

Sygn. akt I ACa 197/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun (spr.)
Sędziowie:	SSA Teresa Rak SSA Władysław Pawlak
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 28 kwietnia 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Z. W.

przeciwko Gminie S.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 11 grudnia 2014 r. sygn. akt VII GC 142/14

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 2 700zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 197/15

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 28 kwietnia 2015 roku

Wyrokiem z dnia 11 grudnia 2014 roku Sąd Okręgowy w Kielcach zasądził od Gminy S. na rzecz Z. W. kwotę 157.211,14 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 16 maja 2014 roku oraz kwotę 11.478 złotych tytułem kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwana gmina zawarła w dniu 9 grudnia 2009 roku z konsorcjum firm (...) S.A. w T. i (...) M. M. "umowę o budowę kanalizacji S. wraz z oczyszczalnią ścieków – I etap". Konsorcjum nie dysponowało w zakresie realizowanego przedmiotu umowy takimi możliwościami, aby wykonać go własnymi siłami. W związku z

tym konsorcjant M. M. zawarł z powodem Z. W., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe (...) w dniu 7 lipca 2010 roku pisemną umowę o podwykonawstwo robót budowlanych objętych umową zawartą pomiędzy Gminą S. a konsorcjum firm (...) S.A. w T. i (...) M. M.. W okresie realizowania robót przez powoda zarówno on jak i jego pracownicy przebywali na terenie budowy. Przedstawiciele przedsiębiorstwa powoda uczestniczyli w naradach roboczych, na których obecny był także Inspektor Nadzoru Inwestorskiego R. W.. Na etapie wykonywania prac Gminie S. znane były istotne elementy umowy o podwykonawstwo takie jak: strony umowy podwykonawczej, obecność na budowie pracowników i przedstawicieli firmy Z. W., przedmiotowy zakres zleconych robót, dokonywanie odbiorów robót i sporządzanie protokołów odbioru robót rzeczywiście wykonanych przez powoda, ich wartość oraz bieżące informacje o realizowanych pracach i postępie robót na terenie budowy.

Za wykonane roboty Z. W. wystawił w stosunku do (...) M. M. faktury VAT wraz z opisem zakresu przedmiotowego wykonanych robót, wśród których znalazły się faktura VAT nr (...) z dnia 31 grudnia 2010 roku na kwotę brutto 10.262,76 zł oraz faktura VAT nr (...) z dnia 28 lutego 2011 roku na kwotę brutto 146.948,38 złotych. Pomimo wezwań do zapłaty firma (...)M. M.nie uiściła powodowi należności wynikających z przedmiotowych faktur. Wobec tego, pismem z dnia 8 lipca 2011 roku Z. W. zwrócił się do inwestora o podjęcie działań na rzecz ochrony praw i interesów podwykonawcy informując jednocześnie, iż jest on podwykonawcą robót budowlanych w zakresie inwestycji pod nazwą budowa kanalizacji w miejscowości S. wraz z oczyszczalnią ścieków – I etap. Następnie, pismem z dnia 9 grudnia 2011 roku, powód wskazał wszelkie dowody na okoliczność wykonanych przez prac na terenie Gminy S.. Oświadczeniem z dnia 11 kwietnia 2012 roku inwestor odstąpił od umowy z Konsorcjum.

Dokonując oceny zebranego materiału dowodowego Sąd Okręgowy uznał za niewiarygodne zeznania świadka J. M., jako pozostające w sprzeczności z zebranymi w sprawie dowodami. Jako oddelegowany pracownik urzędu pozwanej Gminy bywał on na realizowanej inwestycji, w związku z czym nie mógł nie wiedzieć do jakiej firmy należą pracownicy wykonujący roboty, skoro pracownicy powoda nosili ubrania z wyraźnym logiem i nazwą przedsiębiorstwa powoda. Z tych samych przyczyn Sąd Okręgowy nie dał wiary wyjaśnieniom złożonym przez Wójta Gminy S..

