

Sygn. akt I ACa 1782/14

I ACz 1985/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

**Przewodniczący : SSA Krystyna Golinowska**

**Sędziowie: SSA Lilla Mateuszczyk**

**del. SSO Jacek Pasikowski (spr.)**

Protokolant: st. sekr. sąd. Julita Postolska

po rozpoznaniu w dniu 2 czerwca 2015 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa **M. C.**

przeciwko **Zakładowi (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. i Przedsiębiorstwu (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w K.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 3 września 2014 r. sygn. akt X GC 182/13

oraz zażalenia powoda na postanowienie zawarte w punkcie 4 tego wyroku

1. oddała obie apelacje;

2. zasądza na rzecz M. C. od:

a) Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym,

b) Przedsiębiorstwa (...) spółki Akcyjnej z siedzibą w K. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

1. oddała zażalenie;

2. zasądza od M. C. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) spółki Akcyjnej z siedzibą w K. kwotę 600 (sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania zażaleniowego.

Sygn. akt I ACa 1782/14

## UZASADNIENIE

Powód M. C. w pozwie w postępowaniu upominawczym wniósł o zasądzenie solidarnie od (...) - Budownictwo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. oraz Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. kwoty 409.906,60 złotych z ustawowymi odsetkami i kosztami postępowania tytułem wynagrodzenia za prace budowlane.

W dniu 28 grudnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy wydał w postępowaniu upominawczym nakaz zapłaty uwzględniający w całości roszczenia powoda, a przedmiotowe orzeczenie uprawomocniło się wobec (...) - Budownictwo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P..

Wyrokiem z dnia 3 września 2014 roku Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. na rzecz M. C. kwotę 402.526,60 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 17 czerwca 2012 roku do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałej części wobec wskazanego wyżej pozwanego oraz w całości wobec Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K., a nadto dokonał rozstrzygnięcia o kosztach postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane w oparciu o następujące ustalenia i rozważania:

W dniu 1 czerwca 2010 roku pozwana (...) -Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. zawarła umowę konsorcjum z Przedsiębiorstwem (...) Spółką Akcyjną w K., której celem był udział w przetargu nieograniczonym obejmującym „Budowę kanalizacji sanitarnej, deszczowej i wodociągu w Osiedlu (...) w B.”, który został ogłoszony przez Zakład (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., a w wypadku jego wygrania realizacja prac budowlanych. (...) -Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. uzyskała od Spółki (...) pełnomocnictwo do reprezentowania konsorcjum.

W dniu 13 sierpnia 2010 roku pomiędzy Zakładem (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w B., a konsorcjum wykonawców: (...) -Budownictwo spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w P. i Przedsiębiorstwem (...) Spółką Akcyjną w K. zawarta została umowa o roboty budowlane, przedmiotem której było wykonanie kanalizacji sanitarnej, deszczowej i wodociągu w Osiedlu (...), a inwestycja była w części finansowana z środków Unii Europejskiej. Zgodnie z § 4 umowy, wykonawca mógł zlecić wykonanie części robót osobom trzecim na warunkach określonych w Kodeksie cywilnym i w niniejszej umowie, pod warunkiem, że posiadałyby kwalifikacje i sprzęt odpowiedni do wykonania robót. Realizacja robót przez podwykonawcę nie zwalniała jednak wykonawcy z odpowiedzialności za realizację obowiązków wynikających z umowy lub z przepisów obowiązującego prawa. Wykonawca miał odpowiadać za działania i zaniechania podwykonawców jak za własne. Do zawarcia przez wykonawcę z podwykonawcą umowy o roboty budowlane wymagana była zgoda zamawiającego. Jeżeli zamawiający 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 w projekcie nie zgłosił na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, należało uważać, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. W każdej umowie podwykonawczej musiały się znaleźć warunki płatności zgodnie z postanowieniami umowy z dnia 13 sierpnia 2010 roku, a podwykonawca nie mógł dokonać cesji wierzytelności bez zgody zamawiającego, jak i nie mógł zlecić wykonania robót dalszemu podwykonawcy.

