

Sygn. akt	VIII GC 57/16
-----------	---------------

	WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ		
		Dnia	9 lutego 2018 r.
Sąd Okręgowy w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy w składzie:			
Przewodniczący:	SSO Artur Fornal		
Protokolant:	Katarzyna Burewicz		
po rozpoznaniu w dniu	2 lutego 2018 r.	w Bydgoszczy	
na rozprawie			
sprawy z powództwa:	J. T.		
przeciwko:	(...) – (...) w S.		
o zapłatę			
I. oddała powództwo; II. nie obciąża powódki kosztami procesu.			

Sygn. akt VIII GC 57/16

UZASADNIENIE

Powódka J. T. w pozwie skierowanym przeciwko (...) domagała się zasądzenia od pozwanego kwoty 107.920 zł z ustawowymi odsetkami od 23 września 2013 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu według norm przepisanych. Zgodnie ze spisem przedłożonym następnie na rozprawie koszty poniesione przez powódkę wyniosły kwotę 11.868 zł.

Uzasadniając pozew powódka podała, że w ramach prowadzonej przez pozwaną (...) inwestycji pod nazwą „(...)”, wykonywała na rzecz generalnego wykonawcy tej inwestycji – (...) roboty budowlane w zakresie kompleksowego wykonania terenów zielonych. Umowa w tym przedmiocie została zaakceptowana przez inwestora zastępczego – (...) w S., który był umocowany do działania w imieniu i na rzecz powoda. Za wykonanie prac w okresie od dnia 16 maja 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. – potwierdzone protokołem odbioru – powódka wystawiła fakturę VAT na kwotę 127.920 zł brutto, przy czym ani generalny wykonawca, ani inwestor zastępczy nie podnieśli zarzutu nienależytego wykonania umowy. Wobec braku zapłaty w terminie należności wynikającej z ww. faktury przez generalnego wykonawcę, powódka skierowała w dniu 23 września 2013 r. do (...) w S. wezwanie do zapłaty, powołując się na solidarną odpowiedzialność inwestora za prace wykonane przez podwykonawcę (art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c.). Na podstawie zawartej następnie z generalnym wykonawcą ugody przewidującej zapłatę ww. należności w ratach – która nie została w całości wykonana – powódka uzyskała od niego zapłatę jedynie kwoty 20.000 zł. Generalny wykonawca (po przekształceniu występujący pod firmą (...)) znajduje się w stanie upadłości likwidacyjnej, a wierzytelność z tego tytułu w kwocie 107.920 zł została w postępowaniu upadłościowym uznana w pełnej wysokości na liście wierzytelności, nie została jednak zaspokojona. W ocenie powódki odmowa zapłaty jej należności przez pozwanego inwestora – pomimo kierowanych wezwań – jest podyktowana stratami, jakie poniósł on w związku z wadliwym wyborem wykonawcy inwestycji i niewłaściwym nadzorem inwestorskim, co zostało potwierdzone w raporcie Najwyższej Izby Kontroli.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Pozwany przyznał, że działając przez inwestora zastępczego – (...) (obecnie będącego jego jednostką budżetową) realizował zadanie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu kompleksu rekreacyjno-sportowego w trybie zamówienia publicznego, które zostało udzielone konsorcjum firm, w tym także (...) (po przekształceniu podmiotowym), będącym generalnym wykonawcą. Pozwany zarzucił jednak, iż umowa zawarta przez powódkę nie była umową o roboty budowlane, a co za tym idzie powódka nie była na przedmiotowej inwestycji podwykonawcą, mogącym powoływać się na ochronę prawną wynikającą z art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. W ocenie pozwanego prac powódki, polegających na kompleksowym wykonaniu terenów zielonych – mikroniwelacji wraz z nasadzeniami drzew i krzewów oraz bieżącej pielęgnacji istniejącego drzewostanu, nie sposób uznać za roboty budowlane. Przedmiot zobowiązania łączącego powódkę z generalnym wykonawcą może zostać zakwalifikowany co najwyżej jako umowa o świadczenie usług bądź umowa o dzieło, nie prowadził on bowiem do powstania obiektu budowlanego. W konsekwencji pozwany podniósł, iż nie posiada w sprawie legitymacji biernej, a swoje roszczenie powódka powinna skierować względem generalnego wykonawcy, bez względu na użyte w umowie w nim oznaczenie „podwykonawcy” i fakt przedstawienia w tym charakterze powódki inwestorowi (powielany błędnie w dalszej korespondencji pomiędzy stronami).

Z ostrożności procesowej, pozwany podniósł także zarzut niewykonania oraz wadliwego wykonania robót przez powódkę, a także braku udowodnienia zakresu zrealizowanych prac oraz ich wartości. Po odstąpieniu przez pozwanego od umowy z generalnym wykonawcą przeprowadzona została inwentaryzacja palcu budowy, która pozwoliła na ustalenie stanu zaawansowania prac oraz ich jakości. W tym zakresie pozwany zwrócił uwagę, że faktura VAT obejmująca należność dochodzoną niniejszym powództwem obejmować miała 60 % prac związanych z wykonaniem trawników i mikroniwelacją – na kwotę 94.000 zł netto (115.620 zł brutto). Tymczasem, zgodnie z przeprowadzoną inwentaryzacją, niwelacja terenu pod nawierzchnie zielone została przeprowadzona na ok. 2880 m², natomiast trawnik został założony na obszarze ok. 2000 m², co zgodnie z projektem budowlanym i wykonawczym stanowi odpowiednio jedynie 10,3% całości prac niwelacyjnych oraz 7,15% całości powierzchni trawników. Powódka zafakturowała więc znacznie większy zakres prac, niż wykonała w rzeczywistości, zatem wynagrodzenie należałoby się jej wyłącznie za wykonany zakres robót. W ocenie pozwanego w tym zakresie powódka otrzymała już zapłatę od generalnego wykonawcy, a niezależnie od powyższego wykonane przez powódkę prace dotknięte były wadami

uzasadniającymi odmowę wypłaty całości wynagrodzenia, w szczególności w zakresie pielęgnacji ułożonych przez powoda trawników.

