowa ta stanowiłaby drugą i niezależną podstawę dochodzenia roszczeń określonych w pozwie. Należy jednak wskazać, że analiza pozwu jednoznacznie prowadzi do wniosku, iż powództwo oparte zostało na treści art. 647¹ § 5 k.c.

Jedynie więc marginalnie podkreślenia wymaga, że co do zasady do zawarcia umowy cesji nie jest wymagana zgoda dłużnika na przelew wierzytelności, chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 września 2005 r., sygn. akt I ACa 297/05, LEX nr 175585). Zgodnie z art. 509 § 1 k.c. przelew jest jednak bezskuteczny, wówczas gdy strony (wierzyciel i dłużnik) w umowie wyłączyły jego możliwość. Umowa dotycząca niezbywalności przelewu (pactum de non cedendo) jest skuteczna wobec osób trzecich, nawet będących w dobrej wierze. W niniejszej sprawie w § 12 ust. 3 umowy głównej strony wprawdzie nie wyłączyły w ogóle możliwości przelewu wierzytelności z niej wynikającej, jednakże postanowiły, że wykonawca nie może bez zgody zamawiającego dokonać cesji wierzytelności przysługującej mu z tytułu realizacji umowy na osoby trzecie. Takie więc zastrzeżenie skuteczne było także wobec nabywcy wierzytelności. W umowie o podwykonawstwo zawierającej również umowę przelewu wierzytelności strony zawarły dodatkowe zastrzeżenie, albowiem uzależniły jej skuteczność o zgody inwestora na wykonanie części prac przez powoda. Podzielić w tym miejscu należy stanowisko pozwanej, zgodnie z którym wyraźnego rozróżnienia wymagała kwestia zgody na podwykonawstwo, od kwestii zgody na cesję wierzytelności, których konstrukcja jest niewątpliwie odmienna. W tym kontekście dodatkowo ocenie podlegała kwestia, czy umowa z dnia 30 maja 2011 r. powinna być interpretowana jako konstrukcja czynności prawnej wymagającej zgody osoby trzeciej na jej dokonanie (art. 63 k.c.), czy też jako

konstrukcja warunku (art. 89 k.c.). Treść art. 63 k.c. nie wskazuje wprawdzie *expressis verbis*, że ma on być stosowany tylko do przypadków, w których potrzeba zgody osoby trzeciej ma swe źródło w ustawie, ale taka jego wykładnia jest powszechnie przyjmowana z uwagi na cel tego uregulowania oraz jego usytuowanie w dziale I tytułu IV kodeksu cywilnego dotyczącego ustawowych przesłanek czynności prawnych i konsekwencji ich braku. Zgodnie przyjmuje się natomiast, że art. 63 k.c. nie ma zastosowania wówczas, gdy wymóg zgody osoby trzeciej zastrzegły same strony czynności prawnej bez szczególnego upoważnienia w ustawie. W takich przypadkach w grę wchodzić mogą przepisy o warunku (art. 89 i n. k.c.), jako że udzielenie zgody przez osobę trzecią ma charakter zdarzenia przyszłego i niepewnego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., sygn. akt II CSK 29/11, Lex nr 1043996). Ponadto podkreśla się, że omawiany przepis znajdzie zastosowanie także w tych wszystkich sytuacjach, w których wymóg zgody osoby trzeciej na dokonanie czynności prawnej nie wynika bezpośrednio z ustawy, ale ustawa upoważnia strony do wprowadzenia takiego wymogu np. w art. 509 § 1 *in fine* i art. 514 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2004 r., sygn. akt III CK 512/02, OSG 2005, nr 4, poz. 51). Taka dokładnie sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie. Art. 63 k.c. odnieść więc należało zarówno do zastrzeżenia zawartego w samej umowie przelewu wierzytelności, jak i do zastrzeżenia zawartego w umowie głównej.

