

*Sygn. akt I ACa 1011/15*

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 16 grudnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Barbara Górczanowska (spr.)</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Jerzy Bess</b> <b>SSO del. Barbara Baran</b>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 2 grudnia 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Sp. z o.o. w upadłości układowej w P.**

przeciwko **Województwu (...), (... Sp. z o.o. w K.** o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 4 listopada 2014 r. sygn. akt IX GC 441/13

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od strony powodowej (...) Sp. z o.o. w upadłości układowej w P. na rzecz każdej ze stron pozwanych (...) sp. z o.o. w K. kwoty po 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Jerzy Bess SSA Barbara Górczanowska SSO(del.) Barbara Baran

## UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 grudnia 2015 r.

Powodowy podwykonawca (...) Spółka z o.o. w P. domagał się zasądzenia od pozwanego inwestora Województwa (...) kwoty 924.309,33 zł z ustawowymi odsetkami, tytułem wynagrodzenia wynikającego z umowy zawartej z (...) S.A., liderem konsorcjum realizującego modernizację drogi wojewódzkiej nr (...), cesji wierzytelności przyszłej, należnej za wykonane roboty budowlane, w celu umorzenia wierzytelności powoda z tytułu dostawy i montażu barier ochronnych na tej drodze, a na wypadek uznania nieskuteczności cesji, powód powołał się na solidarną

odpowiedzialność inwestora z generalnym wykonawcą za wynagrodzenie podwykonawcy ewentualnie bezpodstawnie wzbogacenie inwestora.

W odpowiedzi na pozew pozwany inwestor wniósł o oddalenie powództwa, zarzucając, że przelana na powodowego podwykonawcę wierzytelność generalnego wykonawcy w ogóle nie powstała i nie powstanie wskutek nienależytego wykonania przez niego umów, co spowodowało konieczność odstąpienia przez pozwanego od tych umów; zgłoszone przez (...) cesje wierzytelności zawarte także z innymi kontrahentami przekroczyły znacznie wynagrodzenie, które przysługiwałoby ewentualnie generalnemu wykonawcy; ewentualne wynagrodzenie przewyższa także wierzytelność inwestora z tytułu kar umownych za odstąpienie od umów i za opóźnienie generalnego wykonawcy; generalny wykonawca zawarł umowę z powodowym podwykonawcą wbrew umowie z inwestorem, który sprzeciwił się zawarciu tej umowy.

Na wniosek powoda Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 1 września 2014r. dopozwał współkonsorcjantów (...) S.A.: (...) (...)Sp.j. i (...) Sp. z o.o., którzy nie złożyli odpowiedzi na pozew i nie stawili się na posiedzeniu 21 października 2014r.

Wyrokiem z dnia 4 listopada 2014r., zaocznym w stosunku do (...) (...) Sp.j. i (...) Sp. z o.o. Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział IX Gospodarczy oddalił powództwo; zasądził od powoda na rzecz Województwa (...) koszty postępowania w kwocie 7.200 zł.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne i motywy wskazane w uzasadnieniu:

Pozwany inwestor Województwo (...) w dniu 17 listopada 2008r. zawarł dwie umowy (nr (...)), na mocy których konsorcjum kilku przedsiębiorców z (...) S.A. jako liderem, zobowiązało się do modernizacji drogi wojewódzkiej nr(...). Umową nr(...)z dnia 29 kwietnia 2011r. to samo konsorcjum zobowiązało się do przebudowy jednego ze skrzyżowań na drodze nr (...). Umowy nr (...) (zatytułowane jako Istotne Postanowienia Umowy [ (...)]) odwoływały się do Ogólnych warunków umowy o roboty budowlane w sprawach zamówień publicznych opublikowanych na stronie Urzędu Zamówień Publicznych. Umowy przewidywały płatności częściowe wynagrodzenia w miarę postępu robót z wstrzymaniem zapłaty 10% wynagrodzenia brutto na zabezpieczenie ewentualnych roszczeń inwestora. Za dzień opóźnienia inwestorowi wg obydwu umów przysługiwała kara umowna 0,1% wynagrodzenia, lecz nie więcej niż 10%. W razie odstąpienia od umowy przez inwestora z przyczyn przewidzianych w P.z.p. lub K.c. inwestorowi przysługiwała kara w wysokości 10% wynagrodzenia. Podstawowymi naruszeniami umowy uprawniającymi inwestora do odstąpienia od umowy były m.in. wstrzymanie robót na 28 dni, otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości. W celu wykonania umowy nr (...) (...) w dniu 6 października 2011r. zamówił u powodowego podwykonawcy (...) Sp. z o. o. dostawę i montaż barier ochronnych. W celu wykonania umowy nr (...) (...) w dniu 13 października 2011r. zamówił następną dostawę i montaż barier. Oświadczeniem z 24 listopada 2011r. - mylnie oznaczonym datą 24 listopada 2010r. - podwykonawca przyjął obydwie oferty (wymienione w oświadczeniu trzecie zlecenie generalnego wykonawcy nr (...) nie było odrębnym zamówieniem, lecz uzupełnieniem zamówienia z 6 października 2011r.). W celu zapłaty wynagrodzenia powodowego podwykonawcy (...) umową z 24 listopada 2011r. przelał na podwykonawcę swoją przyszłą wierzytelność wobec inwestora z tytułu robót w ramach modernizacji drogi nr (...) do sumy 1.261.886,50 zł. W dniu 6 grudnia 2011r. inwestor potwierdził otrzymanie odpisu cesji. Pismem z 13 grudnia 2011r. powód przesłał inwestorowi wykaz już wystawionych faktur na sumę 760.401,99 zł. Powodowy podwykonawca zakończył prace 31 grudnia 2011r. Na piśmie z 16 stycznia 2012r. (...) potwierdził podwykonawcy zadłużenie na sumę 985.059,03 zł (część tego zadłużenia wynikała z robót dla innego inwestora, co Sąd ustalił na podstawie oświadczenia powoda), z czego suma 6.074,97 zł podlegała zatrzymaniu tytułem kaucji. W dniu 23 stycznia 2012r. inwestor odstąpił od wszystkich trzech umów o modernizację drogi nr (...) i zarządził inwentaryzację wykonanych robót w celu ustalenia wynagrodzenia konsorcjum. Jako podstawę odstąpienia inwestor wskazał opóźnienie, w tym wstrzymanie robót na 28 dni, oraz powierzanie wbrew umowie robót podwykonawcom bez uzgodnienia z inwestorem. Następnie w dniu 15 lutego 2012r. inwestor przesłał generalnemu wykonawcy noty obciążeniowe na sumę 14.579.822,98 zł. Notą nr (...)inwestor naliczył karę za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...) w wysokości 1.089.178,38 zł (2,7% wynagrodzenia za 27 dni opóźnienia w okresie od 29 grudnia 2011r. do 24 stycznia 2012r.) oraz karę za odstąpienie w wysokości

4.033.993,76 zł (10% wynagrodzenia). Notą nr (...) inwestor naliczył karę za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...) w wysokości 2.655.999,20 zł (4% wynagrodzenia za 40 dni od 16 grudnia 2011r. do 24 stycznia 2012r.) oraz karę za odstąpienie w wysokości 6.639.998,12 zł (10% wynagrodzenia). Notą nr (...) inwestor naliczył karę za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...) w wysokości 36.116,02 zł (2,9% wynagrodzenia za 29 dni 29 grudnia 2011r. do 26 stycznia 2012r.) i karę za odstąpienie 124.537,50 zł (10%). Pismem z 28 lutego 2012r. inwestor potrącił kary z wynagrodzenia, które zostanie ustalone inwentaryzacją.