W dniu 30 grudnia 2010 roku pomiędzy powodem M. C., a pozwaną Spółką (...) zawarta została umowa o wykonanie robót budowlanych, przedmiotem której było wykonanie kanalizacji sanitarnej i deszczowej w B., w ramach opisanego wyżej zadania inwestycyjnego. Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy, roboty budowlane miały zostać wykonane z materiałów dostarczonych przez zamawiającego. Termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy określony został na dzień 3 stycznia 2011 roku, a termin zakończenia na dzień 12 lutego 2011 roku. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, obejmujące w zakresie ulicy (...) 78.619,82 złotych za kompletną kanalizację sanitarną wraz z robotami odtworzeniowymi i kwotę 115.615,66 złotych za kompletną kanalizację deszczową wraz z robotami odtworzeniowymi, zaś w odniesieniu do ulicy (...) kwotę 129.589,00 złotych za kompletną kanalizację sanitarną wraz z robotami odtworzeniowymi i kwotę 198.578,02 złotych za kompletną kanalizację deszczową wraz z robotami odtworzeniowymi. Płatności za wykonywane roboty budowlane miały być dokonywane przez pozwaną przelewem na podstawie wystawionej przez powoda końcowej faktury VAT. (...) -Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w P. miała prawo zatrzymać na zabezpieczenie prawidłowego wykonania umowy kaucję w wysokości 5% wartości netto z każdej faktury częściowej. Kwota w wysokości 50% zatrzymanej kwoty gwarancji miała zostać zwrócona w ciągu 30 dni od odbioru końcowego przez inwestora, zaś pozostała część w ciągu 30 dni od zakończenia umownego okresu gwarancyjnego.

Powołani przez Spółkę (...) inspektorzy nadzoru byli codziennie na placu budowy, a przedstawiciele Spółki (...) bardzo często.

Pismem z dnia 18 lutego 2011 roku powód poinformował (...) -Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., iż z uwagi na niskie temperatury przerywa prace związane z budową kanalizacji w ulicy (...) do chwili ustabilizowania się warunków atmosferycznych i jednocześnie prosił o zmianę terminu realizacji prac.

W kolejnym piśmie z dnia 22 lutego 2011 roku powód informował Spółkę (...), że ze względu na brak materiałów które miała dostarczać ta Spółka termin realizacji zadania zostanie przedłużony. Nadto, zwrócił uwagę, iż nie otrzymał rur, nasuwek i kolan żeliwnych, w rezultacie czego nie może prowadzić robót zgodnie z harmonogramem, a także podniósł, że nie ustalono projektowanych rzędnych studni, co uniemożliwia wykonanie podbudowy pod roboty drogowe. Powód także ponownie zwrócił uwagę na fakt, że warunki atmosferyczne uległy pogorszeniu, nasiliły się temperatury ujemne, co spowodowało wstrzymanie robót montażowych do chwili poprawy warunków pogodowych i co zostało potwierdzone przez inspektora nadzoru wpisem do dziennika budowy.

W dniu 28 lutego 2011 roku powód zawarł z Towarzystwem (...) w W. umowę, w ramach której Towarzystwo udzieliło gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu w okresie od dnia 30 grudnia 2010 roku do dnia 12 marca 2011 roku, a wartość gwarancji wynosiła 26.120,13 złotych, zaś jej beneficjentem była Spółka (...). Zgodnie z § 5 ust. 3 umowy, z chwilą zapłaty jakiegokolwiek kwoty z gwarancji wystawionej w wykonaniu tej umowy powstawało roszczenie Towarzystwa w stosunku do powoda o zwrot wszelkich kwot zapłaconych z gwarancji podwyższonych o koszty realizacji wypłaty.

W dniu 1 marca 2011 roku sporządzone zostały dwa protokoły odbioru robót sporządzone przy udziale przedstawicieli powoda i Spółki (...). Pierwszym obejmującym okres od dnia 5 stycznia do dnia 28 lutego 2011 roku, odebrano budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej na ulicy (...) i określono wartość prac na kwotę 169.031,15 złotych netto, zgodnie z zestawieniem wartości wykonanych robót, przy czym do potrącenia wskazana została kwota 69.290,36 złotych. Z kolei drugim protokołem, sporządzonym za okres od dnia 17 stycznia do dnia 19 stycznia 2011 roku odebrano budowę kanalizacji sanitarnej, i deszczowej na ulicy (...), w zakresie robót dodatkowych, których wartość określono na kwotę 6.000,00 złotych netto. W protokołach wskazane zostało, że objęty nimi zakres robót zgodny był z zapisami w dzienniku budowy. Jakość techniczna robót, samodzielność w pracy i uzgodnieniach, ceny, terminowość, wyposażenie techniczne, przestrzeganie przepisów BHP zostały ocenione pozytywnie.