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy stwierdził, iż powództwo zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z przepisem art. 647¹ § 5 k.c. podmiot zawierający z podwykonawcą umowę oraz inwestor i wykonawca (generalny wykonawca) ponoszą solidarną odpowiedzialność za wypłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Przesłanką solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy jest z jednej strony zawarcie przez nich umowy o roboty budowlane, a z drugiej zawarcie przez wykonawcę umowy o podwykonawstwo z określonym przedsiębiorcą, o której wiedzieć musiał inwestor i na którą wyrazić musiał zgodę. Działanie strony pozwanej jako inwestora wskazuje ewidentnie, że posiadała ona wiedzę o zatrudnieniu powoda przez generalnego wykonawcy. Strona pozwana nie składała bowiem żadnego sprzeciwu w tym zakresie wobec wykonawcy, a więc poprzez swoje działania wyraziła dostatecznie w sposób dorozumiany zgodę na zawarcie przez wykonawcę z powodem umowy o podwykonawstwo robót budowlanych. Nie budzi zaś najmniejszych wątpliwości okoliczność wykonania przez powoda robót budowlanych będących przedmiotem umowy zawartej przez generalnego wykonawcę z inwestorem, jako że została ona stwierdzona częściowymi protokołami odbioru robót, podpisanymi przez kierownika budowy. Nie było też zastrzeżeń co do jakości prac powoda. O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. stosownie do rozstrzygnięcia sprawy, zasądzając je od strony pozwanej na rzecz powoda w wysokości 11.478 złotych.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona pozwana, zaskarżając go w całości i podnosząc względem niego następujące zarzuty:

1. naruszenia prawa materialnego – art. 647¹ § 5 k.c. poprzez uznanie, że pozwana Gmina jako inwestor jest solidarnie wraz z wykonawcą odpowiedzialna za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę;
2. naruszenia przepisów postępowania – art. 233 § 1 k.p.c., które miało wpływ na wynik sprawy, poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, polegającą na:

- uznaniu że konsorcjum firm (...) S.A. w T. i (...) M. M. w K. nie dysponowało w zakresie realizowanego przedmiotu umowy zawartej z pozwaną Gminą S. takimi możliwościami, by wykonać go własnymi siłami;

- uznaniu, że pozwanej Gminie S. były znane na etapie wykonania istotne elementy umowy o podwykonawstwo zawartej pomiędzy powodem a (...) M. M., takie jak strony umowy, obecność na budowie pracowników i przedstawicieli firmy powoda, przedmiotowy zakres zleconych robót, dokonywanie odbiorów robót i sporządzanie protokołów odbioru rzeczywiście wykonanych robót przez powoda, ich wartość oraz bieżące informacje o realizowanych pracach i postępie robót na terenie budowy;

- uznaniu, że zakres robót budowlanych wykonywanych przez firmę powoda był zatwierdzany protokołami odbioru robót, które to protokoły stanowiły następnie podstawę do rozliczeń finansowych generalnego wykonawcy z pozwaną Gminą, a pozwana Gmina, w momencie dokonywania tych rozliczeń miała wiedzę, że prace te wykonał powód podwykonawca;

- uznaniu że powód, który dopiero w dniu 11 lipca 2011 roku poinformował pozwaną Gminę o tym, że wykonywał prace budowlane na podstawie umowy zawartej z (...)M. M., nie ponosi ryzyka związanego z właściwym zabezpieczeniem swoich roszczeń, a ryzyko to w pełnym zakresie ponosi inwestor, który nie posiadał informacji o zawartej umowie o podwykonawstwo ani o jej zakresie czy o wartości powierzonych do wykonania podwykonawcy robót;

- uznaniu, że powód, jako profesjonalny przedsiębiorca, dołożył należytej staranności w zabezpieczeniu należnych mu płatności od (...)M. M., wynikających z zawartej przez powoda umowy o podwykonawstwo;

3. brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, w szczególności poprzez odmowę uznania za wiarygodne przy ustalaniu stanu faktycznego sprawy, zeznań świadków zgłoszonych przez pozwaną Gminę S. oraz wyjaśnień złożonych przez Wójta Gminy S.;

4. błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na:

- ustaleniu, że pozwana Gmina posiadała przed lipcem 2011 roku wiedzę na temat zawarcia i treści umowy zawartej pomiędzy powodem a firmą (...)M. M. oraz że Gmina wyraziła zgodę na tę umowę;

- ustaleniu, że prace realizowane przez powoda były akceptowane i zatwierdzane przez pozwaną Gminę S. oraz że miała ona wiedzę co do zakresu tych prac, ich przedmiotu oraz należnych z tego tytułu kwot;

- ustaleniu, że zakres prac wykonywanych przez powoda był taki sam jak zakres prac wynikający z umowy zawartej pomiędzy pozwaną Gminą a Konsorcjum.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda na rzecz strony pozwanej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od strony pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania przed sądem II instancji wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Uzasadniając swoje stanowisko powód wskazał, że wiedza inwestora o obecności powoda na terenie budowy była bezsporna. Powód wielokrotnie informował inwestora o możliwości upadłości konsorcjantów, co zostało zignorowane przez stronę pozwaną. Strona pozwana nie podjęła również żadnej czynności związanej z weryfikacją stanu prac czy obecności innego podmiotu, co powinna uczynić po uzyskaniu informacji w tym zakresie. Z porównania obydwu umów o roboty budowlane i umów o podwykonawstwo wynika bezspornie, że ich treść jest tożsama. Wszystkie prace wykonane przez powoda zostały przyjęte przez pozwaną Gminę. Powód i jego pracownicy realizowali swoje zobowiązanie ubrani w firmowe ubrania, których nie sposób było nie zauważyć. Gmina S. nie miała więc podstaw by uważać, że generalny wykonawca wykonuje roboty budowlane własnymi siłami. Bez względu na to, na jakiej