Przepis art. 63 § 2 k.c. dotyczy formy oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na dokonanie czynności prawnej. Z treści tego przepisu wynika, że znajduje tu zastosowanie ogólna zasada swobody wyrażenia oświadczenia woli przez osobę udzielającą zgody na dokonanie czynności prawnej "przez każde zachowanie się tej osoby, które pozwoli ujawnić jej wolę w sposób dostateczny" (art. 60 k.c.). Jedynie gdy do ważności czynności prawnej wymagana jest forma szczególna, oświadczenie obejmujące zgodę osoby trzeciej powinno być złożone w tej samej formie. Nie wnikając więc nadmiernie w kwestię pozostającą poza głównym przedmiotem sporu stron, wskazać należy, iż dopuszczalna jest interpretacja późniejszych działań inwestora, który w pełni akceptował działania podwykonawcy, w tym zlecał mu dodatkowe prace, w miejsce głównego wykonawcy, jako obejmującą wyrażenie przez inwestora w sposób dorozumiany zgody na zawarcie umowy cesji w rozumieniu art. 60 k.c. Jak już wskazano wcześniej zgoda na podwykonawstwo została w taki właśnie sposób udzielona, a tym samym spełniony został również wymóg określony w § 11 ust. 5 umowy z dnia 30 maja 2011 r. Nie ulega bowiem wątpliwości, że konstrukcja tego postanowienia umownego w zasadzie zrównywała wyrażenie zgody na podwykonawstwo z wyrażeniem zgody na cesję wierzytelności. Oczywiście dotyczyło to relacji pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą. Nie oznacza to jednak automatycznie, że zgoda taka wyrażona została przez inwestora w oparciu o treść § 12 ust. 3 umowy głównej. W szczególnych jednak okolicznościach niniejszej sprawy uprawnione jest stanowisko Sądu I instancji, zgodnie z którym zgoda taka została wyrażona w sposób dorozumiany i niewątpliwie wiązała się z udzieleniem zgody na podwykonawstwo. Podkreślenia wymaga, że wykonawca przedstawił pozwanej umowę o podwykonawstwo i zawarł w niej umowę przelewu wierzytelności. Jednocześnie zwrócił się o wyrażenie na nie zgody. W tym więc kontekście nie sposób rozdzielić obu tych kwestii. Same milczenie oczywiście nie może zostać uznane za wyrażenie zgody w sposób dorozumiany, jednakże połączone z wiedzą o wykonywaniu części prac przez podwykonawcę i z akceptacją takiego stanu rzeczy musiało prowadzić do wniosku o wyrażeniu zgody także na przelew wierzytelności. W przeciwnym wypadku zachowanie pozwanej musiałoby zostać uznane za wewnętrznie sprzeczne. Pozwana w pełni zdawała sobie sprawę z powiązania obu tych kwestii, a tym samym ich odrębne rozpatrywanie nie było uprawnione. Brak wyrażenia zgody na cesję wierzytelności przy jednoczesnej zgodzie na wykonywanie prac przez powoda nie miałyby sensu.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, iż argumentacja pozwanej zawarta w treści apelacji nie zasługiwała na uwzględnienie. Umowę o podwykonawstwo robót budowlanych zawartych pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą należało uznać za ważną jak i skuteczną względem inwestora, który wyraził zgodę na jej zawarcie oraz na zakresy wykonywanych przez powoda prac, co skutkowało uznaniem odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy za wynagrodzenie podwykonawcy w trybie art. 647¹ § 5 k.c.

Z tego względu, apelację pozwanej jako bezzasadną należało na podstawie art. 385 k.p.c. oddalić.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c., art. 98 § 1 i 3 k.p.c.. Zgodnie z pierwszym z nich, sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji.

Jednocześnie art. 98 § 1 k.p.c. stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Pozwana przegrała sprawę wywołana swoją apelacją, stąd zobowiązana była zwrócić przeciwnikowi – powodowi poniesione przez niego koszty, na które składały się wyłącznie koszty zastępstwa procesowego w kwocie 5.400 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 i § 13 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 z późniejszymi zmianami). Sąd Apelacyjny nie uwzględnił wniosku strony powodowej o przyznanie kosztów pełnomocnictwa w wysokości dwukrotnej stawki według norm przepisanych. W ocenie Sądu odwoławczego nakład pracy pełnomocnika strony powodowej ograniczał się jedynie do złożenia odpowiedzi na apelację i powtórzenia w niej argumentacji przedstawianej przed Sądem I instancji. Z tego względu brak było podstaw do uznania, iż stopień skomplikowania sprawy uzasadnia zwiększenie wysokości stawki podstawowej.

SSA M. Gołuńska SSA A. Sołtyka SSO del. T. Żelazowski