Następnie Sąd Okręgowy ustalił, że postanowieniem z 29 lutego 2012r. Sąd Rejonowy (...) w K. ogłosił upadłość układową (...) S.A. Upadły nie uznawał skuteczności odstąpienia inwestora i w dniu 4 czerwca 2012r. złożył własne oświadczenie o odstąpieniu od wszystkich trzech umów. Postanowieniem z 12 czerwca 2012r. sąd upadłościowy zmienił upadłość (...) S.A. na likwidacyjną. Do 26 października 2011r. inwestor zapłacił generalnemu wykonawcy: 136.278.176,60 zł, tj. 90,11% z umowy nr (...) na sumę 40.259.997,56 zł, 2. 57.149.647,89 zł, tj. 90,32% z umowy nr (...) na sumę 66.133.314,70 zł. W dniu 4 czerwca 2012r. generalny wykonawca wystawił pozwanemu inwestorowi fakturę na sumę 5.332.442,14 zł (4.335.318,81 zł netto) z umowy (...). Faktura obejmowała wierzytelność określoną w umowie cesji z 24 listopada 2011r. jako przyszła i będącą przedmiotem przelewu na rzecz powoda do sumy 1.261.886,50 zł. Inwestor pismem z 12 czerwca 2012r. odmówił uznania tej faktury i zwrócił ją generalnemu wykonawcy.

Powyższy stan faktyczny Sąd pierwszej instancji uznał za niesporny i potwierdzony niekwestionowanymi dokumentami. Pozwany nie złożył pisma z 23 stycznia 2011r. o odstąpieniu od umów, lecz w sprzecznie wskazał zawarte w piśmie podstawy odstąpienia, a powód nie zaprzeczył temu faktowi (art. 230 k.p.c.). Powód zarzucił, iż pozwany zapłacił innym podwykonawcom, którym generalny wykonawca zapłacił przelewami swojego wynagrodzenia. Pozwany podniósł, iż płacił wg kolejności przedkładania mu cesji. Sąd Okręgowy wyraził wątpliwość, czy taka kolejność zaspokajania cesjonariuszy jest właściwa (wg niektórych poglądów doktryny naruszenie zasady proporcjonalnego zaspokajania cesjonariuszy, jeśli suma cesji przekracza wysokość zobowiązania dłużnika, jest czynem niedozwolonym), jednakże oparł się na tym, że ostatecznie powód nie zaprzeczył twierdzeniu pozwanego, iż po 26 października 2011r. inwestor nie dokonał już żadnych wypłat, ani na rzecz generalnego wykonawcy, ani na rzecz cesjonariuszy (zawiadomienie o cesji nastąpiło 6 grudnia 2011r.). Umowa przelewu nie określała bliżej przyszłej wierzytelności przelanej na powoda do sumy 1.261.886,50 zł, jednakże żadna ze stron nie zakwestionowała oświadczenia syndyka masy upadłości (...), iż z dokumentów upadłego wynika, że wierzytelność ta została ujęta w fakturze z 4 czerwca 2012r.

Odnosząc się do przelanej wierzytelności Sąd Okręgowy zaznaczył, że część wynagrodzenia generalnego wykonawcy została przelana na powoda, gdy prawo do tej części wynagrodzenia nie istniało. Przepis art. 509 k.c. wykładany w duchu zasady swobody umów dopuszcza przelew wierzytelności przyszłej, jednakże przepisy o przelewie należy stosować do cesji takiej wierzytelności z uwzględnieniem jej specyfiki. Zgodnie z art. 513 § 1 k.c. zarzut potrącenia wierzytelności przysługującej dłużnikowi wobec cedenta jest skuteczny wobec cesjonariusza, jeśli był już skuteczny wobec cedenta w chwili zawiadomienia o cesji (tj. 6 grudnia 2011r.), w myśl zasady, iż przelew nie może pogorszyć sytuacji prawnej dłużnika (zob. wyrok SN z 16 kwietnia 2014r., V.CSK.311/13, Lex 1480071). Dlatego inwestor może podnosić przeciwko nabywcy części wynagrodzenia wykonawcy kary umowne naliczane po zakończeniu umowy nawet, jeśli prawo inwestora do kary powstało już po zawiadomieniu o przelewie. Wierzytelności pozwanego inwestora z tytułu kar umownych powstały z chwilą odstąpienia od trzech umów w dniu 23 stycznia 2012r., a generalny wykonawca zażądał wynagrodzenia będącego przedmiotem cesji na rzecz powoda dopiero wystawiając fakturę z 4 czerwca 2012r. Oczywiście roboty będące podstawą wystawienia faktury zostały wykonane wcześniej, lecz za najwcześniejszą datę powstania prawa do tej części wynagrodzenia może zostać uznany dzień odstąpienia od umów, tj. 23 stycznia 2012r. Wysokość ostatniej części wynagrodzenia generalnego wykonawcy (a ta część była przedmiotem przelewu) jest sporna, pozwany wciąż prowadzi inwentaryzację robót wykonanych przez generalnego wykonawcę. Powód zarzucił, iż pozwany ogłosił przetarg na dokończenie tych robót, więc musi wiedzieć, co pozostało do wykonania, a tym samym co już zostało wykonane, jednakże nawet w razie rozstrzygnięcia sporu o wynagrodzenie w całości na rzecz generalnego wykonawcy, powodowemu cesjonariuszowi nie przysługuje dochodzona część wynagrodzenia ze względu na wygaśnięcie przez potrącenie z karami umownymi należnymi pozwanemu dłużnikowi.

Sąd pierwszej instancji wyraził wątpliwość co do kumulowania kar za odstąpienie (tj. w istocie za niewykonanie w całości przez generalnego wykonawcę świadczenia niepieniężnego w postaci modernizacji drogi) z karami za opóźnienie naliczanymi do chwili odstąpienia, jednakże stwierdził, że nawet same kary za odstąpienie wystarczają do umorzenia niezapłaconej części wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy podał, że wprawdzie powód zakwestionował prawo inwestora do odstąpienia od umów i naliczenia kar umownych z tego tytułu, lecz nie zakwestionował faktów będących podstawą odstąpienia. Nie wskazał także, dlaczego, mimo wystąpienia tych faktów, pozwany nie był uprawniony do odstąpienia. Powód podnosił, iż jako cesjonariusz nie ma informacji i dokumentów pozwalających na ocenę skuteczności odstąpienia pozwanego, i wnosił o zwrócenie się o te dokumenty do syndyka masy upadłości generalnego wykonawcy, jednakże wnioskami obejmował obszerną dokumentację nie wskazując dokładnie, jakie fakty zamierza udowodnić poszczególnymi dokumentami. Sąd podkreślił, że cesja nie zwalnia cesjonariusza z obowiązków procesowych wierzyciela. W celu wykonania tych obowiązków cesjonariusz powinien w umowie przelewu zastrzec udostępnienie mu przez cedenta kopii określonych dokumentów oraz zapewnić sobie współpracę cedenta w tym zakresie także w toku przyszłego procesu. Wyegzekwowanie od cedenta obowiązków informacyjnych wobec cesjonariusza obciąża cesjonariusza, a nie sąd prowadzący proces cesjonariusza przeciwko dłużnikowi. Ponieważ powodowy podwykonawca nie zakwestionował skutecznie prawa pozwanego inwestora do kar umownych za odstąpienie od trzech umów, powództwo zostało oddalone na podstawie art. 498 § 2 k.c., co czyniło zbędnym badanie istnienia i wysokości wierzytelności będącej przedmiotem przelewu. Sąd pierwszej instancji zauważył też, że na podstawie art. 127 ust.3 Pr.up.napr. cesja mająca na celu zapłatę lub zabezpieczenie długu upadłego jest bezskuteczna w stosunku do masy upadłości, jeśli miała miejsce w terminie dwóch miesięcy przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, jednakże tego zarzutu pozwany nie podniósł i sąd nie badał, kiedy został złożony wniosek o ogłoszenie upadłości generalnego wykonawcy.