podstawie swoje obowiązki wykonywał Inspektor Nadzoru Inwestorskiego, zakres jego obowiązków reguluje art. 25 prawa budowlanego, wedle którego inspektor nadzoru reprezentuje inwestora. Powód podkreślił, iż strona pozwana nie złożyła sprzeciwu co do wykonywania robót budowlanych przez podwykonawcę nie udzielając żadnej odpowiedzi na skierowane do niej zgłoszenie, dokonane przez przedsiębiorstwo Z. W.. W lipcu 2011 roku, kiedy pierwsze z takich zgłoszeń nastąpiło, powód nadal pozostawał na terenie budowy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów postępowania, powód stanął na stanowisku, iż o trafności ustalenia, wedle którego Konsorcjum nie miało możliwości wykonania przedmiotu umowy swoimi siłami, świadczy sam fakt zawarcia umowy z podwykonawcą. Gdyby Konsorcjum takie możliwości posiadało, zawarcie umowy z podwykonawcą nie byłoby konieczne. Natomiast fakt obecności powoda i jego pracowników na terenie budowy potwierdzona została w drodze zeznań świadków, wśród nich inspektora nadzoru budowlanego z ramienia strony pozwanej, a także dokumentów w postaci notatek służbowych z dnia 31 maja 2011 roku i 30 czerwca 2011 roku, korespondencji mailowej z dnia 15 kwietnia 2011 roku oraz opinii projektanta z dnia 22 czerwca 2011 roku. W odpowiedzi na apelację podano, że protokoły odbioru prac podpisane przez inspektora nadzoru inwestorskiego musiały stanowić podstawę rozliczenia inwestora z Konsorcjum, skoro jak podaje sama strona pozwana, inspektor nadzoru inwestorskiego miał najbardziej pełną wiedzę o postępie prac. Do tych protokołów strona pozwana nie wносиła żadnych zastrzeżeń.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego oraz wnioski prawne wywiedzione na ich podstawie i przyjmuje je za własne, z tym zastrzeżeniem, iż Sąd Apelacyjny, wbrew ustaleniu dokonanemu przez Sąd Okręgowy, nie przyjął, iż konsorcjum firm (...) S.A. w T. i (...) M. M. nie dysponowało w zakresie realizowanego przedmiotu umowy zawartej z pozwaną Gminą S. takimi możliwościami, aby wykonać go własnymi siłami. Z żadnego dowodu przeprowadzonego w postępowaniu przed Sądem I instancji nie wynika, aby istotnie Konsorcjum nie posiadało środków umożliwiających mu samodzielne wykonanie wszystkich robót objętych umową zawartą z Gminą S.. Sam fakt zawarcia umowy o podwykonawstwo tych robót z powodem Z. W., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe (...), co sugeruje powód w odpowiedzi na apelację, nie uzasadnia przyjęcia takiego wniosku, zawarcie umowy z podwykonawcą może bowiem nastąpić także z innych przyczyn, na przykład z powodu zaproponowania przez podwykonawcę na tyle korzystnych warunków umowy, że zawarcie umowy o podwykonawstwo staje się dla generalnego wykonawcy uzasadnione ekonomicznie lub z powodu konieczności wykonania całości robót w odpowiednim terminie, co nie byłoby zapewnione w razie wykonywania ich wyłącznie przez generalnego wykonawcę, bez korzystania z usług podwykonawcy. W związku z tym powyższe ustalenie poczynione przez Sąd Okręgowy uznać należy za dowolne, jako nieoparte na żadnym z dowodów przeprowadzonych w toku postępowania i nie dające się wyprowadzić z prawidłowo poczynionych ustaleń faktycznych, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Bezzasadnym jest zarzut naruszenia przepisu postępowania, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c.. Ocena dowodów dokonana przez Sąd Okręgowy nie może zostać skutecznie podważona, albowiem wnioski wywiedzione przez ten Sąd z materiału dowodowego są logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, a poszczególne ustalenia stanowiące podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku oparte są na przeprowadzonych w toku postępowania dowodach. Odnosząc się do zarzutu błędnego uznania, że konsorcjum firm (...) S.A. w T. oraz (...) M. M. nie dysponowało w zakresie realizowanego przedmiotu umowy zawartej z pozwaną Gminą S., takimi możliwościami, aby wykonać go własnymi siłami, należy stwierdzić, że chociaż doprowadził on do dokonania przez Sąd Apelacyjny ustaleń faktycznych odmiennych od poczynionych przez Sąd Okręgowy, to jednak nie może to skutkować zmianą zaskarżonego wyroku, albowiem stwierdzone naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w żadnym stopniu nie miało wpływu na jego treść. Bez względu na to z jakich przyczyn generalny wykonawca zawarł umowę z podwykonawcą, umowa ta jest umową wiążącą obie strony i w konsekwencji, na mocy art. 647⁽⁽¹⁾⁾ § 5 k.c., skutkującą solidarną odpowiedzialnością inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane, wykonane na podstawie tej umowy przez podwykonawcę, o ile spełnione zostaną pozostałe przesłanki określone w art. 647⁽⁽¹⁾⁾ k.c.. Umowa o roboty