W związku z dokonanymi odbiorami robót powód wystawił w dniu 1 marca 2011 roku obciążającą (...) -Budownictwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. fakturę VAT nr (...) na kwotę 207.908,31 złotych brutto, płatną do dnia 31 marca 2011 roku, za wykonanie w ramach umowy nr (...) kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z przyłączami w ulicy (...) oraz fakturę nr (...) na kwotę 7.380,00 złotych brutto, płatną do dnia 31 marca 2011 roku, dotyczącą robót dodatkowych. Roboty dodatkowe dotyczyły wykonania studni na ul. (...), która wybudowana została przed kwietniem 2011 roku.

Faktura nr (...) wystawiona przez powoda została przez pozwaną Spółkę (...) częściowo zapłacona do wysokości 135.227,14 złotych, a w pozostałej części została skompensowana z należnościami za dostarczone materiały budowlane. Nadto, w dniach 11 marca i 12 kwietnia 2011 roku Spółka (...) zapłaciła powodowi przelewem kwoty 10.000,00 złotych oraz 40.000,00 złotych.

W dniu 2 marca 2011 roku powód ponownie poinformował Spółkę (...) o brakach materiałów, co opóźniało postęp i dezorganizowało harmonogram prac. Nadto stwierdził, że w dalszym ciągu brakuje materiału na budowę kanału deszczowego. Jednocześnie wskazał, co znalazło potwierdzenie w dzienniku budowy, że warunki atmosferyczne były i

nadal są niekorzystne do prowadzenia prac montażowych oraz ziemnych i zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminu realizacji umowy do dnia 31 marca 2011 roku.

W dniu 11 marca 2011 roku powód zwrócił się z prośbą do Spółki (...) o natychmiastowe dostarczenie brakujących materiałów, wskazując, że brak materiału spowoduje przestój, a co za tym idzie opóźnienie terminu realizacji umowy i wnioskuje o przedłużenie terminu realizacji umowy do dnia 11 kwietnia 2011 roku.

W piśmie z dnia 17 marca 2011 roku powód poinformował Spółkę (...), że prace odtworzeniowe według dokumentacji nie są możliwe do wykonania w terminie od dnia 14 do dnia 17 marca 2011 roku biorąc pod uwagę fakt, iż do dnia 14 marca 2011 roku nie była wytyczona projektowana droga. W związku z powyższym, wniósł o wykonanie robót odtworzeniowych we własnym zakresie na koszt potrąconej kwoty z protokołu odbiorowego z ulicy (...), która to kwota została wstrzymana na poczet odtworzeń tej ulicy (...).

W kolejnym piśmie z dnia 30 marca 2011 roku powód informował Spółkę (...), że nie otrzymał niezbędnych materiałów do wbudowania, co powoduje dezorganizację prac, opóźnia termin zakończenia robót oraz koszty realizacji zadania wzrastają. W związku z powyższym, powołując się na art. 640 k.c., wyznaczył pozwanej termin do dnia 1 kwietnia 2011 roku na dostarczenie niezbędnych materiałów do wbudowania, grożąc odstąpieniem od umowy ze skutkiem natychmiastowym.

W dniu 1 kwietnia 2011 roku powód wezwał Spółkę (...) do zapłaty kwoty 120.061,17 złotych z tytułu faktur nr (...), w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2011 roku skierowanym do Spółki (...) powód poinformował inwestora, że jest podwykonawcą Spółki (...) realizującym budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ulicy (...) na łączną kwotę 194.235,48 złotych netto oraz budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ulicy (...) na łączną kwotę 328.167,02 złotych. W przedmiotowym piśmie wskazano, iż Spółka (...) nie wywiązuje się z umowy, od początku realizacji zadania opóźnia dostarczenie materiałów, co spowalnia postęp robót oraz nie dokonuje płatności za w/w roboty, co wzbudza niepokój powoda, jako podwykonawcy. Powołując się na art. 647 k.c., powód zwrócił się z prośbą o podjęcie działań przez inwestora. W piśmie tym powód wskazał na wykonanie robót dotyczących budowy studni, a do pisma załączono kopię umowy zawartej ze Spółką (...), protokół odbioru robót oraz faktury.