Odnosząc się do stanowiska powoda, że pozwany inwestor odpowiada także na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., Sąd Okręgowy wskazał, że nie podnosił on, aby jego umowy z (...) S.A. zostały przedstawione pozwanemu. Według powoda do odpowiedzialności inwestora za zobowiązania wobec podwykonawcy wystarczy, że inwestor wiedział, iż powód był wykonawcą barierki i jako źródło wiedzy inwestora wskazał fakt, iż pracownicy powoda montowali barierki ubrani w firmowe kombinezony oraz uzgadniali dane techniczne tych barierki z reprezentującym pozwanego inspektorem nadzoru. Sąd podał, że na podstawie art. 647<sup>1</sup>k.c. do odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy wobec dalszego podwykonawcy wystarczy przedstawienie im zawartej w formie pisemnej „umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie”. Zawiadomiony ma wówczas do wyboru albo sprzeciwić się tej umowie, albo wyrazić zgodę, przy czym niezłożenie oświadczenia w terminie 14 dni uważane jest za wyrażenie zgody (art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.). Istotne jest dokładne poinformowanie inwestora o zakresie robót zamówionych przez podwykonawcę u dalszego podwykonawcy, o czym świadczy wymóg przedstawienia umowy wraz odpowiednią częścią dokumentacji. Przez przedstawienie umowy narzuca się zawiadomionemu wbrew jego woli obowiązek kontrolowania rozliczeń generalnego wykonawcy z podwykonawcami i inwestor powinien wiedzieć, które dokładnie roboty ma wykonać podwykonawca. Z tego samego względu umowa z podwykonawcą wymaga formy pisemnej. Umowa ustna jest ważna, lecz nawet w razie przedstawienia jej treści inwestorowi nie odpowiada on za zapłatę wynagrodzenia przez podwykonawcę (wyrok SN z 9 kwietnia 2008r., V CSK 492/07, Lex 424317). Aby narzucić inwestorowi lub generalnemu wykonawcy wbrew ich woli obowiązek kontrolowania rozliczeń generalnego wykonawcy z podwykonawcą i podwykonawcy z dalszym podwykonawcą należy im przedstawić umowę w sposób niebudzący dla inwestora wątpliwości, iż miało to charakter oficjalnego przedstawienia, rodzący solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia. Z tych samych względów umowę lub jej projekt należy przedstawić przed rozpoczęciem robót, gdyż inaczej w istocie pozbawia się zawiadomionego możliwości sprzeciwu. Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. przedstawienie umowy nie jest konieczne, jeśli zawiadamiany inwestor lub wykonawca wyrażają zgodę na umowę podwykonawcy. Ponieważ wyrażenie zgody jest działaniem aktywnym (oświadczeniem woli), wyrażający zgodę sam decyduje, czy przed wyrażeniem zgody chce poznać umowę, na którą wyraża zgodę. Dlatego w razie zgody na umowę nie jest konieczne jej przedstawienie (art. 647<sup>1</sup> § 2 zd.1 k.c.), które jest konieczne w razie braku sprzeciwu zawiadomionego (art. 647<sup>1</sup> § 2 zd.2 k.c.).

Zgoda zawiadomionego może zostać wyrażona w sposób dorozumiany, w szczególności poprzez współpracę z podwykonawcą, jeżeli inwestor zdaje sobie sprawę, że współpracuje z podwykonawcą. Jednakże sam fakt uzgodnienia jakichś kwestii technicznych przez podwykonawcę z inspektorem nadzoru nie oznacza współpracy podwykonawcy z inwestorem, który powierza inspektorowi nadzoru właśnie wyłącznie kwestie techniczne. Inspektor nadzoru co do zasady nie ma obowiązku sprawdzania, czy określone roboty wykonawca wykonuje osobiście, czy przy pomocy podwykonawcy, oraz czy podwykonawca został zgłoszony. Ponieważ fakty wskazane przez powoda jako podstawa odpowiedzialności inwestora nie uzasadniają tej odpowiedzialności, postępowanie dowodowe w tym zakresie Sąd uznał za zbędne (art. 227 k.c.).

Odnosząc się do roszczenia powoda skierowanego przeciwko dopozwanym członkom konsorcjum Sąd Okręgowy wskazał, że umowa konsorcjum stanowi, iż strony umowy nie zawierają umowy spółki (§ 1.3). Generalny wykonawca jako lider konsorcjum został natomiast umocowany do reprezentowania dopozwanych, lecz jeśli chodzi o zawieranie umów to tylko do zawarcia umów będących przedmiotem zamówienia publicznego inwestora. Umowa konsorcjum podzieliła roboty przewidziane umowami z pozwanym między strony umowy konsorcjum i każdy z konsorcjantów samodzielnie ponosił koszty wykonania swojego zakresu robót, tj. także koszty wynagrodzeń podwykonawców, których zatrudniał wyłącznie we własnym imieniu. Konsorcjanci wprowadzili odpowiedzialność solidarną tylko wobec inwestora, co i tak wynikało z art. 380 § 1 k.c. Według Sądu pierwszej instancji modernizacja drogi jest świadczeniem niepodzielnym nawet, jeśli składa się z mniejszych dzieł, lecz każde z nich jest inne i dopiero razem stanowią zamówioną modernizacją drogi.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd oparł o przepis art. 98 K.p.c. podając, że pozwanemu inwestorowi przysługują koszty zastępstwa w wysokości tylko stawki minimalnej, gdyż do rozstrzygnięcia sprawy dopiero po 4 posiedzeniach przyczynił się pozwany podnosząc bezprzedmiotowy zarzut, iż powód nie został zaspokojony ze względu na złożenie cesji po innych cesjonariuszach.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła strona powodowa (...) Spółka z o.o. w upadłości układowej w P., która wnosiła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od pozwanych na rzecz powódki kosztów procesu za obydwie instancje, w tym zwrot kosztów zastępstwa procesowego (za obydwie instancje) w potrójnej wysokości według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, przy uwzględnieniu kosztów dotychczasowego postępowania. Strona powodowa zarzuciła:

#### I. naruszenie przepisów prawa materialnego

a) art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. polegające na jego błędnej wykładni poprzez uznanie, iż wymogiem do wyrażenia zgody na podwykonawcę jest obowiązek przedstawienia mu umowy wraz z odpowiednią częścią dokumentacji, podczas gdy odpowiedzialność inwestora nie wynika tylko z umowy z podwykonawcą przedłożonego wraz z dokumentacją, ale również innych źródeł, a zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może wynikać w sposób dorozumiany także z zachowania, które dostatecznie ujawnia wolę inwestora

b) art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. polegające na jego błędnej wykładni o braku solidtarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, podczas gdy przesłanką odpowiedzialności inwestora jest już sama świadomość odnośnie faktu powierzenia wykonywania prac podwykonawczych, tzw. zgoda inwestora wyrażona w sposób czynny;

c) art. 513 §2 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że doszło do potrącenia wierzytelności przyszłej, podczas gdy pozwana (Województwo (...)) nie udowodniła dokonania potrącenia, a zatem w niniejszej sprawie potrącenie wierzytelności przyszłej nie było w ogóle możliwe;

d) art. 498 §2 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że inwestor miał prawo potrącić swoją wierzytelność z wierzytelnością podwykonawcy podczas gdy inwestor nie miał prawa ani do naliczenia ani do potrącenia kar umownych za odstąpienia od przedmiotowych umów, a zatem jego wierzytelność nie istniała.

II. naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na treść wydanego orzeczenia w niniejszej sprawie:

a) art. 194 § 3 k.p.c. poprzez wezwanie do wzięcia udziału w sprawie, obok dotychczasowego pozwanego (Województwo (...)), wykonawców przedmiotowej inwestycji dopiero po upływie 5 miesięcy od dnia złożenia wniosku powódki o dopozwanie w/w podmiotów co skutecznie uniemożliwiło również powódce przeprowadzenia dowodu z dokumentów znajdujących się w posiadaniu dopozwanych podmiotów, a także znacznie ograniczyło prawo powódki do sprawiedliwego rozpatrzenia jej sprawy;

b) art. 161 k.p.c. poprzez uznanie pisma pozwanej z dnia 27.10.2014r. jako załącznik do protokołu podczas gdy w dniu 21 października 2014r. Sąd I instancji zamknął rozprawę i wyznaczył termin ogłoszenia wyroku;

c) art. 227 k.p.c. poprzez odmowę przeprowadzenia dowodów z przesłuchania świadków wskazanych przez powódkę w pozwie z dnia 28.02.2013r. oraz z akt sprawy (...) pomimo ich zawnioskowania w pozwie z dnia 28.02.2013r.;

d) art. 227 k.p.c. w związku z art. 278 k.p.c. poprzez pominięcie wniosku powódki o powołanie biegłego z zakresu robót budowlanych i rozliczenia robót budowlanych na okoliczność przebiegu i zakresu przedmiotowych robót budowlanych, weryfikacji i rozliczenia robót budowlanych oraz przebiegu przeprowadzonych prac, pomimo iż z wnioskiem takim powódka zwróciła się zarówno w treści pisma procesowego z dnia 13.05.2014r. jak i ustnie na rozprawie w dniu 15.05.2014r.

e) art. 217 § 2 k.p.c. poprzez przeprowadzenie dowodów zgłoszonych przez pozwaną (Województwo (...)) reprezentowaną przez profesjonalnego pełnomocnika jako spóźnionych, pomimo wielokrotnego podnoszenia tego faktu (spóźnione twierdzenia i dowody) przez powódkę;

f) art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na dokonaniu tej oceny z całkowitym pominięciem części przeprowadzonych dowodów i sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz na wydaniu negatywnej dla Pozwanej decyzji bez uprzedniego rozważenia w sposób bezstronny i wszechstronny zebranego materiału dowodowego, w szczególności przez: uznanie za wiarygodne tylko części;

g) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i przeprowadzenie dowodu z dokumentów dosłanych przez pozwaną (Województwo (...)) w piśmie z dnia 27 października 2014r., tj. już po zamknięciu rozprawy i bezpodstawne oparcie na ich treści ustaleń faktycznych sprawy;

h) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i uznanie, że inwestor miał prawo do nałożenia kar umownych za odstąpienia od przedmiotowych umów, a zatem miał możliwość potrącenia wzajemnych wierzytelności, podczas gdy prawa takiego nie posiadał;

i) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez lakoniczne uzasadnienie wyroku bez wskazania podstawy rozstrzygnięcia, a mianowicie wskazania dowodów, na których Sąd się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa podczas gdy treść przepisu bezwzględnie Sąd do tego obliguje. ;

j) art. 191 k.p.c. poprzez pominięcie roszczenia ewentualnego mimo jego zgłoszenia przez powódkę już w pierwszym piśmie procesowym (pозwie o zapłatę);

III. sprzeczność istotnych ustaleń stanu faktycznego z treścią zebranego materiału dowodowego poprzez:

a) uznanie, iż rozliczenia Stron były okolicznością niesporną, podczas gdy powódka wielokrotnie wskazywała na szereg błędów w kalkulacji kosztów i wydatków przedmiotowej inwestycji oraz zaprzeczała twierdzeniom pozwanego w przedmiotowym zakresie;

b) uznanie, iż powód nie zaprzeczył, iż doszło do odstąpienia przez inwestora od przedmiotowych umów o roboty budowlane oraz naliczenia kar umownych, podczas gdy powód wielokrotnie zaprzeczał faktom na te okoliczności przez pozwaną (Województwo (...)) wskazywane ;

c) uznanie, że powód nie zaprzeczył twierdzeniu pozwanego, iż po dniu 26 października 2011 r. inwestor nie dokonał już żadnych wypłat ani na rzecz generalnego wykonawcy ani na rzecz cesjonariuszy, podczas gdy powód wyraźnie wskazywał zarówno w pismach jak i bezpośrednio na rozprawie, że wypłaty takie miały miejsce nawet po dniu 06.12.2011r.

d) uznanie, że powód nie zakwestionował, że przyszła wierzytelność określona w umowie cesji dotyczy jedynie faktury z dnia 04 czerwca 2012r., podczas gdy powód niejednokrotnie podkreślał, iż wierzytelność ta wynikała nie tylko z powyższej faktury ale również chociażby z zatrzymanej przez inwestora kaucji gwarancyjnej;

e) uznanie, że część wynagrodzenia generalnego wykonawcy została przelana na powoda, gdy prawo do tej części wynagrodzenia nie istniało, podczas gdy w dniu podpisania umowy cesji wykonawca miał ustalone wynagrodzenie ryczałtowe wobec inwestora, które na dzień podpisania cesji wierzytelności nie zostało w całości wypłacone, a zatem istniało.

f) uznanie, że nawet w razie rozstrzygnięcia sporu o wynagrodzenie na rzecz generalnego wykonawcy powodowi nie przysługiwałaby dochodzona część wynagrodzenia, podczas gdy Województwo (...) dysponowało wierzytelnościami wystarczającymi na zaspokojenie roszczeń powódki;

g) uznanie, że powód nie zakwestionował faktów będących podstawą odstąpienia od przedmiotowych umów o roboty budowlane oraz naliczenia kar umownych podczas gdy powód wielokrotnie, zarówno w treści pism procesowych jak i bezpośrednio na rozprawie, kwestionował ten fakt a nadto podnosił, że odstąpienie od umowy nastąpiło ze strony generalnego wykonawcy;

h) uznanie, że inwestor nie ponosi odpowiedzialności solidarnej wraz z generalnym wykonawcą albowiem nie wyraził zgody na zawierane umowy z podwykonawcami, podczas gdy pozwany inwestor doskonale wiedział i akceptował fakt podwykonawstwa przy przedmiotowych robotach budowlanych i wyraził na to zdecydowaną zgodę;

IV. nierozpoznanie istoty sprawy poprzez:

a) zaniechanie przez Sąd I instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu oraz pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego, tj. pominięcie roszczenia ewentualnego pozwu z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia i nie odniesienie się do tego zarzutu zarówno w treści wyroku jak i w uzasadnieniu pomimo zgłoszenia zarzutu już na etapie składania pozwu oraz zaniechanie przez Sąd I instancji zbadania materialnej podstawy odpowiedzialności inwestora i odmowa przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie, pomimo wniosków i twierdzeń powódki w tym zakresie.

b) zaniechanie przez Sąd I instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu oraz całkowite pominięcie przez Sąd I instancji kwestii solidarnej odpowiedzialności dopozwanych podmiotów względem powódki za powstałe roszczenia, podczas gdy zarówno powódka jak i pozwany (Województwo (...)) odpowiedzialność tę potwierdziły.