budowlane z dnia 9 grudnia 2009 roku nr (...) zawarta pomiędzy Gminą S. i konsorcjum firm (...) S.A. w T. oraz (...) M. M. w § 8 dopuszczała wykonanie robót specjalistycznych przez podwykonawców, nie uzależniając tego od niemożności wykonania robót samodzielnie w pełnym zakresie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, trafne jest również ustalenie Sądu Okręgowego, iż pozwanej Gminie znane były na etapie wykonawstwa istotne elementy umowy zawartej pomiędzy (...) M. M. i powodem. Ustalenie to oparte zostało w głównej mierze na podstawie dowodu z zeznań świadków, w tym inspektora nadzoru inwestorskiego R. W.. Z depozycji tego świadka wynika, że wiedział on, iż na budowie pracowali pracownicy powoda, a także że na terenie budowy w tym czasie przebywał również odpowiedzialny w Gminie S. za inwestycje J. M.. R. W. wykonywał swoje czynności na zlecenie strony pozwanej, w związku z czym Sąd Apelacyjny nie znalazł powodów, aby świadkowi temu odmówić wiarygodności, nie miał on bowiem żadnych powodów ku temu, aby zeznawać na niekorzyść Gminy S.. Ponadto, posiadał on najpełniejszą wiedzę o postępie prac i reprezentował przedstawicieli Gminy S. w terenie, co wynika wprost z treści apelacji, wobec czego to właśnie zeznania tego świadka, a nie sprzeczne z nimi zeznania J. M., który na terenie budowy przebywał znacznie rzadziej, zasługują na wiarę. Dokumenty, które załączone zostały do pozwu, chociaż istotnie sporządzone zostały w okresie późniejszym niż realizacja robót, za które należności objęte zostały fakturami VAT nr (...), miały znaczenie dla oceny wiarygodności zeznań świadków. Skoro bowiem inspektor nadzoru inwestorskiego w wiadomościach e-mail oraz w notatkach służbowych ze spotkań na budowie w okresie od kwietnia do czerwca 2011 roku potwierdzał wykonywanie prac przez podwykonawcę Z. W., jednocześnie pozostając w stałym kontakcie z przedstawicielami Gminy S., to należy stwierdzić, iż z całą pewnością w tym okresie zarówno R. W. jak i przedstawiciele Gminy S. o obecności Z. W. na placu budowy wiedzieli. Zatem, zarówno zeznania J. M. jak i dowód z przesłuchania wójta Gminy J. K. nie są wiarygodne, twierdzili oni bowiem, że dopiero w lipcu 2011 roku dowiedzieli się, iż powód wykonywał prace jako podwykonawca. Z tymi dowodami koresponduje natomiast treść zeznań R. W., podobnie jak zeznań świadków powołanych przez powoda, to jest P. S. i M. G.. Zatem ustalenie, że strona pozwana miała wiedzę o istotnych elementach umowy zawartej pomiędzy generalnym wykonawcą i podwykonawcą już na etapie realizacji robót, nie może być uznane za dowolne, wynika ono bowiem z przeprowadzonych dowodów. Te istotne elementy umowy, jakimi są jej strony, obecność na budowie pracowników i przedstawicieli firmy powoda, oraz bieżące informacje o realizowanych pracach i postępie na terenie budowy wynikały z obecności przedstawicieli Gminy S. na terenie budowy, na której widzieli oni pracowników powoda i obserwowali czynności, jakie wykonują. Natomiast wiedza co do przedmiotowego zakresu zleconych robót i zakresu ich wykonania wynikała z protokołów zaawansowania robót, które podpisywane były przez inspektora nadzoru.

Na marginesie należy zaznaczyć, że nawet gdyby Gmina S. w istocie nie miała świadomości o istnieniu pomiędzy generalnym wykonawcą i powodem umowy o podwykonawstwo i jej istotnych elementach w chwili realizacji przez powoda umowy o podwykonawstwo, to jednak nie ulega wątpliwości, iż taką wiedzę Gmina posiadała najpóźniej w dniu 11 lipca 2011 roku, kiedy to pismo pochodzące od powoda, zawierające te informacje, zostało jej doręczone. Przepis art. 647¹ k.c. nie określa terminu, w którym zgoda na zawarcie umowy z podwykonawcą może być wyrażona, a więc może to nastąpić także po wykonaniu prac przez podwykonawcę. Tymczasem w lipcu 2011 roku strona pozwana w żaden sposób nie wyraziła sprzeciwu względem działalności powoda w charakterze podwykonawcy, pomimo że nawet w tym okresie jego pracownicy w dalszym ciągu wykonywali roboty na podstawie umowy o podwykonawstwo (ostatnia faktura VAT za wykonane prace wystawiona została przez powoda w listopadzie 2011 roku).