Pozwany zwrócił również uwagę na wygaśnięcie stosunku zobowiązaniowego między pozwanym a generalnym wykonawcą, z uwagi na odstąpienie od umowy przez pozwanego, co wyłączałoby możliwość domagania się zapłaty przez podwykonawcę. Ewentualne zobowiązanie pozwanego – gdyby takie istniało – wygasłoby w tym wypadku, dokonanie odstąpienia od umowy następuje bowiem ze skutkiem *ex tunc* powodując powstanie fikcji prawnej w której umowa uważana jest za niezawartą. Dodatkowo pozwany wskazał, że ma wiedzę o tym, że także główny wykonawca odstąpił od umowy łączącej go z powódką, przez co odpadła również ewentualna podstawa odpowiedzialności pozwanego *ex lege* (z art. 647¹ § 5 k.c.), która jest uzależniona od istnienia umowy podwykonawczej.

W piśmie przygotowawczym z dnia 17 czerwca 2016 r. powódka – odnosząc się do odpowiedzi na pozew – podniosła, że przedmiotowa inwestycja obejmowała wykonanie robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej, a w jej ramach przewidziano także realizację zadania w branży zieleni, które powierzono powódkce za pisemną akceptacją inwestora zastępczego. W tamtym czasie charakter ww. umowy podwykonawczej nie budził wątpliwości inwestora, a zarzut w tym zakresie podnoszony obecnie mógłby podlegać ocenie jako nadużycie, które nie powinno podlegać ochronie w świetle art. 5 k.c. Jednak w ocenie powódki rezultat jej świadczenia – jako podwykonawcy – stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane, co uzasadnia solidarną odpowiedzialność pozwanego inwestora na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. Natomiast nawet przy założeniu, że doszło do skutecznego odstąpienia od ww. umowy, prowadziłoby to do zmiany podstawy rozliczeń stron. W takim przypadku żądanie pozwu powinno podlegać ocenie na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. W odniesieniu do zarzutu niewykazania wysokości należności powódka wskazała, że na etapie odbiorów pozwany nigdy nie kwestionował ilości ani jakości wykonanych prac, o zakresie wykonania których był wówczas informowany.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Pozwany – (...)na podstawie umowy nr (...) z dnia 31 sierpnia 2011 r., zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zlecił wykonanie zadania pod nazwą „(...)konsorcjum wykonawców, którymi – po przekształceniach podmiotowych potwierdzonych aneksami do powyższej umowy – byli : (...) (...) oraz przedsiębiorców: Z. i D. J..

Przedmiot umowy obejmował wykonanie robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. W zakresie etapu I realizacji umowy przewidziano m.in. wykonanie inwentaryzacji terenu inwestycji uwzględniającej istniejące obiekty, sieci, formy zagospodarowania terenu i zieleni, uzyskanie zgody odpowiednich organów na lokalizację obiektów budowlanych, a także decyzji dotyczącej usunięcia w formie wycinki drzew i krzewów lub ich przesadzenia w zakresie kolidującym z inwestycją, opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej przedmiotu zamówienia, w tym m.in. projektów budowlanego i wykonawczego wielobranżowych (w tym także – w zakresie zagospodarowania terenu – w branży „zieleni”, a także specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarów robót (w zakresie każdej z branż odrębnie, w tym także w branży „zieleni”) oraz uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę (§ 1 pkt 4 ppkt 4, 5, 21 lit. b, c, d i e oraz ppkt 22 ww. umowy).

Przedmiotowa inwestycja realizowana była przez pozwanego za pomocą inwestora zastępczego - (...) w S., będącego jego jednostką budżetową i działającemu w tym zakresie w imieniu i na rachunek pozwanego jako jego pełnomocnik.

(dowód: porozumienie nr (...)/ (...) z 12.11.2010 r. z załącznikami – k. 12-30 akt, umowa nr (...) z dnia 31 sierpnia 2011 r. z aneksami – k. 31-59 akt)

(...) w K. (jako wykonawca) zawarł w dniu 7 maja 2013 r. z powódką J. T. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „(...)”(jako podwykonawcą) umowę zatytułowaną „Umowa nr (...) na roboty budowlane wykonywane w ramach

realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą A. na rzecz (...)”. W ramach tej umowy powódka zobowiązała się – w § 1 ww. umowy – wykonać roboty polegające na kompleksowym wykonaniu terenów zielonych – mikroniwelacja wraz z nasadzeniami drzew i krzewów oraz bieżąca pielęgnacja istniejącego drzewostanu zgodnie z dokumentacją projektową i decyzjami Wydziału Gospodarki Komunalnej i Ochrony Środowiska (WGKiOŚ) o zezwoleniu na usunięcie drzew. Zakres prac nie obejmował dostawy i makroniwelacji czarnoziemiu na teren budowy.

Dokumentacja projektowa przekazana podwykonawcy obejmowała m.in. : Program Funkcjonalno-Użytkowy, Projekt Budowlany Zagospodarowania Terenu, Projekt Wykonawczy Zagospodarowania Terenu, Projekt Budowlany Dróg i Ukształtowania Terenu, Projekt Wykonawczy Dróg i Ukształtowania Terenu, Projekt Obsadzenia Roślinnego i Gospodarki Drzewostanem, a także Specyfikację Techniczną wykonania i odbioru robót, a w samej umowie poczyniono zastrzeżenie, iż przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z przewidywaną funkcją, uznanymi zasadami sztuki budowlanej, wiedzy ogrodniczej i techniki (§ 5 ww. umowy).

Za wykonanie prac objętych ww. umową (kompleksowe wykonanie trawników wraz z mikroniwelacją terenu, dostawa i wykonanie nasadzeń drzew i krzewów oraz pielęgnację istniejącego drzewostanu) strony uzgodniły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 298.000 zł netto, których rozliczenie częściowe następować miało nie częściej niż raz w miesiącu (na koniec miesiąca kalendarzowego), po sporządzeniu Protokołu Odbioru Zaawansowania Realizacji Robót, a po otrzymaniu na tej podstawie przejściowego świadectwa płatności podwykonawca uprawniony był do wystawienia faktury (§ 10 i 13 ww. umowy).