Postanowieniem z dnia 26 maja 2015 r. Sąd Rejonowy(...)w P. XI Wydział Gospodarczy do spraw Upadłościowych i Naprawczych zmienił sposób prowadzenia postępowania upadłościowego (...) Spółki z ograniczoną Odpowiedzialnością z siedzibą w P. z możliwością zawarcia układu z wierzycielami na postępowanie obejmujące likwidację dłużnika. Równocześnie Sąd odwołując nadzorcę sądowego wyznaczając syndyka masy upadłości

(postanowienie - karta 1289). Dalsze postępowanie toczyło się zatem z udziałem syndyka, który wstąpił do postępowania w miejsce upadłego powoda. (oświadczenie – karta 1288).

Pozwana (...) Spółka Jawna w K. uległa przekształceniu w (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością uchwałą wspólników z dnia 4 lutego 2014 r. (odpis z KRS – karta 1284). Następnie w dniu 24 czerwca 2014 r. podjęto uchwałę o odwołaniu wszystkich członków zarządu spółki a w dniu 30 września 2014 r. wspólnik A. G. zmarł. (karta 1281, 1282). Pozwana Spółka (...) nie posiada zarządu. W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny postanowieniem wydanym na rozprawie apelacyjnej w dniu 2 grudnia 2015 r. zawiesił postępowanie w sprawie przeciwko temu pozwanemu (karta 1302-1303).

***Rozpoznając apelację strony powodowej w zakresie odnoszącym się do rozstrzygnięcia zapadłego przeciwko pozwanym Województwu (...)- Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. oraz (...) Spółce z o.o. w K., Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:***

Apelacja strony powodowej nie znajduje uzasadnionych podstaw.

W wywiedzionej apelacji skarżący zarzucił zarówno naruszenie przez Sąd orzekający przepisów prawa procesowego, jak i przepisów prawa materialnego. W tej sytuacji, w pierwszej kolejności wymaga rozważenia zarzut naruszenia przepisów procesowych, bowiem zarzut naruszenia prawa materialnego może być właściwie oceniony na tle prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Naruszenie prawa procesowego powód dostrzegł w uchybieniu przepisowi art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na dokonaniu tej oceny z całkowitym pominięciem części przeprowadzonych dowodów i sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz na wydaniu negatywnej dla Pozwanej decyzji bez uprzedniego rozważenia w sposób bezstronny i wszechstronny zebranego materiału dowodowego, w szczególności przez uznanie za wiarygodne tylko części tego materiału.

Przypomnieć jednak należy, że aby zarzut naruszenia przepisu art. 233 k.p.c. mógł być uznany za skutecznie postawiony wykazać trzeba, iż Sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu Sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że postawienie zarzutu obraży art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli jednak z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, a swoje stanowisko jasno i przekonująco uzasadnił, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 k.p.c., choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne. Nie jest przy tym wystarczająca sama polemika naprowadzająca wnioski odmienne, lecz wymagane jest wskazanie, w czym wyraża się brak logiki lub uchybienie regułom doświadczenia życiowego w przyjęciu wniosków kwestionowanych. (wyrok SN z dn. 27 września 2002 r. IV CKN 1316/00 – lex nr 80273).

Skarżący powyższym wymogom nie sprostał, a Sąd Apelacyjny nie dopatrywał się w zakresie oceny dowodów uchybień, zatem ustalenia Sądu pierwszej instancji będące wynikiem tej oceny przyjmuje za własne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. poprzez lakoniczne uzasadnienie wyroku bez wskazania podstawy rozstrzygnięcia, a mianowicie wskazania dowodów, na których Sąd się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa, należy podkreślić, że według utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, powołanie tego przepisu jako podstawy apelacji może być usprawiedliwione wtedy, gdy wskutek uchybienia wymaganiami określającym zasady motywowania orzeczeń nie poddaje się ono kontroli instancyjnej, w szczególności gdy uzasadnienie nie ma wszystkich



koniecznych elementów, bądź zawiera takie braki, które ją uniemożliwiają (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, Nr 4, poz. 83; z dnia 26 listopada 1999 r., III CKN 460/98, OSNC 2000, Nr 5, poz. 100; z dnia 16 stycznia 2006 r., Lex nr 195422; V CK 405/04, z dnia 21 marca 2007 r., I CSK 458/06, Lex nr 253397). Powyższe wiąże się z reguły ze zgłoszoną podstawą naruszenia prawa materialnego, gdy ocena jego zastosowania przy poczynionych ustaleniach faktycznych okaże się niemożliwa. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodzi, choć istotnie uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera szereg mankamentów. Pomimo pewnej lakoniczności możliwe jest odtworzenie rozumowania, jakie doprowadziło Sąd pierwszej instancji do wydania kwestionowanego orzeczenia. Ocena jego stanowiska poddaje się weryfikacji w oparciu o podniesione w apelacji stosowne zarzuty procesowe i materialnoprawne.

Nie ma także podstaw do przyjęcia, że przed Sądem pierwszej instancji doszło do nierozpoznania istoty sprawy przejawiające się pominięciem roszczenia ewentualnego pozwu z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia i nie odniesienie się do tego zarzutu zarówno w treści wyroku jak i w uzasadnieniu a nadto całkowitym pominięciem przez Sąd pierwszej instancji kwestii solidarnej odpowiedzialności dopozwanych podmiotów względem powódki za powstałe roszczenia. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że nierozpoznanie istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji odnosi się do roszczenia będącego podstawą powództwa i zachodzi, gdy sąd pierwszej instancji nie orzekł w ogóle merytorycznie o żądaniach stron, zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominął merytoryczne zarzuty pozwanego, w szczególności zaś do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi w razie oddalenia powództwa z uwagi na przyjęcie przedawnienia roszczenia, prekluzji lub braku legitymacji procesowej strony, której oceny sąd drugiej instancji nie podziela (np. wyrok SN z dnia 23 września 1998 r., II CKN 897/97, OSNC 1999, nr 1, poz. 22; wyrok SN z dnia 14 maja 2002 r., V CKN 357/00, LEX nr 55513). Sąd Najwyższy przyjął, że oceny, czy sąd pierwszej instancji rozpoznał istotę sprawy, dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania wyjaśniającego. Niewyjaśnienie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy nie jest równoznaczne z nierozpoznaniem istoty sprawy (zob. wyrok SN z dnia 22 kwietnia 1999 r., II UKN 589/98, OSNP 2000, nr 12, poz. 483). Zważywszy jednak, że Sąd Apelacyjny jest sądem merytorycznym a apelacja ma prowadzić do ponownego rozpatrzenia sprawy w tych samych granicach, w jakich upoważniony był ją rozpoznać sąd pierwszej instancji, zarzucane przez stronę pozwaną niedokonanie koniecznych ustaleń faktycznych czy pominięcie oceny prawnej takich ustaleń, może być naprawione w niniejszym postępowaniu. Mając to na uwadze Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny prawnej ustaleń faktycznych na podstawie materiału dowodowego znajdującego się a aktach sprawy i ta ocena stanowiła podstawę niniejszego rozstrzygnięcia.