Apelujący myli się twierdząc, iż z protokołów odbioru robót nie wynikało, które roboty zostały wykonane przez powoda. Na protokołach zaawansowania i odbioru robót widnieje bowiem odpowiednia adnotacja (k. 28, k. 35, k. 39). Nawet zaś, gdyby adnotację tę uznać za naniesioną w późniejszym okresie, to wiedza inspektora nadzoru inwestorskiego i w rezultacie wiedza przedstawicieli Gminy, którzy z inspektorem nadzoru pozostawali w stałych kontaktach, wynikała z samej już wiedzy co do tego, które prace wykonywali pracownicy w ubraniach z logiem przedsiębiorstwa powoda po skonfrontowaniu tego z zakresem odebranych robót. Wiedzę w tym zakresie posiadał zaś inspektor nadzoru inwestorskiego, który, bez względu na to na jakiej podstawie wykonywał swoje obowiązki, był reprezentantem Gminy S. na terenie budowy, co wynika wprost z przepisu art. 25 prawa budowlanego.

Całkowicie bezzasadnym są zarzuty błędnego uznania, iż powód nie ponosi ryzyka związanego z właściwym zabezpieczeniem swoich roszczeń, a ryzyko to ponosić musi inwestor oraz błędnego uznania, że powód, będąc profesjonalnym przedsiębiorcą, nie dołożył należytej staranności w zabezpieczeniu należnych mu płatności od swojego kontrahenta (...) M. M.. Zarzuty te sprowadzają się w rzeczywistości do kwestionowania odpowiedzialności inwestora wynikającej z treści przepisu art. 647⁽⁽¹⁾⁾ § 5 k.c.. Ustawodawca odpowiedzialnością za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy robót budowlanych obciążył solidarnie generalnego wykonawcę i inwestora, skoro zatem zaszła przesłanka tej odpowiedzialności w postaci wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, inwestor nie może skutecznie podważać istnienia po swojej stronie przedmiotowej odpowiedzialności. Ratio legis wprowadzenia tego przepisu była właśnie ochrona podwykonawców przed niewypłacalnością generalnych wykonawców, co uzasadnia obarczenie inwestorów dalej idącą odpowiedzialnością, niż wynikającą wyłącznie z zawartej przez inwestora umowy z generalnym wykonawcą. Brak jest zatem podstaw, aby tak ustawowo skonstruowany model odpowiedzialności mógł być modyfikowany w wyroku sądowym. Istnienie i zakres odpowiedzialności przewidzianej w art. 647⁽⁽¹⁾⁾ § 5 k.c. nie są zależne również od wzajemnych rozliczeń pomiędzy inwestorem i generalnym wykonawcą, co oznacza, iż nawet uiszczenie przez inwestora zapłaty na rzecz generalnego wykonawcy za te roboty, które zostały zrealizowane przez podwykonawcę nie sprawia, że inwestor zwolniony jest z odpowiedzialności względem podwykonawcy, co zdaje się sugerować skarżący w uzasadnieniu apelacji.

Zarzut braku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału poprzez odmowę uznania za wiarygodne przy ustalaniu stanu faktycznego zeznań świadków zgłoszonych przez pozwaną Gminę S. oraz wyjaśnień złożonych przez Wójta Gminy S., jest nietrafny. Sąd Okręgowy słusznie nie dał wiary zeznaniom świadka J. M. oraz dowodowi z przesłuchania za stroną pozwaną Wójta Gminy S. J. K., albowiem zeznania tych osób pozostawały w sprzeczności z zeznaniami innego świadka powołanego przez stroną pozwaną, a mianowicie R. W.. R. W., pełniący obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego na istotnej w sprawie budowie, z tego względu posiadający najpełniejszą wiedzę w przedmiocie wykonywanych robót oraz podmiotów, które realizowały inwestycję, zeznał, iż zarówno J. M. jak i Wójt Gminy S. bywali na terenie budowy, a także, że na terenie budowy widoczni byli pracownicy powoda w jego firmowych ubraniach oraz samochody z logo przedsiębiorstwa. Treść zeznań tego świadka potwierdzona została dokumentacją fotograficzną z placu budowy, na której wyraźnie widać pracowników ubranych w stroje z logo przedsiębiorstwa (...). W związku z tym sprzeczne zeznania świadka J. M. oraz J. K., którzy zaprzeczyli, aby kiedykolwiek widzieli na terenie budowy pracowników powoda i wiedzieli o wykonywaniu przez niego robót w charakterze podwykonawcy, nie zasługiwały na wiarę.

Zarzuty błędów w ustaleniach faktycznych w istocie stanowią powielenie zarzutów dotyczących naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c., zatem w pełni adekwatne względem nich pozostaje przedstawione wyżej stanowisko dotyczące zarzutów przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów przez Sąd I instancji. Odnosząc się do kwestii nie poruszonej w tamtym miejscu, a dotyczącej ustalenia, zgodnie z którym zakres prac wykonywanych przez powoda w ramach umowy zawartej z (...) M. M. był taki sam jak zakres prac wynikający z umowy zawartej pomiędzy pozwaną Gminą a Konsorcjum, wskazać wystarczy, że z porównania treści obu umów, a w szczególności z § 1 umowy nr (...) zawartej pomiędzy (...) M. M. a Z. W., wynika w sposób jednoznaczny, że zakres robót zleconych powodowi mieści się w zakresie przedmiotu umowy nr (...), określony w jej § 2.

Bezzasadnym okazał się również zarzut naruszenia prawa materialnego – art. 647⁽⁽¹⁾⁾ § 5 k.c.. Zgodnie z tym przepisem "Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę". Odpowiedzialność określona w tym przepisie uzależniona jest od spełnienia przesłanek określonych w § 2 i 4 art. 647⁽⁽¹⁾⁾ k.c., to jest wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą oraz od zawarcia na piśmie umowy pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą. W niniejszej sprawie wymienione przesłanki zostały spełnione. Nie ulega wątpliwości, iż umowa nr (...) z dnia 7 lipca 2010 roku zawarta została pomiędzy (...) M. M. i P.B.U. Z. W. w formie pisemnej. Kwestię wyrażenia zgody przez inwestora na zawarcie umowy pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą reguluje przepis art. 647⁽⁽¹⁾⁾ § 2 k.c., wedle którego „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 dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy”. Powołany przepis przewiduje więc dwa rodzaje zgody, którą może wyrazić inwestor, to jest zgodę czynną, polegającą na złożeniu oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, a także zgodę bierną, polegającą na niewyrażeniu sprzeciwu na wykonanie robót przez podwykonawcę na podstawie zawartej umowy, w terminie 14 dni po doręczeniu inwestorowi tej umowy lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub w projekcie. Oświadczenie woli o wyrażeniu zgody przez inwestora na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą może nastąpić w dowolnej formie, istotnym jest jedynie, aby spełnione zostały przesłanki określone w art. 60 k.c., to jest aby zachowanie inwestora dostatecznie ujawniało jego wolę wyrażenia zgody na zawarcie takiej umowy.

Gmina S., pomimo uzyskania informacji o tym, że prace w ramach inwestycji pod nazwą "Budowa kanalizacji w miejscowości S. wraz z oczyszczalnią ścieków – I etap", w charakterze podwykonawcy wykonuje Z. W., a także o istotnych elementach umowy zawartej pomiędzy inwestorem i wykonawcą, nie powzięła żadnych działań, które wskazywałyby na brak akceptacji takiego stanu rzeczy. Przeciwnie, reprezentujący pozwaną Gminę na terenie budowy inspektor nadzoru inwestorskiego dokonywał odbioru robót wykonanych przez pracowników powoda, z pracownikami powoda uzgadniał sposób wykonania poszczególnych prac w drodze korespondencji e-mailowej, a także uczestniczył w spotkaniach roboczych wraz z podwykonawcą i jego pracownikami. Również pozostali przedstawiciele Gminy obecni na terenie budowy, tolerowali obecność pracowników powoda i wykonywanie przez nich prac wchodzących w zakres umowy zawartej pomiędzy stroną pozwaną i generalnym wykonawcą. Takie zachowanie przedstawicieli Gminy prowadzi do stwierdzenia, iż Sąd Okręgowy zasadnie stwierdził, że Gmina S. wyraziła czynnie, w sposób dorozumiany, zgodę na zawarcie umowy o wykonanie robót budowlanych pomiędzy wykonawcą i powodem. W konsekwencji Sąd Okręgowy zasadnie oparł zaskarżone rozstrzygnięcie o przepis art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c.. Wyraźnie podkreślić też należy, że nie ma znaczenia to z jakich faktur, kiedy wystawionych powód dochodzi zapłaty bowiem wszystkie prace wykonane były w ramach jednej umowy zawartej przez powoda z (...) M. M..

Twierdzenie apelującego, iż nie miał on uprawnienia ku temu, aby nie tolerować podwykonawców na budowie, w przeciwnym wypadku uwolniłby bowiem wykonawcę od odpowiedzialności z art. 471 i n. k.c., jest nietrafne. Art. 356 § 1 k.c. stanowi, iż wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy wynika to m. in. z ustawy. Przepisem, który pozwala wierzycielowi na żądanie osobistego spełnienia świadczenia przez dłużnika jest art. 647¹ § 2 k.c., który uzależnia możliwość realizacji przez wykonawcę umowy o roboty budowlane za pomocą podwykonawców, z którymi została zawarta umowa o podwykonawstwo, od wyrażenia zgody przez inwestora. Brak takiej zgody sprawia, iż inwestor, wbrew stanowisku wyrażonemu w apelacji, ma uprawnienie do żądania usunięcia z terenu budowy osób, na działanie których nie wyraził zgody.

Wynikający z treści uzasadnienia apelacji zarzut niezastosowania § 23 umowy zawartej pomiędzy (...)M. M. a powodem, z którego skarżący wyprowadza skutek w postaci nieważności przedmiotowej umowy, nie zasługuje na uwzględnienie. § 23 tej umowy stanowi, iż umowa wchodzi w życie pod warunkiem wyrażenia przez Inwestora zgody na jej zawarcie w terminie 14 dni od przekazania inwestorowi jej kopii, co nastąpić miało w terminie 3 dni od daty jej podpisania. W takim samym terminie wykonawca miał powiadomić podwykonawcę o stanowisku inwestora. W braku zgody inwestora strony uważać miały umowę za niezawartą. Przepis ten, jako zamieszczony w umowie, wywiera skutki jedynie pomiędzy jej stronami. Skoro strony, pomimo niespełnienia warunku przewidzianego w tym przepisie, uznały umowę za skutecznie zawartą, co wyraziło się w przystąpieniu do jej wykonania przez podwykonawcę za wiedzą i zgodą wykonawcy, to należy stwierdzić, że umowa została skutecznie zawarta i wywołuje skutki prawne, w tym skutek względem inwestora, przewidziany w art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c.. Stanowisko wyrażone w tym przedmiocie przez pełnomocnika M. M. w piśmie z dnia 22 stycznia 2012 roku skierowanym do pełnomocnika powoda, zgodnie z którym umowa nie odnosi skutku względem inwestora, ponieważ nie została mu doręczona, stanowi tylko jego opinię, która nie jest wiążąca dla sądu.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie przepisu art. 385 k.p.c., Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako bezzasadną. O kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie przepisu art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. zasądzając je od apelującego, jako przegrywającego sprawę, na rzecz powoda. Poniesione przez powoda koszty procesu w II instancji stanowiło wynagrodzenie jego pełnomocnika ustalone na podstawie przepisu § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r.

w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t) na kwotę 2.700 złotych.