Przewidziano, iż oprócz wypadków wymienionych w przepisach Kodeksu cywilnego, wykonawcy przysługiwać będzie prawo odstąpienia od umowy – w formie pisemnej, pod rygorem nieważności – m.in. w przypadkach gdyby podwykonawca przerwał z przyczyn leżących po jego stronie realizację robót, gdyby nie wykonywał on robót zgodnie z warunkami lub zasadami umowy albo gdyby w inny sposób istotnie zaniedbał on zobowiązania umowne, a także gdyby wykonawca stwierdził, że jakość wykonywanych robót nie odpowiada obowiązującym normom lub warunkom technicznym albo zasadom sztuki budowlanej. W przypadku odstąpienia od umowy strony obowiązane były sporządzić szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku, według stanu na dzień odstąpienia od umowy, wykonawca zaś dokonać miał zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane prawidłowo i zgodnie z umową do dnia odstąpienia (§ 17 ww. umowy)

(dowód: umowa nr (...) z dnia 7.05.2013 r. wraz załącznikami – k. 60-71 akt, wyciągi z : projektu zagospodarowania terenu – k. 201-202, projektu wykonawczego zagospodarowania terenu – k. 203-204, projekt obsadzenia roślinnego i gospodarki drzewostanem – k. 205-216, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowy i pielęgnacji w okresie gwarancyjnym terenów zieleni – k. 217-228, decyzje WGKiOŚ – k. 229-236, przedmiar robót budowy i pielęgnacji w okresie gwarancyjnym terenów zieleni – k. 237-247, kosztorys inwestorski budowy i pielęgnacji w okresie gwarancyjnym terenów zieleni – k. 248-259 akt)

Pismem (...) w S. z dnia 7 maja 2013 r. poinformowano konsorcjum wykonawców, iż uznał powódkę za podwykonawcę przy realizacji inwestycji pod nazwą „(...)” w zakresie mikroniwelacji wraz z nasadzeniami drzew i krzewów oraz bieżącą pielęgnacją istniejącego drzewostanu.

(okoliczność bezsporna; pismo (...) w S. z 7.05.2013 r. – k. 81 akt)

W protokole zaawansowania realizacji robót za okres od dnia 16 maja 2013 r. do dnia 30 czerwca 2013 r. sporządzonym z udziałem powódki oraz przedstawiciela wykonawcy - (...) potwierdzono wykonanie 60 % prac w postaci trawników z mikroniwelacją – na kwotę 94.000 zł netto oraz 32% prac w postaci pielęgnacji istniejącego drzewostanu – na kwotę 10.000 zł netto.

Na tej podstawie powódka wystawiła następnie wykonawcy - (...) fakturę VAT nr (...) z dnia 29 lipca 2013 r. na kwotę 127.920 zł brutto, z terminem płatności w dniu 19 sierpnia 2013 r.

(dowód: protokół zaawansowania realizacji robót z dnia 30.06.2013 r. – k. 85 akt, faktura VAT nr (...) z dnia 29.07.2013 r. – k. 86 akt, zeznania świadków: D. T. – k. 340 – 340 v., 403 v. - 405, I. L. – k. 459, T. F. – k. 463, dokumentacja fotograficzna wraz z opisem i mapą – k. 428-434 akt)

W związku z otrzymanymi informacjami o braku bieżącego regulowania przez wykonawcę wynagrodzenia za prace wykonane przez podwykonawców, pismem (...) w S. z dnia 18 lipca 2013 r. zwrócono się do powódki o przekazanie oświadczenia o stanie jej rozliczeń z wykonawcą na dzień 19 lipca 2013 r.

W odpowiedzi na powyższe pismo powódka poinformowała ww. inwestora zastępczego, że na dzień 31 lipca 2013 r. planowane jest wystawienie – na podstawie postanowień umowy podwykonawczej – faktury dotyczącej 35 % wartości umowy, tj. na kwotę 104.300 zł netto.

(dowód: pismo (...) w S. do powódki z 18.07.2013 r. – k. 82, pismo powódki z dnia 24.07.2013 r. - k. 309-311 akt)

Na prośbę powódki, w mailu (...) w S. z dnia 30 lipca 2013 r., wyjaśniono, że w przypadku nie uregulowania należności wobec podwykonawców przez wykonawcę - (...), będzie ona, jako zaakceptowany podwykonawca korzystała z ochrony jaką dają przepisy Kodeksu cywilnego. Podkreślono, że inwestor, czyli (...) (pozwany) ponosi solidarną odpowiedzialność za zobowiązania finansowe wynikające z tej umowy. Jeżeli wykonawca zalegał będzie z dokonaniem płatności wskazano powódce, że może ona zwrócić się do inwestora zastępczego i po przedłożeniu odpowiednich dokumentów ubiegać się o dokonanie bezpośredniej płatności przez pozwanego.

(dowód: korespondencja mailowa z dnia 25.07.2013 r. i z dnia 30.07.2013 r. – k. 83 – 84 akt)

W trakcie spotkania przedstawicieli powódki, kierownika robót ze strony wykonawcy – Ł. Ż. oraz inspektora nadzoru inwestycyjnego ds. zieleni T. F. jakie odbyło się w dniu 26 sierpnia 2013 r. potwierdzono – w formie spisanej wówczas notatki – prawidłowe wykonanie cięć sanitarnych w drzewostanie i przedstawiono zalecenia dotyczące koszenia trawników i ich odchwaszczania.

W toku narad koordynacyjnych zwoływanych przez inwestora zastępczego jakie odbywały się z udziałem przedstawicieli wykonawców i podwykonawców w okresie od dnia 23 sierpnia 2013 r. do dnia 27 września 2013 r. zwracano uwagę na konieczność dokończenia prac związanych z zielenią i skoszenia trawy.

(dowód: notatka z dnia 26.08.2013 r. – k. 87-88 akt, protokoły z narad koordynacyjnych – k. 191, 194, 197, 200 akt, zeznania świadków: B. K. – k. 376, I. L. – k. 377 v., T. F. – k. 382)

Pismem z dnia 24 września 2013 r. członkowie konsorcjum wykonawców poinformowali pozwanego o odstąpieniu od umowy nr (...), powołując się na zaistnienie zwłoki po stronie zamawiającego. W odpowiedzi – pismem z dnia 25 września 2013 r. – pozwany odmówił jednak uznania skuteczności tego oświadczenia i wezwał członków konsorcjum do kontynuowania realizacji umowy.

Następnie – pismem z dnia 31 października 2013 r. – pozwany oświadczył członkom konsorcjum wykonawców, iż odstępuje od ww. umowy nr (...), powołując się m.in. na nieterminową realizację przedmiotu umowy.

Powódka w dniu 4 października 2013 r. złożyła do (...) w S. ofertę dokończenia realizacji zadania z umowy z firmą (...) w związku z jej jednostronnym odstąpieniem od umowy z inwestorem. Natomiast pismem z dnia 10 października 2013 r. powódka informowała wykonawcę o zakresie wykonanych prac, których dotyczyła także niezapłacona faktura VAT nr (...) z dnia 29 lipca 2013 r. (powyższe pismo przesłano także do wiadomości (...) w S.).

(dowód : pisma z dnia 24.09.2013 r. i z dnia 31.10.2013 r. - k. 275 – 276 v., oferta powódki z dnia 4.10.2013 r. – k. 89, pismo z dnia 10.10.2013 r. - k. 312 - 314 akt)

Pismem wysłanym w dniu 8 października 2013 r. wykonawca - (...) złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy podwykonawczej nr (...) zawartej z powódką.

(**okoliczność bezsporna**; a ponadto pismo (...) do (...) w S. z dnia 20.02.2014 r. wraz z zestawieniem odstępień od umowy z podwykonawcami – k. 277-280 i zeznania świadka D. T. – k. 342 v. akt)

W treści inwentaryzacji wykonanej następnie na zlecenie pozwanego przez (...) w S. w dniu 13 listopada 2013 r. wskazano, że w zakresie terenów zielonych wykonano niwelację terenu pod nawierzchnię zielone na obszarze ok. 2880 m⁽²⁾ (z adnotacją, iż teren został rozjeżdżony przez ciężki sprzęt i należy ponownie zniwelować teren) oraz trawnik na obszarze ok. 2000 m⁽²⁾ (z adnotacją, że z powodu braku pielęgnacji zarosły chwastami i nie nadaje się do użytku, a w związku z tym wymaga on ponownego założenia).

W piśmie tego Przedsiębiorstwa z dnia 13 stycznia 2014 r. do (...) w S. poinformowano, że w zakresie prac wykonywanych przez powódkę wykonano roboty związane z wycinką drzew, cięciami sanitarnymi, częściową makroniwelacją i częścią trawników - w miejscach gdzie wyrównano teren (z zastrzeżeniem, iż inspektor ds. zieleni wniósł do tych prac uwagi wpisem z dnia 28 sierpnia 2013 r., które nie zostały wykonane, a na naradach podnoszony był problem zachwaszczonych i niekoszonych trawników). W pozostałej części nie wykonano trawników ponieważ trwały tam roboty (do dnia sporządzenia tego pisma niezakończone), które uniemożliwiały wykonanie robót zielonych.

W związku ze zniszczeniami jakie, gdy chodzi o prace wykonane przez powódkę, spowodowane zostały przez ciężki sprzęt użyty przez inne podmioty, a także z uwagi na fakt, iż trawa była przerośnięta, pozwany w pewnym zakresie prace te powtórzył powierzając ich wykonanie i dokończenie innemu wykonawcy.

(**dowód**: wyciąg z protokołu inwentaryzacji z dnia 13.11.2013 r. – k. 187-189, pismo z dnia 13.01.2014 r. – k. 274, dokumentacja fotograficzna – k. 268-273, przedmiar robót – dokończenie realizacji inwestycji – k. 260-267, zeznania świadków : J. R. – k. 380-381, 461-462, B. K. – k. 375 v. - 376 v., I. L. – k. 377-377 v., 459, R. W. – k. 379, 460, T. F. – k. 382)

W dniu 18 grudnia 2013 r. powódka zawarła z (...) ugodę przed Sądem Rejonowym w Koszalinie, na mocy której wykonawca zobowiązał się do zapłaty powódce należności w kwocie 127.920 zł w ratach.

Z powyższej należności powódce zapłacona została jedynie kwota 20.000 zł.

(**okoliczności bezsporne**; a ponadto odpis protokołu ugody sygn. akt V GCo 565/13 – k. 96-97 i wezwanie do zapłaty z dnia 2.09.2015 r. - k. 110 akt)

(...) (działająca następnie pod firmą (...) w K.) od dnia 18 września 2014 r. pozostaje w upadłości obejmującej likwidację jej majątku.

Syndyk masy upadłości ww. spółki pismem z dnia 8 lutego 2016 r. poinformował powódkę, że zgłoszona przez nią wierzytelność w kwocie 107.920 zł została uznana na liście wierzytelności w pełnej kwocie. W toku postępowania upadłościowego prowadzonego w stosunku do ww. spółki powódka nie uzyskała zaspokojenia w żadnej części.

(**okoliczności bezsporne**; a ponadto odpis z KRS – k. 98-107, pismo syndyka z 8.02.2016 r. – k. 108, oświadczenie na rozprawie – k. 480 v. akt)

Powódka pismem datowanym na dzień 23 września 2013 r. (zakreślając termin 7 dni) i ponownie w dniu 2 września 2015 r. (zakreślając termin 14 dni od dnia doręczenia ww. pisma, co nastąpiło w dniu 7 września 2015 r.) wezwała (...) w S. do zapłaty należności stwierdzonej fakturą (...).

W dniu 3 grudnia 2015 r. powódka wystosowała wezwanie do zapłaty z tego tytułu kwoty 107.920 zł bezpośrednio do pozwanego, wyznaczając na powyższe termin do dnia 31 grudnia 2015 r.

(**dowód**: wezwania do zapłaty z dnia 23.09.2013 r. – k. 95 i z dnia 2.09.2015 r. wraz z dowodem nadania i doręczenia – k. 109-112 akt, wezwanie z dnia 3.12.2015 r. – k. 113-114 akt)

Sąd zważył, co następuje:

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów prywatnych przedłożonych przez strony, a także na podstawie zeznań świadków : D. T., J. R., B. K., I. L., R. W. i T. F., które – w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia, o czym w dalszej części uzasadnienia – należało uznać za wiarygodne.

Nieprzydatna dla rozstrzygnięcia, biorąc pod uwagę przesłanki odpowiedzialności pozwanego względem powódki, okazała się natomiast treść informacji o wynikach kontroli „Przygotowanie i realizacja inwestycji z zakresu infrastruktury komunalnej w S.” (k. 115-164 akt). Pominięciu podlegały także dowody z zeznań świadków: A. S. i I. W., gdyż świadkowie ci mieli zeznawać jedynie na okoliczność tego, że powódka była zaakceptowanym przez inwestora podwykonawcą konsorcjum firm realizujących zadanie pod nazwą „(...)” (k. 5 akt). Fakt ten był jednak pomiędzy stronami bezsporny (art. 229 k.p.c.), a ponadto okazał się on w ostatecznym rezultacie pozbawiony znaczenia dla rozstrzygnięcia (art. 227 k.p.c. a contrario).

Takiego znaczenia nie mogłoby mieć również, w ocenie Sądu, przeprowadzenie zawnioskowanego przez stronę pozwaną dowodu z opinii biegłego, i to zarówno w kształcie zgłoszonym w odpowiedzi na pozew (tj. z biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność zakresu wykonanych przez powódkę czynności na przedmiotowej inwestycji, zgodności i jakości tych prac z umową podwykonawczą – zob. k. 175 v. akt), jak i po modyfikacji dokonanej w toku rozprawy w dniu 2 lutego 2018 r. (tj. biegłego także z zakresu urzędzenia zieleni na okoliczność zakresu i wartości prac niewykonanych i nienależycie wykonanych przez powódkę – zob. k. 477 i 480 v. akt), z przyczyn które szczegółowo wyjaśnione zostaną w dalszej części uzasadnienia. Na marginesie jedynie zwrócić można uwagę, że treść zastrzeżenia poczynionego do protokołu rozprawy w dniu 2 lutego 2018 r. przez pełnomocnika pozwanego (zob. protokół – k. 481-481v. akt sprawy) nie mogła skłonić Sądu do zmiany wydanego w tym przedmiocie postanowienia dowodowego (art. 240 § 1 k.p.c.), skoro strona nie wskazała w trybie art. 162 k.p.c. przepisów, które, jej zdaniem, miały zostać naruszone (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2006 r., V CSK 237/06, Biuletyn SN 2006, nr 11, poz. 17, a także uzasadnienie wyroku tego Sądu z dnia 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12, LEX nr 1438426).

Dowód z przesłuchania stron, ograniczony do strony powodowej (zgodnie z jej wnioskiem zawartym w pozwie – zob. k. 7 akt), podlegał pominięciu na podstawie art. 302 § 1 zd. 2 k.p.c., bowiem prawidłowo wezwana na termin rozprawy nie stawiała się ona na przesłuchanie (zob. k. 468, 473 i 480-481 akt).

Powódka odpowiedzialność pozwanego wywodziła w pozwie z treści art. 647¹ § 5 k.c., wyjaśnić więc trzeba, że żądanie to podlegało ocenie w świetle zawartej tam regulacji w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 czerwca 2017 r., skoro przedmiotowa umowa została zawarta przed tą datą (art. 12 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności; Dz.U. z 2017 r., poz. 933). Przepis art. 647¹ § 5 k.c. w powyższym brzmieniu stanowi, że inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Poza sporem pozostawało, iż pozwany wyraził zgodę na zawarcie przedmiotowej umowy (jak tego wymagał przepis art. 647¹ § 2 k.c.), w niniejszej sprawie kwestionowana była jednak sama zasada solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności pozwanego (jako inwestora) za prace wykonywane przez powoda. Zauważyć bowiem trzeba, że chociaż wynikającą z art. 647¹ § 5 k.c. ochroną są objęci zarówno podwykonawcy spełniający swoje usługi na podstawie umowy o roboty budowlane, jak i na podstawie umowy o dzieło, **tylko jednak wtedy gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu** stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy **w ramach umowy o roboty budowlane**, usprawiedliwione jest nałożenie na inwestora obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, połączonego węzłem solidarności z obowiązkiem jego zapłaty przez wykonawcę (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2008 r., I CSK 106/08, OSNC-ZD 2009, nr 3, poz. 64). Nie są więc np. umowami o podwykonawstwo w rozumieniu powyższego przepisu umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonania robót budowlanych, jak też umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą materiałów budowlanych.

Należy zwrócić uwagę, że celem unormowania art. 647¹ § 5 k.c., przewidującego solidarną odpowiedzialność inwestora, było przeciwdziałanie negatywnemu zjawisku niepłacenia wynagrodzenia za prace wykonane przez podwykonawców – małych i średnich przedsiębiorców. W orzecznictwie wyjaśniono, że przytoczony przepis statuuje ustawową bierną solidarność o charakterze gwarancyjnym w postaci odpowiedzialności ex lege za cudzy dług, co jest odstępstwem od zasady prawa obligacyjnego, zgodnie z którą skuteczność zobowiązań umownych ogranicza się do stron zawartego kontraktu (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2007 r., V CSK 457/06 LEX nr 277271 oraz z dnia 17 lutego 2011 r., IV CSK 293/10, LEX nr 1111016). W związku z tym wyrażono w orzecznictwie pogląd, że ze względu na swój **wyjątkowy charakter** odpowiedzialność z art. 647¹ § 5 k.c. powinna być **interpretowana w sposób ścisły** (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2017 r., I ACa 647/16, LEX nr 2331725).

Nie może budzić wątpliwości, że zasadniczym kryterium zakwalifikowania danej umowy jako umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań Prawa budowlanego (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 653/97, OSNC 1998, nr 12, poz. 207 i z dnia 18 maja 2007 r., I CSK 51/07, LEX nr 334975). Umowa o roboty budowlane dotyczy przedsięwzięcia większych rozmiarów, o zindywidualizowanych właściwościach, zarówno fizycznych, jak i użytkowych, któremu co do zasady towarzyszy projektowanie i zinstytucjonalizowany nadzór. O charakterze umowy o podwykonawstwo decydują jednak jej cechy przedmiotowe z art. 647 i nast. k.c., a **nie sam udział w procesie inwestycyjnym**. Nie każda bowiem umowa zawierana z „podwykonawcą” stanie się „automatycznie” umową o roboty budowlane. W zależności od tego, jak strony ułożą między sobą treść stosunku prawnego, umowa z podwykonawcą może więc być kwalifikowana jako umowa o dzieło (rezultatu) lub o świadczenie usług (zlecenia). Umowa z podwykonawcą w rozumieniu art. 647¹ § 2 k.c. musi być realizowana w ramach umowy o roboty budowlane, ta zaś jest umową o oddanie obiektu wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2004 r., II CK 477/03, LEX nr 269787 oraz uzasadnienie wyroku tego Sądu z dnia 21 lutego 2017 r., I UK 123/16, LEX nr 2269195). O charakterze umowy nie decyduje w żadnym razie sama jej nazwa, czy też użycie w jej treści właściwych umowie o roboty budowlane sformułowań (inwestor – wykonawca, podwykonawca). Jeżeli strona twierdzi, że zawarta umowa jest umową o roboty budowlane (art. 647 k.c.), to stosownie do art. 6 k.c. powinna wykazać, że umowa zawiera cechy pozwalające na takie jej zakwalifikowanie (por. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2014 r., VI ACa 824/13, LEX nr 1506318, a także cytowany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2007 r., I CSK 51/07).

Stosownie do treści art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, inwestor zaś zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Określenie przedmiotu umowy o roboty budowlane nie stanowi zwykle problemu, jeżeli jej przedmiot dokładnie odpowiada definicji obiektu budowlanego zawartej w art. 3 pkt 1-5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm.), a roboty polegają na pracach określonych w art. 3 pkt 6-8 tej ustawy (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., II CSK 63/11, LEX nr 1229546). Według definicji zawartej w Prawie budowlanym **obiekt budowlany** to budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych (art. 3 pkt 1 ww. ustawy) przy czym budowla to obiekt budowlany nie będący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak np. lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe i trwale związane z gruntem tablice (urządzenia) reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających

się na całość użytkową (art. 3 pkt 3 ww. ustawy), pod pojęciem **robót budowlanych** należy natomiast rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7 ww. ustawy). Z kolei w art. 2 ust. 5d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) określono, że przez pojęcie obiektu budowlanego należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Należy dodać, że w orzecznictwie przyjmuje się także, że umowa o wykonanie części robót budowlanych stanowi w istocie rodzaj umowy o roboty budowlane. Nie ma bowiem przeszkód, aby strony w umowie przewidziały, że przedmiotem konkretnej umowy o roboty budowlane jest nie cały obiekt, lecz jego część (zob. cytowany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., II CSK 63/11). W tym kontekście wskazuje się, że w każdym przypadku świadczenie wykonawcy musi jednak prowadzić do powstania obiektu w rozumieniu art. 647 k.c. Świadczenie w ramach takiej umowy określa się jako każdy zmaterializowany rezultat będący efektem robót budowlanych, tj. prac które składają się na wykonanie obiektu, stanowiąc część składową finalnego rezultatu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 11 maja 2016 r., V ACa 779/15, LEX nr 2123031). Natomiast dla uznania budowli za całość techniczno-użytkową znaczenie ma funkcjonalność obiektu budowlanego jako całości, z punktu widzenia techniki wykorzystywanej w budownictwie. Użyte w definicji budowli określenie całość techniczno-użytkowa odnosić należy zatem wyłącznie do budowli jako obiektu budowlanego (zob. wyrok NSA z dnia 17 listopada 2017 r., II FSK 2926/15, LEX nr 2398788).

W niniejszej sprawie umówione prace wykonywane przez powódkę polegały na kompleksowym wykonaniu terenów zielonych, tj. wykonaniu trawników, mikroniwelacji wraz z nasadzeniami drzew i krzewów, a także bieżącej pielęgnacji istniejącego drzewostanu zgodnie z dokumentacją projektową (zob. umowa podwykonawcza - k. 60 i 67, a także wyszczególnienie prac w „Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowy i pielęgnacji w okresie gwarancyjnym zieleni” polegających na robotach porządkowych i przygotowawczych, odmładzaniu i zabezpieczeniu drzew na okres wykonywania robót, ręcznym przekopaniu gleby i rozrzuconiu torfu, a następnie sadzeniu drzew i krzewów, wykonaniu trawników oraz robotach pielęgnacyjnych – k. 218 akt).

W ocenie Sądu tak określone prace – wykonywanych niewątpliwie w ramach umowy zawartej pomiędzy pozwanym a generalnym wykonawcą dotyczących wykonania zadania pod nazwą „(...)” (zob. k. 32, 34, 205-216 akt) – nie mogłyby jednak prowadzić do powstania obiektu w rozumieniu art. 647 k.c. Zgodzić się trzeba z poglądem wyrażonym w orzecznictwie sądów administracyjnych – wyrażonym wprawdzie na tle rozróżnienia opodatkowania robót budowlanych i usług zagospodarowania terenów zielonych, lecz mogącym mieć pomocnicze znaczenie także i dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy – zgodnie z którym zarówno roboty budowlane, jak i prace związane z zagospodarowaniem terenów zielonych mają charakter samoistny, ponieważ mogą być realizowane niezależnie i traktowane rozłącznie, co nie wpływa na istotę żadnego z nich. Czynności te nie są ze sobą tak ściśle powiązane, aby nie było możliwe ich wyodrębnienie, jako dwóch niezależnych od siebie czynności. Zakwestionowana została tym samym możliwość przyjęcia usługi kompleksowej dla robót budowlanych i zagospodarowania terenu (wykonania gospodarki drzewnej) i zastosowania jednej stawki VAT (por. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 2 października 2012 r., I SA/Gd 818/12, LEX nr 1224775).

W ocenie Sądu wyodrębnienie z przedmiotu umowy generalnego wykonawcy przedmiotowego zlecenia wyspecjalizowanemu podwykonawcy (powódce) kompleksowego wykonania terenów zielonych, który samoistnie nie stanowił robót budowlanych i nie prowadził do powstania obiektu budowlanego, nie uzasadnia przyjęcia solidarnej odpowiedzialności inwestora (pozwanego) w niniejszej sprawie (art. 647¹ § 5 k.c. a contrario). Warto wskazać, że w orzecznictwie zauważono np., że roboty ziemne polegające na niwelacji terenu, wyrównaniu bądź podwyższeniu poziomu gruntu można zakwalifikować jako roboty budowlane w dwóch przypadkach : po pierwsze gdy są one pracami przygotowawczymi do rozpoczęcia budowy określonego obiektu budowlanego w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, po drugie zaś, w sytuacji, gdy zmierzają do powstania budowli ziemnej (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 9 listopada 2017 r., II SA/Wr 612/17, LEX nr 2406177, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu

z dnia 8 lutego 2016 r., I ACa 886/15, LEX nr 2347842). W tej kwestii nie mogą być uznane za przesądzające zeznania świadka D. T., wedle których bez usunięcia dotychczasowego drzewostanu nie mogłyby powstać obiekty infrastruktury basenowej (zob. k. 340 – 341 v. akt). Powyższych prac powódki nie można uznawać bowiem, w ocenie Sądu, za „prace przygotowawcze” w ścisłym rozumieniu tego pojęcia, prowadzące do powstania obiektu budowlanego (podobnie jak tego rodzaju pracami nie będzie np. samo dostarczenie materiałów budowlanych). Z kolei np. utwardzenie powierzchni gruntu na działkach budowlanych, traktowane będzie jako urządzenie budowlane, tj. urządzenie techniczne związanych z innym obiektem budowlanym, zapewniające możliwość użytkowania tego obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem (art. 3 pkt 9 Prawa budowlanego). Urządzenie takie ze swej natury pozostawać będzie w związku funkcjonalnym z określonym obiektem budowlanym (budowlą), w stosunku do którego spełnia funkcję służebną, umożliwiającą prawidłowe użytkowanie tego obiektu (zob. wyrok NSA z dnia 24 listopada 2017 r., II OSK 544/16, LEX nr 2409492).

W niniejszej sprawie z pewnością, w ocenie Sądu, prace wykonywane przez powódkę – pomimo realizowania ich w ramach kompleksowego zadania inwestycyjnego, objętego jedną umową wykonawcy z inwestorem – ze swej natury nie prowadziły jednak do powstania żadnego urządzenia budowlanego, nie polegały również na robotach instalacyjnych wykonywanych na obiektach budowlanych (por. wyrok WSA w Krakowie z dnia 30 listopada 2017 r., II SA/Kr 1278/17, LEX nr 2418525). Z punktu widzenia więc techniki wykorzystywanej w budownictwie nie stały się one składnikiem obiektu budowlanego (zob. cytowany wyżej wyrok NSA z dnia 17 listopada 2017 r., II FSK 2926/15).

Fakt, że w rozpoznawanej sprawie powódka była traktowana (również przez inwestora; por. np. k. 81, 82, 84 akt) w trakcie wykonywania przedmiotowego zadania tak jak podwykonawca w ramach realizacji obiektu budowlanego, w żadnej mierze nie mógł przesądzać o prawidłowej kwalifikacji jej umowy z głównym wykonawcą, jako umowy podwykonawczej w rozumieniu art. 647¹ § 2 k.c. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2014 r., VI ACa 824/13, LEX nr 1506318). Bez znaczenia dla tej kwalifikacji pozostawało również to, że wykonanie terenów zielonych oraz roboty budowlane wynikały z jednego zamówienia inwestora w ramach zamówienia publicznego i dotyczyły jednej inwestycji. Usługa związana z zagospodarowaniem terenów zielonych wykonywana była przez powódkę - podmiot posiadający wiedzę i doświadczenie właśnie w wykonywaniu nasadzeń i pielęgnacji roślinności, a nie w zakresie wykonania obiektów budowlanych.

Mając na uwadze przytoczone okoliczności Sąd uznał, iż wyłączona jest w niniejszej sprawie możliwość przypisania pozwanemu solidarnej odpowiedzialności o której mowa w art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. Niezależnie od powyższego na marginesie jedynie można zwrócić uwagę, że powódka – pomimo zobowiązania nałożonego przez Sąd na rozprawie w dniu 4 listopada 2016 r. (zob. k. 343 akt) – nie przedłożyła dokumentu obejmującego odstąpienie od umowy podwykonawczej skierowane do niej w dniu 8 października 2013 r. przez (...) (generalnego wykonawcę). Odmowa przedstawienia tego dowodu przez powódkę musiałaby, w świetle regulacji art. 233 § 2 k.p.c., podlegać ocenie na niekorzyść tej strony. W tej sytuacji niemożliwe byłoby bowiem zweryfikowanie w niniejszej sprawie przyczyn i skutków takiego odstąpienia, które – zakładając, że powódka mogłaby zostać jednak uznana za podwykonawcę w rozumieniu art. 647⁽¹⁾ § 2 k.c. – miałyby istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. W orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że w razie odstąpienia przez wykonawcę od umowy o roboty budowlane, zawartej z podwykonawcą, inwestor nie ponosi odpowiedzialności na podstawie art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2015 r., III CZP 45/15, OSNC 2016, nr 6, poz. 73).

W przekonaniu Sądu nie było również podstaw, aby w okolicznościach powołanych jako podstawa faktyczna żądania pozwu możliwe było – w myśl zasad da mihi factum, dabo tibi ius a także iura novit curia – rozpatrywanie jego zasadności w świetle innej podstawy prawnej (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2005 r., I CK 132/05, LEX nr 646306). Chociaż od strony korzystającej z efektów wykonanych prac możliwe byłoby zasądzenie wynagrodzenia na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, jednak jedynie wówczas jeżeli nie będzie wątpliwości, że o wartość tych robót rzeczywiście została ona wzbogacona (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, LEX nr 388844 i z dnia 21 sierpnia 2013 r., II CSK 9/13, LEX nr 1388638). W sprawie o roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia to jednak powód (zubożony) bowiem

udowodnić przesłanki bezpodstawnego wzbogacenia (tj. wzbogacenie, zubożenie, związek między nimi, rozmiar roszczenia), pozwany zaś (wzbogacony) jedynie okoliczności zmniejszające lub wykluczające roszczenie z tego tytułu (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 71/09, OSP 2014, nr 3, poz. 32). Pomimo tego jednak, że powódka – w piśmie przygotowawczym z dnia 17 czerwca 2016 r. – wskazała na możliwość oparcia żądania na takiej podstawie prawnej (zob. k. 307 akt) – to jednak w istocie rzeczy nie podjęła nawet próby jej uzasadnienia w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Tymczasem nie sposób nie zauważyć, że chociaż finalnym odbiorcą przedmiotowego świadczenia był wprawdzie pozwany, jednak w sposób pośredni, bo uzyskane przez niego przysporzenie miało podstawę w ekwiwalentnej umowie łączącej ją z generalnym wykonawcą, który spełniał na jego rzecz swoje (przewidziane w umowie nr (...)) świadczenie. Podstawa prawna przesunięcia majątkowego (świadczenia) leżała więc poza rozpatrywanym potencjalnie stosunkiem zubożony – wzbogacony (powódka – pozwany) i miała swoje źródło w umowie zawartej pomiędzy inwestorem (pозwanym), a generalnym wykonawcą, co wykluczałoby odpowiedzialność inwestora względem podwykonawcy na podstawie art. 410 k.c. Niezależnie od powyższego ewentualne roszczenie powódki z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia nie zostało wykazane także i co do wysokości. Obowiązkiem powódki w takim przypadku byłoby przecież udowodnienie rzeczywistej wartości bezpodstawnego wzbogacenia, ta zaś niekoniecznie musiałaby być tożsama z wartością wynikającą ze spornej faktury - umówioną pomiędzy powódką a generalnym wykonawcą. Ustalenia takie wymagałyby niewątpliwie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, który przy użyciu wiadomości specjalnych ustaliłby tą wartość przy uwzględnieniu charakteru wykonanych prac, przy czym ciężar dowodu w tym zakresie obciążałby niewątpliwie powódkę (art. 6 k.c.). Tymczasem wniosek taki złożyła nie ta strona, którą obciążał ciężar dowodu, a pozwana, która jednak nie podołała obowiązkowi wniesienia skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. co do odmowy jego przeprowadzenia przez Sąd (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2013 r., V CSK 579/12, OSNC-ZD 2014, nr 4, poz. 38). Niezależnie od powyższego z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków : J. R., B. K., I. L. i R. W. wynikało w sposób jednoznaczny, że po wykonaniu prac przez powódkę, jej efekty zostały, przynajmniej w pewnym zakresie, zniszczone i pozwany nie korzysta z nich obecnie. Sama zresztą powódka wskazywała – w toku rozprawy w dniu 2 lutego 2018 r. – że w niniejszej sprawie biegły, poza śladową jedynie dokumentacją zdjęciową i oświadczeniami składanymi dopiero w czasie procesu, nie dysponowałby odpowiednim materiałem pozwalającym na wydanie opinii (zob. k. 480 v. akt).

Mając na uwadze przytoczone okoliczności powództwo podlegało oddaleniu, roszczenie powódki nie znajdowało bowiem oparcia nie tylko w treści art. 647¹ § 5 k.c., lecz i nie można byłoby wywieść go z przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 i nast. k.c.). Utrwalony jest ponadto pogląd, że ze względu na obronny charakter zarzutu nadużycia prawa podmiotowego zastosowanie art. 5 k.c. nie może prowadzić ani do zmiany treści normy prawnej, ani do nabycia, zniweczenia bądź modyfikacji prawa podmiotowego. Uwzględnienie takiego zarzutu oznaczać może jedynie, że w konkretnych okolicznościach przyznane normą prawo podmiotowe zostaje uznane za wykonywane bezprawnie, wskutek czego nie podlega ochronie (zob. uzasadnienie uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2013 r., III CZP 2/13, OSNC 2014, Nr 2, poz. 10). W konsekwencji nie byłoby możliwe, na co pośrednio wskazywała również powódka, uwzględnienie wyłącznie na tej podstawie roszczenia o zapłatę.

Postawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu stanowił przepis art. 102 k.p.c. W ocenie Sądu w sprawie zachodził bowiem szczególnie uzasadniony wypadek pozwalający na odstąpienie od obciążenia powódki – będącej stroną przegraną – kosztami procesu poniesionymi przez stronę przeciwną. Nie można bowiem pominąć tej okoliczności, że powódka była uznawana, a nawet utwierdzana w toku realizacji przedmiotowej inwestycji przez przedstawicieli pozwanego, że jest podwykonawcą w rozumieniu art. 647¹ § 2 k.c. i że przy braku płatności wynagrodzenia przez wykonawcę pozwany (jako inwestor) uiszcza należność z tego tytułu (zob. k. 81 – 84 akt). Trzeba również podkreślić, że w tym czasie pozwany – któremu przekazywano w tej kwestii stosowne informacje (k. 309 - 314) – nie kwestionował w żaden sposób prawdziwości danych zawartych w protokole odbioru częściowego i wystawionej na tej podstawie spornej fakturze VAT nr (...) (k. 85-86 akt), niezależnie od opisanych wyżej przyczyn braku podstaw jego odpowiedzialności.