Należy podkreślić, że przedmiotem żądania powoda były niejako dwa roszczenia wywodzone z różnych zdarzeń prawnych. Pierwszym z nich była umowa przelewu przysługujących przysługujących generalnemu wykonawcy od inwestora z tytułu realizowanych przez tegoż generalnego wykonawcę robót budowlanych. Z tego tytułu powodowy podwykonawca domagał się zasądzenia kwoty 924.310 zł, należnej generalnemu wykonawcy od inwestora. W związku z takim sformułowaniem podstawy żądania, obowiązany był wykazać, że generalnemu wykonawcy wierzytelność w powyższej wysokości i z wymienionego tytułu, względem inwestora przysługuje, zgodnie z łączącymi te podmioty umowami z dnia 17 listopada 2008r. – nr(...)i nr (...)oraz umową nr (...) z dnia 29 kwietnia 2011r., dotyczącymi modernizacji drogi nr (...). Powód nie wskazał w ramach której z wymienionych umów dochodzone wynagrodzenie generalnemu wykonawcy przysługuje, ani też nie określała tego umowa przelewu wierzytelności, na którą się powoływał. Przelew obejmował bowiem „przysługującą i jeszcze niewymagalną wierzytelność w stosunku do Zarządu Dróg Wojewódzkich w K. (...), do kwoty brutto 1.261.886,50 zł, która to wierzytelność powstanie z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane wykonywane przez Cedenta na podstawie przedłożonej faktury w ramach inwestycji ‘Modernizacja drogi wojewódzkiej nr (...) K.’” (umowa przelewu – karta 34). To wynagrodzenie zostało objęte następnie fakturą wystawioną przez (...) S.A. w upadłości układowej w dniu 4 czerwca 2011 r. na kwotę 5.332.442,14 zł brutto (karta 949) To wynagrodzenie jest sporne pomiędzy generalnym wykonawcą a inwestorem pismo pozwanego z dnia 12 czerwca 2012 r. – karta 1048).

W szczególności należało jednak wziąć pod uwagę, że umowy pomiędzy inwestorem a generalnym wykonawcą były zawarte w ramach zamówień publicznych, o udzielenie których ubiegali się członkowie tworzący konsorcjum. Oni też zawarli umowy, których przedmiotem była modernizacja drogi. Liderem tego konsorcjum a równocześnie pełnomocnikiem pozostałych wykonawców był (...) S.A. Jednakże to nie (...) S.A. jako konsorcjant, lecz wszyscy wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.jedn. Dz.U. 2013 poz. 901) występuje wykonawca, którym według art. 2 pkt 11 tej ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu prawnego wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum. W wyroku z dnia 13 października 2011 r. w sprawie V CSK 475/10 (lex nr 1108492), Sąd Najwyższy stwierdził, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym (w sprawie powyższej przedmiotem postępowania był zwrot wadium). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider Konsorcjum. Należy zwrócić uwagę, że art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, a art. 141 p.z.p. odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia.

Jak wynika z umowy konsorcjum z dnia 20 sierpnia 2008 r. (karta 46) wolą stron było, by konsorcjum nie stanowiło umowy spółki cywilnej. Według § 5 tej umowy, każdy z uczestników konsorcjum miał ponosić oddzielnie i wyłącznie wszystkie koszty i wydatki związane ze swoim udziałem w przygotowaniu i przedłożeniu oferty oraz realizacji kontraktu. Wszelkie rozliczenia konsorcjum z zamawiającym miały być dokonywane wyłącznie przez lidera konsorcjum czyli (...) S.A. Pomimo takiego postanowienia umowy dotyczącego stosunków wewnętrznych, wobec zamawiającego inwestora lider konsorcjum powinien legitymować się odrębnym dokumentem pełnomocnictwa, o czym stanowi § 2 umowy. Takie pełnomocnictwo lider konsorcjum posiadał (karta 49), lecz zostało mu ono wypowiedziane w dniu 4 stycznia 2012 r. (karta 302), co jest bezsporne.

W świetle powyższych okoliczności, by możliwe było dochodzenie przez lidera konsorcjum całości roszczenia w postępowaniu sądowym konieczne byłoby upoważnienie go przez pozostałych partnerów poprzez udzielenie pełnomocnictwa. O ile w dacie zawarcia umowy przelewu (24 listopada 2011 r.) (...) S.A. legitymował się pełnomocnictwem udzielonym przez pozostałych członków konsorcjum, o tyle w styczniu 2012 r. to pełnomocnictwo zostało cofnięte. Również powód nie posiada takiego upoważnienia, zwłaszcza, że domaga się zasądzenia tej części wynagrodzenia także od pozostałych członków konsorcjum, jakkolwiek podstawy takiego roszczenia nie przedstawił.

Należy dodać, że pełnomocnictwo do domagania się od inwestora wynagrodzenia należnego wykonawcy nie wynika również z treści umowy konsorcjum. Przede wszystkim nie stanowi takiego upoważnienia dla lidera konsorcjum zakres wykonywanych przez niego czynności. Możliwość wystawiania faktur na całość prac nie czyniło (...) S.A., a tym samym powoda, legitymowanym do samodzielnego wystąpienia z przedmiotowym roszczeniem. Samo zaś wystawienie faktury nie kreuje jeszcze zobowiązania cywilnoprawnego.

W tych okolicznościach, wobec braku legitymacji czynnej powoda do domagania się wynagrodzenia należnego generalnemu wykonawcy, bezprzedmiotowe stało się odnoszenie się do zarzutów związanych z oświadczeniem o potrąceniu.

Niezależnie jednak od powyższego, Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu pierwszej instancji, że to potrącenie było możliwe. Jak wynika z materiału dowodowego, doszło do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie generalnego wykonawcy, zatem pozwany inwestor miał prawo do naliczenia kary umownej za odstąpienie. Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że odstąpienie od umowy było skuteczne, zaś powód w żaden sposób nie zniweczył faktów, które uzasadniały to odstąpienie. Należy podkreślić, że o odstąpieniu przez inwestora od umów dotyczących

modernizacji drogi wojewódzkiej nr (...), (...)S.A. powiadomił powoda w piśmie z dnia 26 stycznia 2012 r., w którym odstąpienia tego nie podważał (karta 168). Należy dodać, że (...) S.A. w dniu 30 grudnia 2011 r. złożył wniosek o ogłoszenie upadłości a w dniu 29 lutego 2012 została ogłoszona upadłość z możliwością zawarcia układu, zmieniona następnie na upadłość likwidacyjną. Pozwany inwestor naliczył kary umowne za odstąpienie od umowy i za opóźnienie notą z dnia 15 lutego 2012 r. i wezwał członków konsorcjum do zapłaty pismem z tej samej daty (karta 742-743). Wbrew stanowisku apelującego, brak jest jakichkolwiek podstaw do kwestionowania uprawnienia pozwanego inwestora do odstąpienia od umów z Konsorcjum, jak i do naliczania kary umownej za odstąpienie od umowy. Inaczej jest w przypadku kary umownej za opóźnienie, naliczanej równocześnie z karą umowną za odstąpienie, na co zwrócił uwagę Sąd pierwszej instancji, jednakże okoliczność ta pozostaje bez wpływu na treść rozstrzygnięcia, z uwagi na rozmiar kary za odstąpienie od umowy, która przekracza wysokość wynagrodzenia żądanego przez powoda.

W tym miejscu należy odnieść się do zarzutu przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów poprzez przeprowadzenie dowodu z dokumentów dosłanych przez pozwaną (Województwo (...)) w piśmie z dnia 27 października 2014r., tj. już po zamknięciu rozprawy i bezpodstawne oparcie na ich treści ustaleń faktycznych sprawy. Istotnie, sposób przeprowadzenia dowodu z dokumentu w postaci pisma pozwanego z dnia 28 lutego 2012 r., przez Sąd Okręgowy nie był właściwy. Pismo to zostało dołączone do akt sprawy po zamknięciu rozprawy a przed ogłoszeniem wyroku w sprawie. Sąd Okręgowy powołał się na jego treść w swoich ustaleniach faktycznych przedstawionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w dodatku bez formalnego dopuszczenia tego dowodu. Jak wiadomo w świetle art. 148 § 1 k.p.c., 210 § 1 k.p.c., 224 § 1 k.p.c. i 235 § 1 k.p.c. postępowanie dowodowe odbywa się przed sądem orzekającym na rozprawie. Przeprowadzenie dowodu poza rozprawą i po jej zamknięciu (art. 224 § 2 k.p.c.), jest możliwe tylko w przypadkach ściśle określonych (przeprowadzenie dowodu przez sędziego wyznaczonego lub przez sąd wezwany albo przeprowadzenie dowodu z akt lub wyjaśnień organów administracji publicznej), do których pismo zawierające oświadczenie pozwanego o potrąceniu się nie zalicza. Uchybienie to jednak nie miało wpływu na wynik sprawy albowiem pozwany na oświadczenie o potrąceniu powoływał się w trakcie postępowania, a na rozprawie w dniu 21 października 2014 r. złożył w tej kwestii oświadczenie (karta 1051; 00:19:06). Fakt ten był zatem powodowi znany i faktowi temu powód nie zaprzeczył (art. 210 § 2 k.p.c.), chociaż przeczył skuteczności odstąpienia od umowy przez pozwanego, do czego Sąd Apelacyjny ustosunkował się powyżej. Dawało to podstawę Sądowi Okręgowemu do czynienia w tym zakresie ustaleń nawet bez sięgania do przedmiotowego dokumentu (art. 229 k.p.c.). W istocie zatem stan rzeczy w rozumieniu art. 316 § 1 k.p.c. był taki sam zarówno w chwili zamknięcia rozprawy jak i ogłoszenia orzeczenia.

Drugie z roszczeń powoda obejmuje jego własne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zawartej z (...) S.A., polegające na dostarczeniu i montażu stalowych barier ochronnych, a wywodzone z solidarnej odpowiedzialności pozwanego inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, tj. z art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c.

W tym zakresie powód w apelacji podnosił zarzut naruszenia prawa procesowego poprzez pominięcie dowodów z przesłuchania świadków wskazanych przez powoda w pozwie z dnia 28 lutego 2013r. Sąd Okręgowy pomiał te dowody stwierdzając, że fakty wskazane przez powoda jako podstawa odpowiedzialności inwestora nie uzasadniają tej odpowiedzialności. Powód powoływał się na akceptację robót wykonywanych przez pozwanego, które wynikały z protokołów odbioru, wskazywał na wiedzę pozwanego o obecności na placu budowy, tolerowanie jej i brak sprzeciwu. Wiedzę tę opierał natomiast na takich faktach jak firmowe kombinezony pracowników powoda i uzgadnianie zagadnień technicznych z odpowiednimi służbami pozwanego inwestora, w tym z inspektorem nadzoru.

Większość z podanych faktów nie była podważana przez stronę pozwaną, która kwestionowała jedynie wyrażenie zgody na zawarcie umowy z powodem jako podwykonawcą jednego z konsorcjantów. Strona pozwana przedstawiła protokoły z narad koordynacyjnych, w których uczestniczyli przedstawiciele zamawiającego, zarządzający projektem oraz przedstawiciele wykonawcy, członków konsorcjum; nie byli natomiast obecni przedstawiciele podwykonawców, w tym powoda (karta 342-357). Zatem stanowisko Sądu Okręgowego, że przeprowadzenie dowodów na okoliczności tych faktów było zbędne, nie budzi zastrzeżeń. Jeśli zaś chodzi o dowody wnioskowane na okoliczność „wiedzy inwestora” o robotach wykonywanych przez powoda, to po pierwsze, sama wiedza inwestora nie jest wystarczająca

dla przyjęcia, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą, po drugie zaś, wiedza nie stanowi okoliczności, która wprost podlega dowodzeniu zeznaniami określonych osób, gdyż ich wiedza bądź jej brak o określonym stanie rzeczy (czy też stan ich umysłu), nie jest weryfikowalna. Stan wiedzy określa się bowiem na podstawie twierdzonych i dowodzonych faktów, przy czym Sąd nie może czynić ustaleń na podstawie faktów ujawnionych przez świadków, czy wynikających z innych dowodów, ale nie przytoczonych uprzednio przez stronę. Jedynymi faktami przytoczonymi przez powoda były zaś wymienione powyżej, w tym uzgadnianie zagadnień technicznych ze służbami technicznymi inwestora. Jednakże fakty te nie mogą stanowić o akceptacji zawarcia umowy pomiędzy powodem a (...) S.A. Wykraczałoby to bowiem poza zakres obowiązków takich służb, nawet inspektora nadzoru.

W kontekście powyższych okoliczności za nieuzasadniony należy uznać zarzut naruszenia art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. Zgodnie z tym przepisem (§ 2) 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. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (§ 5). Zwrócić należy zatem uwagę, że przepis art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., stanowiący o wymogu zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą, będącej koniecznym warunkiem odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy, stanowi, że ma to być zgoda na „zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą”. Mając na uwadze, że przepis ten wprowadza bezwzględną odpowiedzialność inwestora wobec osoby, z którą nie łączy go żaden stosunek umowny, nie sposób dokonywać rozszerzającej wykładni tego przepisu, stojącej w sprzeczności z jednoznacznym jego literalnym, brzmieniem.

Wprawdzie nie w każdym przypadku określone w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. skutki wyrażenia zgody przez inwestora lub wykonawcę zależą od uprzedniego, przedstawienia mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu, zawierających wszystkie jej istotne postanowienia, wraz z odpowiednią dokumentacją, jednakże tzw. zgoda bierna (brak reakcji) musi być poprzedzona przedstawieniem takiej umowy lub co najmniej stosowną informacją.

Natomiast przepis art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeśli posiadając wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później, wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji. Sam fakt, iż pozwane Województwo (nawet gdyby zostało wykazane, że wiedziało o wykonywaniu przez pozwanego robót przed oficjalnym powiadomieniem go przez (...)) nie podjęło działań mających na celu usunięcie pracowników powoda z placu budowy, nie jest wystarczający dla przyjęcia wyrażenia zgody *per facta concludentia*. Ustawodawca bowiem w art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c. jednoznacznie wskazuje, kiedy zaniechanie inwestora jest traktowane jako zgoda. Takie okoliczności bez wątpienia w niniejszej sprawie nie zachodziły. Nawet przy uwzględnieniu faktów wskazanych przez powoda, o których wyżej była mowa, nie sposób podzielić jego stanowiska, że pozwane Województwo wyraziło zgodę w sposób czynny dorozumiany. Wykonawca nie przedstawił pozwanemu umowy z powodowym podwykonawcą ani nie powiadomił jej o jego zatrudnieniu wcześniej niż w grudniu 2011 r. Sama wiedza o potrzebach inwestycji nie jest zaś wystarczająca do przyjęcia, że brak wyraźnego sprzeciwu inwestora jest równoznaczny z czynnym wyrażeniem zgody. Trudno także przypisać pozwanemu inwestorowi nienależytą dbałość o własne interesy w związku z realizowaniem inwestycji z udziałem wielu podmiotów. Należy zauważyć, że pozwany zwracał się pisemnie do lidera konsorcjum o udzielenie informacji o zatrudnieniu podwykonawców, między innymi z takim pytaniem zwrócił się pismem z dnia 20 października 2011 r. (karta 156), w trakcie wykonywania robót przez powoda. (...) S.A. przedstawił powoda jako podwykonawcę dopiero w wykazie sporządzonym na dzień 25 listopada 2011 r. (karta 165-166; karta 455-456). Z kolei umowa przelewu wierzytelności z dnia 24 listopada 2011 r. wpłynęła do Zarządu Dróg Wojewódzkich w dniu 6 grudnia 2011 r. (karta 497). Po otrzymaniu listy z tymi podwykonawcami przy piśmie z dnia 5 grudnia 2011 r. pozwany pismem z dnia 12 grudnia 2011 r. (karta 449) oświadczył, że nie wyraził i nie wyraża zgody na zawarcie z nimi umów i wykonywanie przez nich robót. Równocześnie wezwał (...) do wykonywania umów zgodnie z umową, tj. własnymi

siłami. Swój sprzeciw co do zawarcia umowy z powodem pozwany inwestor wyraził z kolei w piśmie z dnia 16 grudnia 2011 r. skierowanym bezpośrednio do powoda ( karta 450).

O zgodzie bądź wiedzy inwestora nie świadczy także powoływany przez powoda fakt odbierania przez pozwanego robót wykonywanych przez powoda bowiem z protokołów odbioru robót (karta 125, 128, 130) wynika, że odbiór dokonywany był pomiędzy powodem a (...) bez udziału przedstawicieli inwestora, w tym inspektora nadzoru. Natomiast wpisów do Dziennika Budowy odnośnie montażu barier dokonywał R. B. kierownik robót (karta 454) oraz R. K. kierownik robót drogowych (karta 454)

Należy zatem podkreślić, że prawidłowe jest stanowisko Sądu pierwszej instancji o braku podstaw z art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. do obciążenia pozwanego inwestora odpowiedzialnością za zapłatę wynagrodzenia należnego powodowemu podwykonawcy od (...) S.A.

Odnosząc się do zarzucanego przez powoda bezpodstawnego wzbogacenia po stronie pozwanego Województwa o wartość prac wykonanych przez powoda a niezapłaconych przez (...) S.A., do którego Sąd pierwszej instancji się nie odniósł przy rozpoznaniu sprawy, należy stwierdzić, że do bezpodstawnego wzbogacenia nie doszło. Podstawową przesłanką przewidzianą w art. 405 k.c. jest istnienie wzbogacenia a dopiero potem istnienie zubożenia co sprawia, że wykazaniu podlega przede wszystkim fakt odniesienia przez pozwanego korzyści i jej wysokość, a dopiero w następnej kolejności fakt zubożenia powoda. Jeżeli korzyść pozwanego nie zostanie wykazana to poszkodowany nie może skutecznie dochodzić wyrównania poniesionego przez siebie uszczerbku na podstawie art. 405 k.c. (tak SN w wyroku z dnia 7 sierpnia 2003 r. w sprawie IV CKN 340/01, LEX nr 602728). Należy wskazać, że jedną z przesłanek źródła zobowiązania z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia jest uzyskanie korzyści majątkowej bez podstawy prawnej. W nauce prawa podkreśla się, że przesłankę tę należy rozumieć w sposób zobiektywizowany, jako brak tytułu prawnego, legitymizującego przesunięcie korzyści do majątku wzbogaconego. Korzyść musi być przy tym uzyskana bez podstawy prawnej jakiegokolwiek rodzaju, co ma miejsce wówczas, gdy u jej podstaw nie leży ani czynność prawna, ani przepis ustawy, ani orzeczenie sądu lub decyzja administracyjna. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób przyjąć, że zaistniało pozbawione podstawy prawnej przysporzenie majątkowe po stronie pozwanego Województwa, skoro inwestycję modernizacji drogi realizowało ono na podstawie umów zawartych z Konsorcjum, którego liderem był (...) S.A. W ramy przedmiotu tych umów wchodził także montaż przedmiotowych barier ochronnych, co było objęte ustalonym wynagrodzeniem. Zatem do bezpodstawnego wzbogacenia nie doszło.

Za nieuzasadnione należy uznać stanowisko powoda, że solidarna odpowiedzialność dopozwanego współkonsorcjanta (...) Spółki z o.o. w K. względem powoda wynika z samego faktu zawiązania przez niego z (...) S.A. konsorcjum, które jest swego rodzaju spółką cywilną powołaną dla realizacji danego, konkretnego zamówienia publicznego. W orzecznictwie umowa konsorcjum jest zaliczana do kategorii umów nienazwanych. Zgodnie z treścią obowiązującej zasady swobody umów, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego (art. 353<sup>1</sup> k.c.). Istota konsorcjum wyraża się w zobowiązaniu uczestników do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Wprawdzie w literaturze prawniczej wskazuje się na podobieństwo umowy konsorcjum do umowy spółki cywilnej, uregulowanej w art. 860 k.c. i n., jednakże konsorcjanci z zasady nie wnoszą wkładów, a w konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, co odróżnia konsorcjum od spółki cywilnej. W niniejszej sprawie umowa konsorcjum wyraźnie stwierdzała, że jej podmioty nie tworzą umowy spółki cywilnej. W § 2 punkt 2 i 3 oraz § 5 konsorcjanci ustalili zakres swoich zobowiązań i praw oraz zasady ponoszenia wszystkich kosztów i wydatków związanych ze swoim udziałem w realizacji kontraktu, tj. proporcjonalnie do wartości swojego zakresu robót. Zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że umowa ta rodziła odpowiedzialność solidarną pozostałych konsorcjantów względem kontrahentów jednego z nich. Tym samym dopozwana Spółka (...) nie ponosi odpowiedzialności za wynagrodzenie należne powodowi za wykonanie przedmiotu umowy zawartej z (...) S.A.

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy wydał trafne orzeczenie, a zarzuty apelacji jako niezasadne należało oddalić. Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd rozstrzygnął na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. stosownie do wyniku sprawy oraz na podstawie § 6 pkt 7) w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 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 z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).

SSA Jerzy Bess	SSA Barbara Górczanowska	SSO Barbara Baran
----------------	--------------------------	-------------------