W odpowiedzi na pismo z dnia 6 kwietnia 2011 roku Spółka (...) poinformowała powoda, że wykonawca robót budowlanych dla wspomnianego przez powoda zadania nie występował do inwestora z prośbą o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z firmą powoda. W związku z tym inwestor nie ponosi solidtarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane zrealizowane przez firmę powoda na podstawie umowy ze Spółką (...).

Aneks nr (...) z dnia 8 kwietnia 2011 roku do umowy nr (...) strony zmieniły termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy na dzień 18 maja 2011 roku.

W piśmie z dnia 15 kwietnia 2011 roku skierowanym do Spółki (...) powód ponownie wskazał, że nie nastąpiła dostawa materiałów budowlanych niezbędnych do zakończenia budowy sieci kanalizacyjnej, sanitarnej oraz deszczowej na ulicy (...). Brak dostaw spowodował poważne opóźnienia w realizacji robót.

W piśmie z dnia 29 kwietnia 2011 roku powód ponownie informował Spółkę (...), iż nie otrzymał w terminie niezbędnych materiałów do zakończenia robót, co uniemożliwia rozpoczęcie prac drogowych.

Na podstawie aneksu do umowy konsorcjum z dnia 28 kwietnia 2011 roku dokonano zmiany lidera, którym w miejsce (...) -Budownictwo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. zostało Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K..

Na mocy aneksu nr (...) z dnia 29 kwietnia 2011 roku nastąpiła zmiana umowy zawartej przez konsorcjum z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. poprzez przyjęcie, iż liderem konsorcjum zostaje Przedsiębiorstwo

(...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K., zaś jej partnerem w konsorcjum pozostaje (...) - Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

Także w dniu 29 kwietnia 2011 roku Spółka (...) i Spółka (...) podpisały porozumienie wykonawcze do umowy konsorcjum, na podstawie którego Spółka (...) zobowiązała się przejąć obowiązki lidera konsorcjum wynikające z umowy o roboty budowlane zaś Spółka (...) zobowiązała się przekazać wszelkie dokumenty, informacje i dopełnić wszelkich czynności prawnych i faktycznych w celu prawidłowego wykonania zawartych pomiędzy stronami umów, w tym przekazać plac budowy wraz z całą dokumentacją. Nadto, zgodnie z porozumieniem Spółka (...) miała być odpowiedzialna za należyte wykonanie I i II etapu inwestycji oraz za właściwe usunięcie wad i usterek w okresie gwarancyjnym na zasadach określonych w umowie z inwestorem. Spółka (...) upoważniła także Spółkę (...) do pobrania wynagrodzenia za II etap prac wynikających z umowy o roboty budowlane i rozliczenia tego wynagrodzenia zgodnie z określonymi w porozumieniu warunkami finansowymi, a w tym uregulowania należności podwykonawcom wskazanym w porozumieniu.

Wobec zmiany lidera konsorcjum w dniu 4 maja 2011 roku przedstawiciel Spółki (...) przejął obowiązki kierownika budowy i Spółka ta od dnia 4 maja 2011 roku prowadziła wszelkie dalsze prace na budowie. Prace na budowie wykonywane były do sierpnia 2012 roku i po ich przejściu przez Spółkę (...) ograniczały się głównie do wykonywania robót porządkowych, wykończeniowych i gromadzenia dokumentów niezbędnych do odbioru inwestycji.

Pismem z dnia 13 maja 2011 roku powód zwrócił się z prośbą do Spółki (...) o dokonanie inspekcji telewizyjnej kanału sanitarnego w ulicy (...) na odcinku od S32 do S28, a w dniu 16 maja 2011 roku sporządzony został protokół przeprowadzenia inspekcji telewizyjnej oraz sporządzono protokół z przekazania dokumentów, który podpisał przedstawiciel Spółki (...). Protokół taki sporządza się po wykonaniu całości robót.

W maju 2011 roku sporządzony został protokół odbioru robót podwykonawców nr 2 za okres od dnia 28 lutego do dnia 18 maja 2011 roku, przy udziale przedstawicieli firmy powoda i Spółki (...). Na podstawie przedmiotowego protokołu odebrano budowę kanalizacji sanitarnej, deszczowej na ulicy (...), której wartość określono na kwotę 268.167,02 złotych netto, zgodnie z zestawieniem wykonanych robót, przy czym do potrącenia wskazana została kwota 120.741,69 złotych stanowiąca wartość przekazanych materiałów, która została ustalona w zestawieniu przekazanych materiałów dla podwykonawców z dnia 18 maja 2011 roku sporządzonym przez Spółkę (...).

W dniu 18 maja 2011 roku powód wystawił na obciążającą Spółkę (...) kolejną fakturę VAT nr (...) na kwotę 329.845,43 złotych brutto, płatną do dnia 17 czerwca 2011 roku, za wykonanie w ramach umowy kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z przyłączami w ulicy (...).

Wykonywanie prac budowlanych powód zakończył w maju 2011 roku.

W dniu 8 czerwca 2011 roku sporządzony został protokół odbioru częściowego robót budowlanych wykonanych na podstawie umowy z dnia 13 sierpnia 2010 roku zawartej pomiędzy Spółką (...), a konsorcjum Spółek (...), w którym stwierdzono 102 dniowe opóźnienie w wykonaniu II etapu robót.

Spółka (...) wystawiła obciążające inwestora - Spółkę (...) dwie faktury VAT za wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej, deszczowej i wodociągu w Osiedlu (...) z dnia 30 czerwca 2011 roku na kwotę 2.457.301,49 złotych brutto i nr (...) na kwotę 249.346,46 złotych. Faktury te zostały zapłacone przez Spółkę (...) w dniu 28 lipca 2011 roku, przy czym od pierwszej z nich Spółka (...) potrąciła sobie kwotę wynikającą z noty nr 2/JRP/2011 i do zapłaty pozostała kwota 1.674.268,91 złotych.

W dniu 22 czerwca 2011 roku powód wezwał Spółkę (...) do zapłaty kwoty 329.845,43 złotych objętej fakturą nr (...) w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania.

W dniu 5 grudnia 2011 roku powód wezwał wszystkich pozwanych do solidarnej i dobrowolnej zapłaty kwoty 409.906,60 złotych wraz z ustawowymi odsetkami tytułem należnego mu na podstawie umowy z dnia 30 grudnia 2010 roku zawartej ze Spółką (...).

W dniu 25 maja 2012 roku powód, wskazując jako podstawę żądania art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., wezwał inwestora - Zakład (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. do zapłaty tytułem wynagrodzenia za wykonane prace na podstawie umowy ze Spółką (...) kwoty 409.906,60 złotych wraz z ustawowymi odsetkami: od kwoty 72.681,17 złotych od dnia 1 kwietnia 2011 roku do dnia zapłaty, od kwoty 7.380,00 złotych od dnia 1 kwietnia 2011 roku do dnia zapłaty, od kwoty 329.845,43 złotych od dnia 18 czerwca 2011 roku do dnia zapłaty - w terminie 14 dni od daty doręczenia pisma, pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego.

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd Okręgowy w Łodzi uznał za bezsporne, iż powód wykonał prace budowlane w postaci kanalizacji sanitarnej i deszczowej w B., objęte umową zawartą ze Spółką (...), a także roboty dodatkowe w postaci studni, a za zrealizowane prace nie otrzymał wynagrodzenia dochodzonego w niniejszym postępowaniu.

(...) -Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. w dniu 30 grudnia 2010 roku zawarła z powodem umowę na wykonanie oznaczonych jedynie we własnym imieniu, gdyż z jej treści nie wynika, by umowa była zawierana także w imieniu drugiego konsorcjanta Spółki (...), co wyłącza solidarną odpowiedzialność tego ostatniego przedsiębiorcy za zobowiązania wynikające z umowy z dnia 30 grudnia 2010 roku. Sąd I instancji przyjął także, iż to Spółka (...) w imieniu własnym zleciła powodowi wykonanie robót dodatkowych (studni). Powód bowiem w toku postępowania nie wykazał, aby prace te były zlecone również w imieniu Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w P. do czego był obowiązany na mocy art. 6 k.c. Potwierdza to także treść porozumienia zawartego w dniu 29 kwietnia 2011 roku między Spółką (...) i Spółką (...), w którym powód nie został wskazany jako wykonawca, któremu Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w P. winna zapłacić wynagrodzenie za wykonane prace. Także z umowy konsorcjum zawartej między Spółką (...) i Spółką (...) nie wynika solidarna odpowiedzialność pozwanego Spółki (...) w stosunku do powoda, jako podwykonawcy.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uznał, że Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w P. nie ponosi solidarnej odpowiedzialności ze Spółką (...) za zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace przez powoda objęte pisemną umową zawartą wyłącznie z tym ostatnim przedsiębiorcą, jak i za roboty dodatkowe. Umowa konsorcjum jest umową zawieraną przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Nie budzi wątpliwości możliwość wspólnego ubiegania się przez konsorcjantów o udzielenie zamówienia publicznego. Celem utworzenia konsorcjum jest często uzyskanie zamówienia publicznego, a solidarna odpowiedzialność konsorcjantów wobec inwestora wynika wprost z treści art. 141 u.p.z.p. Umowa zawierana w celu wykonania zamówienia publicznego zwykle charakteryzuje się dużym stopniem skomplikowania. To zazwyczaj skłania konsorcjantów do zawierania umów z podwykonawcami. Za realizację umów podwykonawczych każdy z konsorcjantów odpowiada wobec inwestora (a nie podwykonawcy), nawet jeśli tylko niektórzy z nich zawrą umowy podwykonawcze, bowiem ich odpowiedzialność jest solidarna.

Stosownie do treści art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c., w umowie o roboty budowlane zawartej między inwestorem, a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. 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 (§ 2). Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (§ 5). Przepis art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c. nakłada obowiązek ustalenia rzeczowego zakresu robót ze wskazaniem, jakie indywidualnie określone roboty będą wykonywane przez wykonawcę osobiście lub przez podwykonawców. Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., inwestor wyraża zgodę na zawarcie przez wykonawcę umowy

z podwykonawcą. Chodzi tutaj zarówno o osobę podwykonawcy, jak i o zakres konkretnych robót, jakie mają mu być powierzone.

Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą, która rodzi solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, może być wyrażona wprost albo w sposób milczący (bierny), którego warunki zostały określone w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. drugie k.c. lub w sposób dorozumiany – art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. pierwsze k.c. Zgoda inwestora warunkuje jedynie jego solidarną odpowiedzialność z generalnym wykonawcą za zobowiązania z tytułu wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Dla skuteczności zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o wykonanie zadań wchodzących w zakres umowy o roboty budowlane konieczne jest przedstawienie mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu oraz odpowiedniej dokumentacji

W ocenie Sądu I instancji w świetle materiału dowodowego sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że pozwany inwestor wyraził wprost zgodę na wykonanie przez powoda robót objętych umową podstawową. W ocenie Sądu, nie zachodziły też przesłanki z art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c. do przyjęcia, że Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. wyraziła zgodę na realizację robót objętych umową podstawową przez powoda w sposób milczący. Warunkiem bowiem skuteczności wyrażenia zgody w taki sposób jest dostarczenie inwestorowi umowy lub jej projektu wraz z dokumentacją. W niniejszej sprawie pozwany Zakład (...) otrzymał wprawdzie umowę nr (...) zawartą między powodem, a Spółką (...), jednakże powód nie wykazał, aby przedstawił inwestorowi także dokumentację, według której realizował roboty. Inwestor jednak w ocenie Sądu Okręgowego wyraził zgodę na wykonanie robót przez powoda objętych umową podstawową w sposób dorozumiany czynny (art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 1 k.c.). Zgoda inwestora wyrażona w sposób dorozumiany czynny na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, są znane inwestorowi albo z którymi miał możliwość zapoznania się. Inwestor nie musi znać treści całej umowy lub jej projektu, jednakże skoro ponosi on solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.), która ma charakter ustawowej solidarnej odpowiedzialności gwarancyjnej za cudzy dług, a sam inwestor jest poręczycielem gwarancyjnym wykonawcy, to warunkiem tej odpowiedzialności jest to, aby znał lub miał możliwość poznania tych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności, a zatem te, które decydują o wysokości wynagrodzenia podwykonawcy. