

Sygn. akt I ACa 427/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj
Sędziowie:	SSA Józef Wąsik SSA Grzegorz Krężolek (spr.)
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 24 maja 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp.z o.o. z siedzibą w T.

przeciwko Gminie S.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 16 stycznia 2013 r. sygn. akt I C 1391/12

***oddala apelację i zasądza od strony powodowej(...)Sp.z o.o z siedzibą w T. na rzecz strony pozwanej Gminy S. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.***

Sygn. akt : I ACa 427/13

## UZASADNIENIE

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w T. w pozwie skierowanym przeciwko Gminie S. domagała się zasądzenia kwoty 520 000, 25 złotego z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu oraz obciążenia jej kosztami procesu.

Uzasadniając zgłoszone żądanie wskazała, że w dniu 14 lipca 2011 roku zawarła ze S. K. (1), prowadzącym Przedsiębiorstwo Usługowe (...) w S. umowę na podstawie której realizowała część prac w ramach inwestycji pod ogólną nazwą „Kanalizacja Dla R. „- zadanie III a - część prawobrzeżna, której inwestorem była pozwana, a zamawiający S. K. (1) wykonawcą.

Strony uzgodniły cenę za powierzone powódce roboty na łączną kwotę 977 010 złotych , którego w części odpowiadającej obecnie dochodzonej sumie zamawiający nie zapłacił mimo , że protokołem końcowego odbioru , datowanym na 30 grudnia 2011r potwierdzono ich pełną realizację .

Jak wskazywała dalej spółka ponieważ zaspokojenie pozostałej części zobowiązania z tytułu zapłaty ceny przez S. K. (1) jest wątpliwe , zobowiązanie to powinien zaspokoić inwestor - strona pozwana będąca solidarnie zobowiązana do tego na podstawie art. 647 [ 1] §2 w zw. z §5 tego przepisu.

Odpowiedzialność ta wynika z faktu że powódka wystosowała w dniu 12 października 2011r do pozwanej pismo w którym informowała o zawarciu umowy ze S. K. (1) oraz podjęcia jej realizacji. Zastrzegła w nim , iż brak odpowiedzi na nie zostanie potraktowane przez powodową spółkę jako wyrażenie zgody przez inwestora na zawarcie umowy. Ponieważ wyznaczony termin upłynął bezskutecznie , należy przyjąć , iż pozwana wyraziła dorozumiana zgodę , która rodzi jej solidarną odpowiedzialność za zobowiązanie do zapłaty pozostałej części należności za zrealizowane przez (...)roboty.

Gmina S. domagała się oddalenia powództwa i przyznając , że otrzymała od powódki pismo datowane na 12 października 2011r , podnosiła , że zawarte w nim zawiadomienie o fakcie zawarcia umowy podwykonawczej nie może być podstawą do powstania po jej stronie odpowiedzialności , wobec strony powodowej.

W pierwszej kolejności zwracała uwagę , że zawiadomienie zostało złożone w czasie kiedy prace powierzone S. K. (1) jako głównemu wykonawcy były już na ukończeniu , o czym świadczy okoliczność , iż określony umownie termin ich zakończenia został określony na 30 listopada 2011r , a odbiór końcowy całości prac został podpisany w dniu 3 stycznia 2012r. Po wtóre twierdziła , że do pisma zawiadamiającego została załączona jedynie umowa jaką powódka zawarła ze S. K. (1) , brak było natomiast dokumentacji technicznej , a przynajmniej jej części , określającej zakres oraz sposób wykonania tych robót jakie miała zrealizować spółka z T.. Brak ten wyklucza- zdaniem gminy - w odwołaniu się do normy art. 647 [ 1] §2 kc - powstanie po jej stronie solidarnej odpowiedzialności za spełnienie zobowiązania z tytułu zapłaty ceny za wykonane prace. Dla jej powstania , będącej konsekwencją przyjęcia milczącej zgody na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą muszą być spełnione wszystkie warunki o jakich mowa w tej normie. W żadnej innej formie [ czynnej ] tego rodzaju zgoda nie była przez nią wyrażana.

Podnosiła także strona pozwana , że zgodnie z postanowieniami umowy jaka wiązała ją ze S. K. (1) obowiązek zgłoszenia faktu korzystania , przy realizacji obowiązków umownych z pracy podwykonawców spoczywał na generalnym wykonawcy , którego to obowiązku także wobec spółki (...) nie dopełnił.

Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2013r Sąd Okręgowy w Krakowie powództwo w całości oddalił i obciążył powódkę kosztami procesu.

Sąd I instancji ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

W dniu 31 maja 2011r pomiędzy Gmina S. jako inwestorem , a S. K. (1) , prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe (...) w S., została zawarta umowa nr (...) na podstawie której wykonawca miał zrealizować roboty w ramach inwestycji pod nazwą „ Budowa kanalizacji sanitarnej R. III a – Etap III , będącej elementem szerszego zmiernienia pod ogólną nazwą „ Kanalizacja dla R. – zadanie III a - część prawobrzeżna „

Strony uzgodniły termin zakończenia prac na 30 listopada 2011r

Zgodnie z postanowieniami umownymi S. K. (1) miał możliwość wykonania części prac poprzez podwykonawców , przy czym obowiązany był wskazać pozwanej , które wykona osobiście , a które we wskazany wyżej sposób. Przed zawarciem umowy z podwykonawcami był obowiązany przedłożyć projekt umowy wraz częścią dokumentacji technicznej na prace mające być w ten sposób wykonywane , a inwestor miał 14 dniowy termin na wyrażenie sprzeciwu lub zastrzeżeń wobec tego projektu. W razie gdy w tym terminie nie zostały one - w formie pisemnej - podniesione , strony przyjmowały , że pozwana wyraża zgodę na zawarcie przez S. K. umowy z podwykonawcą na wskazanych warunkach.

W dniu 14 lipca 2011r pomiędzy wykonawcą , a spółką z o. o. (...) w T. została zawarta umowa na podstawie której część prac, których wykonania podjął się przedsiębiorca ze S. miała zrealizować strona powodowa, jako jego podwykonawca. PO dokonaniu rozszerzenia zakresu rzeczowego prac w formie aneksu ostatecznie były to: realizacja komory startowej do studni żelbetowej, komory odbiorczej ze studni betonowej przewiert rurą kamionkową oraz przystosowanie studni startowych i odbiorczych na potrzeby studni rewizyjnych. Wynagrodzenie umowne zostało określone na kwotę 977 010 zł. Integralnymi jej częściami były załączniki. Numer 1 określający szczegółowy wykaz robót i nr 2 stanowiący harmonogram czasowy ich realizacji.

W dniu 30 grudnia 2011r strony podpisały protokół odbioru końcowego zleconych robót , potwierdzając ich kompletność oraz właściwą jakość wykonania.

Spółka (...) w tym samym dniu wystawiła fakturę na kwotę , obecnie dochodzoną pozwem , obejmującą pozostałą do zapłaty część wynagrodzenia, przy uwzględnieniu wcześniej pobranej zaliczki w wysokości 300 000 złotych.

W dniu 14 października 2011r strona powodowa złożyła u strony pozwanej o dwa dni wcześniej datowane pismo, w którym informowała inwestora o fakcie zawarcia ze S. K. (1) umowy o podwykonawstwo robót. Opisała w nim obowiązki jakie przyjął on na siebie w zakresie poinformowania inwestora o korzystaniu z pracy podwykonawców przy realizacji przyjętych do wykonania robót , jak i tych , które w zakresie tego zgłoszenia miał wobec podwykonawcy [ przedłożenia mu dowodu powiadomienia inwestora w terminie miesiąca od daty otrzymania ewentualnej odpowiedzi od niego ] W piśmie tym spółka (...) wskazywała na roboty jakie zostały jej zlecone przez zamawiającego oraz to że kwota wynagrodzenia uzgodniona pomiędzy nią a S. K. wynosi[ netto ] 1 190 000 złotych, prosząc o wyrażenie zgody na wykonanie tych robót przez autorkę pisma. Stwierdziła równocześnie , iż brak reakcji gminy w terminie 14 dni będzie równoznaczne z uznaniem , iż taka zgoda została wyrażona.

Załącznikiem do niego była tylko umowa zawarta pomiędzy spółką (...) a S. K. (1).

W ślad za nim , po braku reakcji pozwanej na nie pełnomocnik powódki w dniu 30 kwietnia 2012r wezwał gminę do zapłaty kwoty , obecnie dochodzonej pozwem , odwołując się do normy art. 647 [ 1 ] §5 kc.

Odpowiadając na nie strona pozwana , odmawiając jego spełnienia wskazała na brak jakiegokolwiek węzła obligacyjnego na podstawie którego byłaby obowiązana do jego realizacji. Kolejne wezwania ze strony spółki (...) także okazały się nieskuteczne.

W rozważaniach prawnych Sąd I instancji wyraził ocenę , iż strona powodowa nie wykazała przesłanek od których zależy , zgodnie z normą art. 647 [ 1 ] §2 kc solidarna odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawcy za realizację obowiązku zapłaty wynagrodzenia , który przyjął na siebie wobec niego zamawiający.

Po przeprowadzeniu rozważań dotyczących powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora na skutek jego milczącej zgody , będącej konsekwencją bierności w określonym przez ustawę terminie , Sąd Okręgowy uznał , że powódka nie wykazała ażeby przedłożyła pozwanej komplet dokumentów pozwalających na określenie zakresu obowiązków umownych podwykonawcy w relacji spółki (...) i S. K. (1) , a co za tym idzie i zakresu odpowiedzialności solidarnej gminy opartej na normie art. 647 [ 1 ] §2 w zw z §5 tego przepisu.

W szczególności Sąd niższej instancji zwrócił uwagę , że wraz z pismem zawierającym prośbę o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z J. K. powódka przedstawiła inwestorowi sam tekst umowy z 14 lipca 2011r bez załączników obrazujących poszczególne rodzaje zleconych robót wraz z wynagrodzeniem za nie oraz harmonogram ich wykonania z oznaczeniem terminów realizacji. Ponadto autorka pisma nie przekazała części dokumentacji technicznej , która wskazywała na sposób wykonania prac o jakich stanowiła umowa.

Ta zaniechanie ze strony powódki wyklucza powstanie tej odpowiedzialności , co w ocenie Sądu I instancji musiało skutkować oddaleniem powództwa.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 §1 kpc , stosując zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy.

W apelacji od tego orzeczenia strona powodowa, zaskarżając wyrok w całości , domagała się w pierwszej kolejności jego zmiany i uwzględnienia żądania pozwu , przy przyznaniu na jej rzecz od przeciwniczki procesowej kosztów postępowania apelacyjnego.

Jako wniosek ewentualny sformułowała żądanie uchylenia wyroku z dnia 16 stycznia 2013r i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Środek odwoławczy został oparty na następujących zarzutach :

- naruszenia prawa procesowego w sposób mający wpływ na wynik sprawy , a to art. 233 §1 kpc wobec przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji dokonania nietrafnego ustalenia faktycznego , że dokumenty dołączone do pisma informującego gminę o zawarciu umowy z dnia 14 lipca 2011r przez powódkę ze S. K. (1) nie była kompletne , w tym w szczególności nie obejmowały załączników nr 1 i 2 do umowy , mimo , iż obydwa stanowiły jej integralną część.

W ocenie apelującej sama treść umowy , a także oświadczenie procesowe powódki potwierdzają , że w zestawie dokumentów przesłanych wraz z pismem z dnia 12 października 2011r te załączniki także się znajdowały,

- naruszenia prawa materialnego , który to zarzut miał zostać zrealizowany w następstwie nieprawidłowego zastosowania art. 647 [ 1] §2 kc i wyrażenia nietrafnej oceny prawnej , która zdecydowała o oddaleniu powództwa , iż strona powodowa nie wykazała wszystkich przesłanek odpowiedzialności solidarnej inwestora za zobowiązanie zapłaty należnego apelującej wynagrodzenia.

Zdaniem autorki środka odwoławczego , przesyłając do pozwanej gminy pismo informujące o zawarciu umowy podwykonawczej ze S. K. (1) powódka zawarła w nim te wszystkie dane , które w dostatecznym zakresie pozwoliły inwestorowi na ustalenie zarówno rozmiaru jak i rodzajowej kwalifikacji prac zleconych (...)przez wykonawcę , jak również ceny za nie uzgodnionej przez strony. Wobec tego nie jest zasadnym stanowisko Sądu I instancji , które opiera kwestionowaną w apelacji ocenę prawną na nie dołączeniu do pisma z dnia 12 października 2011r części dokumentacji technicznej , na podstawie której prace miały być zrealizowane.

Apelująca, prezentując stanowisko polemiczne wobec tej oceny wskazywała , w pierwszej kolejności, że w świetle art. 647 [ 1] §2 kc nie jest jasne o jaka część tej dokumentacji chodzi , zważywszy chociażby na to , że jej całość jest w posiadaniu inwestora. Po wtóre podnosiła całkowitą bierność pozwanej gminy wobec dokonanego zawiadomienia , co należy traktować jako aprobatę dla sposobu jego dokonania , a co za tym idzie jego skuteczności prawnej w postaci powstania solidarnej odpowiedzialności strony za wykonanie zobowiązania nie zrealizowanego wobec spółki (...) przez S. K. (1).

W ramach tego zarzutu apelująca wskazywała także na zaniechanie przez Sąd I instancji dokonania oceny czy fakty ustalone w sprawie nie dają podstawy do tego ażeby przyjąć , iż zachowanie gminy nie stanowi czynnego, jakakolwiek dorozumianego, wyrażenia zgody na zawarcie umowy podwykonawczej z dnia 14 lipca 2011r. Wyeksponowała przy tym okoliczność [ na którą w podstawie faktycznej powództwa się nie powoływała ] , że prace powierzone przedsiębiorcy ze S. zostały przez gminę S. , jako zamawiającą, odebrane z czym (...)utożsamiała właśnie tę , wyrażoną ex post przez czynności dorozumiane zgodę inwestora na zawarcie umowy o podwykonawstwo.

W odpowiedzi na apelację pozwana domagała się jej oddalenia jako pozbawionej uzasadnionych podstaw oraz obciążenia przeciwniczki procesowej kosztami postępowania apelacyjnego.

**Rozpoznając apelację Sąd Apelacyjny rozważył :**

Środek odwoławczy spółki (...) nie jest uzasadniony i podlega oddaleniu.

Żadnego bowiem z zarzutów na jakich został on oparty nie można uznać za trafny.

Zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem Sądu Najwyższego skuteczne postawienie zarzutu naruszenia prawa procesowego mającego polegać na naruszeniu zasad swobodnej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów wymaga wykazania przez stronę zarzut ten formułującej, że przeprowadzając ją Sąd I instancji naruszył reguły logicznego rozumowania, zasady wynikające z doświadczenia życiowego albo też, że ocena ta jest wadliwa w następstwie pominięcia w jej ramach istotnej części zgromadzonego w sprawie materiału procesowego. Zaniechanie użycia w ten sposób skonstruowanej motywacji stawianego zarzutu naruszenia art. 233 §1 kpc powoduje, iż zarzut ten staje się jedynie podstawą do mającej cechy dowolności polemiki z ustaleniami faktycznymi Sądu niższej instancji i przeciwstawianiu im własnego stanowiska strony w tym zakresie, rozbieżnego z przyjętym jako podstawa faktyczna orzeczenia poddanego kontroli instancyjnej.

Stwierdzenie, że właśnie taka sytuacja ma miejsce, wyklucza uznanie, iż tak zbudowany zarzut jest zarzutem trafnym.

/ por w tej materii, jedynie dla przykładu, postanowienie SN z dnia 23 stycznia 2001r, sygn.. IV CKN 970/00, powołane za zbiorem LEX nr 52753 /

Tak właśnie, jako nieskuteczne z punktu widzenia trafności opartego na nim zarzutu procesowego należy ocenić stanowisko powódki na jakim opiera ona konstatację o naruszeniu przez Sąd I instancji normy art. 233 §1 kpc.

O trafności tego wniosku przekonuje nie tylko stanowisko wyrażone wyżej dotyczące istoty zarzutu opartego na podważaniu swobodnej oceny dowodów w następstwie przekroczenia jej granic ale także to, co wynika z treści samego zgromadzonego w aktach materiału dowodowego w tej jego części, która dotyczy konstatacji faktycznej Sądu I instancji określającej co stanowiło załącznik do pisma spółki (...) informującej stronę pozwaną o zawarciu umowy podwykonawczej ze S. K. (1).

Ustalenie, iż wraz z nim powódka przesłała jedynie odpis umowy z 14 lipca 2011r [[bez załączników nr 1 i 2 ] jest prawidłowe, ma bowiem potwierdzenie w treści samego pisma datowanego na 12 października 2011r / k. 25 akt / w którym jako załącznik do niego, wymienia się jedynie samą umowę.

Dodatkowo wskazać należy, że nie tylko pozwana w toku sporu oraz w treści odpowiedzi na apelację, konsekwentnie podtrzymywała stanowisko zgodnie z którym otrzymała od podwykonawcy S. K. jedynie tekst samej umowy ale także powódka w swoim twierdzeniu, iż przekazała poza nią w komplecie dokumentów także załączniki nr 1 i 2 do niej nie jest do końca stanowcza i konsekwentna.

Nie można bowiem nie zauważyć, że na tym stanowczym twierdzeniu budując omamiany zarzut procesowy już w motywach zarzutu prawnie materialnego już tak stanowczo się nie wypowiada w zakresie tego faktu, a nawet bagatelizuje jego znaczenie dla ostatecznego rozstrzygnięcia / por. k. 167- 168 akt/.

Uznanie ocenianego zarzutu jako chybionego, przy braku sformułowania przez apelującą innych, odnoszących się do sposobu dokonania przez Sąd niższej instancji tak samych ustaleń oraz ich kompletności oraz niesprzeczności z treścią zebranych w sprawie dowodów powoduje, że ustalenia te jako prawidłowe Sąd II instancji uznaje za własne.

Nie można uznać za zasadny także drugiego z zarzutów apelacyjnych.

Dochodząc zapłaty przez inwestora pozostałej części wynagrodzenia za prace zrealizowane na podstawie umowy z dnia 14 lipca 2011r zwartej ze S. K. (1) spółka (...) odwoływała się w podstawie faktycznej powództwa do okoliczności mających potwierdzać dokonane w sposób milczący w formie biernej wyrażenie zgody na jej zawarcie, która to bierność strony pozwanej miała zdaniem powódki zrodzić solidarną odpowiedzialność za spełnienie świadczenia po

stronie inwestora zamierzenia inwestycyjnego pod generalną nazwą” Kanalizacja dla R. – zadanie III a - część prawobrzeżna”.

Fakty na których opierała swoje żądanie nie opisywały takiego zachowania przedstawicieli pozwanej w związku z prowadzoną inwestycją , które mogłyby być ocenione jako potwierdzające wyrażenie zgody na zawarcie umowy przez pozwaną w sposób czynny, chociażby przez czynności konkludentne.

W związku z powyższym nie można podzielić zapatrywania apelującej mającej dodatkowo wspierać postawiony przez nią zarzut materialno prawny zarzucającego Sądowi Okręgowemu brak oceny tego , czy zgoda w tej ostatnio wymienionej formie, nie została wyrażona. Oto bowiem fakt , który zdaniem spółki (...) mógłby świadczyć o tym , iż tak właśnie było w postaci odbioru końcowego przez inwestora wszystkich prac zleconych generalnemu wykonawcy S. K. w ramach umowy z 31 maja 2011r został powołany dopiero na etapie postępowania apelacyjnego , a taka jego ocena została zakwestionowana przez pozwaną , domagającą się oddalenia środka odwoławczego. Przed Sądem I instancji(...)odwoływała się jedynie do okoliczności wskazujących na istnienie , w jej ocenie, podstaw do przyjęcia po stronie gminy - wobec zupełnej jej bierności - fikcji prawnej wyrażenia zgody , przy zachodzeniu warunków o jakich stanowi art. 647 [ 1] §2 kpc.

Już tylko na marginesie i dla zachowania kompletności wyводу należy wskazać , że sam odbiór prac zleconych przez pozwaną głównemu wykonawcy nie jest wystarczający dla potwierdzenia dorozumianej , wyrażonej w sposób czynny zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo części prac , tym bardziej gdy zważyć na określone umownie przez gminę ze S. K. (1) warunki na jakich powinien on być informować inwestora o wykorzystaniu pracy podwykonawców w realizacji jej przedmiotu.

Artykuł 647 [ 1] kc został wprowadzony do kodeksu cywilnego ustawą z dnia 14 lutego 2003r o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw [ DzU Nr 49 poz. 408 ] , która weszła w życie w dniu 24 kwietnia 2003r.

Jak wynika z motywów zawartych w uzasadnieniu projektu ustawy celem wprowadzenia tego unormowania była potrzeba zapewnienia ochrony małym i średnim przedsiębiorcom , którzy występując w charakterze podwykonawców robót budowlanych byli dotknięci konsekwencjami finansowymi negatywnego zjawiska występującego dość często na tym segmencie rynku w postaci braku lub nie terminowej zapłaty przez zamawiających za wykonane prace.

Temu zjawisku ma przeciwdziałać powołanie solidarnej odpowiedzialności inwestora [obok odpowiedzialności umownej zamawiającego ] za zobowiązania tego ostatniego z tytułu zapłaty ceny za wykonanie robót zrealizowanych przez podwykonawcę. Powołana w normie § 5 art. 647[1] kc powstająca z mocy prawa odpowiedzialność solidarna inwestora jest odpowiedzialnością o charakterze gwarancyjnym za cudzy dług , stanowiąc równocześnie odstępstwo od reguły , że wzajemnie odpowiedzialne są tylko podmioty związane wykreowanym przez siebie węzłem obligacyjnym/por. w tej materii także stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w judykatach z 9 marca 2007r , sygn.. C CSK 457/06 /nie publ./ , z dnia 29 kwietnia 2008r [ 7] , sygn. III CZP 6/08 , publ. OSNC z 2008 nr 11 poz. 121 oraz z dnia 17 lutego 2011r , sygn.. IV CSK 293/10 , publ. w zbiorze Lex nr 1111016/

Tego rodzaju odpowiedzialność inwestora , który nie ma wpływu na treść relacji ukształtowanej umownie pomiędzy zamawiającym wykonawcą a podwykonawcą wymaga ażeby jej przypisanie podmiotowi , który miałby ją ponosić, było związane z zabezpieczeniem jego interesów , któremu służy zachowanie procedury spełnienie warunków której , opisanych w normie art. 647 [ 1] §2 kc , ma zapewnić zapoznanie się przez mającego odpowiadać nie za własny dług nie tylko z samymi warunkami odpowiedzialności jaką przyjął w umowie z podwykonawcą zamawiający ale także jej zakresem , który wyznaczać będzie także granice odpowiedzialności samego inwestora.

Zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem Sądu Najwyższego, ukształtowanym na tle wykładni omawianej normy , zachowanie jej w przypadku biernego zachowania inwestora jest konieczne dla powstania odpowiedzialności solidarnej i tylko jej ścisłe dochowanie rodzi możliwość przyjęcia w oparciu o konstrukcję fikcji prawnej , że tego rodzaju zgodę, rodzącą tę odpowiedzialność na zawarcie umowy w ten sposób wyraził.

Zgodnie zatem ze wskazana wyżej normą dla powstania tego skutku musi on zachować się biernie, nie składając w formie pisemnej sprzeciwu lub zastrzeżeń w określonym w niej terminie, wobec projektu lub samej umowy z podwykonawcą, przedstawionej przez samego zamawiającego, który nadto ma obowiązek przedłożyć równocześnie inwestorowi taką część dokumentacji technicznej, która obrazować będzie sposób realizacji robót, które ma wykonać podwykonawca. Te restryktywne wymagania realizujące obowiązki informacyjne zamawiającego wobec inwestora mają posłużyć temu, by potencjalnie odpowiedzialny mógł należycie ocenić, przed podjęciem decyzji w przedmiocie ewentualnego sprzeciwu zakres swojej potencjalnej odpowiedzialności wobec podwykonawcy, w sytuacji gdyby miał się zachować biernie wobec dokonywanego zawiadomienia.

Odnosząc te stwierdzenia do faktów ustalonych w rozstrzyganej sprawie zauważyć należy, że taka właśnie procedura została przewidziana przez umowę zawartą pomiędzy pozwaną gminą, a S. K. (1), który nota bene jej nie zachował, /por. §9 umowy z dnia 31 maja 2011r, k. 84-85 akt/, a jej obowiązywanie pośrednio potwierdzały także stosowne postanowienia umowy pomiędzy nim, a spółką (...) z 14 lipca 2011r, która w §3 ust. 2 w zw z ust 1 /por. k 7 akt/ nakładała na zamawiającego obowiązek przedstawienia podwykonawcy bądź to dowodu doręczenia inwestorowi zaakceptowanego przez strony projektu umowy lub jej samej oraz tej części dokumentacji technicznej, która obejmować miała zlecone (...)roboty albo też poinformowania spółki z T. o odpowiedzi na to zawiadomienie ze strony gminy S..

Wykładnia tej normy wsparta poglądami interpretacyjnymi zawartymi w rozstrzygnięciach Sądu Najwyższego pozwala także na odróżnienie, innej od opisanej wyżej, formy wyrażenia zgody inwestora na zawarcie umowy zamawiającego z podwykonawcą, która także rodzi jego solidarną odpowiedzialność za wykonanie zobowiązania z tytułu zapłaty ceny za roboty budowlane.

Wymaga ono jednak aktywnego zachowania inwestora, jako konsekwencji zapoznania się z treścią umowy o podwykonawstwo, także już uprzednio zawartej, zachowania wyrażającego jego wolę aprobaty dla tej umowy w formie ustnej czy na piśmie ale także w każdej innej [dorozumianej] formie byle tylko dostatecznie wyrażającej jego wolę.

Przy tej aktywnej formie zachowania inwestora obowiązki tworzące procedurę opisaną wyżej, by wywołać skutek w postaci solidarnej odpowiedzialności inwestora, nie muszą być wykonane, gdyż, jak się przyjmuje w takiej sytuacji, kiedy inwestor jest aktywny mechanizm ustanowiony dla ochrony jego interesów zawarty w postanowieniach § 2 art. 647[1] kc jest zbędny.

/ por. bliżej w tej kwestii stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w motywach wyroku z dnia 4 lutego 2011r, sygn. III CSK 152/10, powołanego za zbiorem Lex nr 1102865/

Przenosząc te uwagi na grunt rozstrzyganej sprawy należy uznać, że wbrew stanowisku prawnemu wyrażonemu przez spółkę (...) w apelacji nie można uznać aby solidarna odpowiedzialność strony pozwanej jako inwestora powstała, a w konsekwencji oparte na odmiennym wniosku prawnym roszczenie powódki trafnie zostało przez Sąd niższej instancji oddalone.

Ocena ta decyduje równocześnie o nietrafności materialno prawnego zarzutu zawartego w środku odwoławczym.

Jak była już uprzednio o tym mowa, fakty powoływane przez powódkę zmierzały do wykazania, że jej podstawą jest biernie zachowanie pozwanej, która pomimo zawiadomienia przez spółkę z T. o fakcie zawarcia umowy o podwykonawstwo na to zawiadomienie w żaden sposób nie zareagowała. Ta bierna postawa gminy o tyle tylko mogła spowodować po jej stronie powstanie tej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania powstałego na podstawie umowy pozwanej ze S. K. (1) z dnia 14 lipca 2011r o ile zachowana byłaby procedura o jakiej mowa w §2 art. 647 [1] kc.

Z prawidłowych ustaleń poczynionych w sprawie wynika, że dokonując zawiadomienia o zawarciu umowy, w formie pisma z dnia 12 października 2011r, a zatem już po jej podpisaniu, a nadto nie egzekwując uprzednio od zamawiającego jego obowiązków związanych z notyfikacją inwestorowi tego faktu, załączyła jedynie odpis samej

umowy , bez załączników do niej , oznaczonych jako 1 i 2 określających bliżej rodzaj prac jakie (...)podjęła się wykonać oraz harmonogram ich realizacji.

Nie dołączyła także tej części dokumentacji , która miała obrazować sposób wykonania poszczególnych robót z punktu widzenia założeń techniczno - projektowych.

W tym kontekście nie można uznać , że dla potwierdzenia spełnienia tego wymogu wystarczającym był opis tych prac wskazany w piśmie informującym. Bliższa jego analiza dowodzi bowiem , że miał on charakter ogólny , a co więcej podano w nim kwotę uzgodnionego wynagrodzenia , które istotnie się różniło od tego , które wynikało z umowy z dnia 14 lipca 2011r. Podano w nim bowiem , iż jest to suma 977 010 zł , podczas gdy w informacji dla inwestora podano kwotę 1 190 000 złotych /k. 7 i 25 akt/ Powódka przy tym nie dowodziła w postępowaniu , że różnica ta wynikała z rozszerzenia pierwotnego zakresu prac dokonanego aneksem do umowy z S. K. , a także , że dokument taki przekazała inwestorowi. Należy przy tym odnotować , że samym dokumencie aneksu brak jest określenia wynagrodzenia dla spółki z T. za prace o jakie zakres umowy w tej formie został rozszerzony. / k. 9 akt/

Gdy do tego dodać , iż zawiadomienie nie pochodziło od przedsiębiorcy ze S. , a od spółki (...) / podwykonawcy/ nie można uznać , że warunki proceduralne od których ustawodawca uzależnia , przy przyjęciu fikcji prawnej zgody inwestora na zawarcie umowy, powstanie po jego stronie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie wynikającego z niej zobowiązania z tytułu zapłaty ceny za zrealizowane przez podwykonawcę roboty budowlane.

Jak już wskazano wyżej dopiero na etapie postępowania apelacyjnego pojawiło się twierdzenie powódki upatrujące podstawy odpowiedzialności inwestora w wyrażeniu przezeń zgody na zawarcie umowy z dnia 14 lipca 2011r w sposób czynny przez czynności dorozumiane, w postaci dokonania końcowego odbioru robót od generalnego wykonawcy S. K. (1) / k. 117 akt/

Powołując ten fakt i taka jego ocenę spółka (...) nie starała się nawet wykazywać , że czyni to w warunkach pozwalających na uwzględnienie go przez Sąd II instancji , biorąc pod rozwagę brzmienie art. 381 kpc. Zatem to twierdzenie faktyczne i podnoszona na jego podstawie ocena, wytykającą Sądowi Okręgowemu braki zakresie rozważań prawnych dotyczących zastosowania normy art. 647 [ 1] §2 kc , zawarta w apelacji, nie może być uznana za trafną.

Zatem już tylko na marginesie i dla zapewnienia kompletności stanowiska Sądu wskazać trzeba , że także przy przyjęciu aktywnej formy zachowania inwestora z którego można wywieść , iż zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej wyraża musi to zachowanie być tego rodzaju by dostatecznie wskazywać ,iż rzeczywiście taka była wyrażana przez podejmowane przezeń zachowanie wola inwestora.

Brak aktywności dowodowej powódki przed Sądem I instancji zmierzającej do wykazania potwierdzających ją okoliczności, przy konsekwentnym zaprzeczaniu jej istnienia ze strony pozwanej gminy upewnia co do trafności orzeczenia poddanego kontroli instancyjnej.

Z podanych wyżej przyczyn Sąd Apelacyjny orzekł o oddaleniu apelacji na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd II instancji orzekł na podstawie art. 98 §1 kpc w zw z art. 108 §1 i 391 §1 kpc , przyjmując jako podstawę ich rozliczenia pomiędzy stronami regułę odpowiedzialności za wynik sprawy.

Na kwotę należną z tego tytułu stronie pozwanej złożyło się wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika , ustalone na podstawie § § 6 pkt7 w zw z 12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia MS w sprawie opłat za czynności radców prawnych [ ...] z dnia 28 września 2002r [ DzU Nr 163 poz. 1349 z późn. zm]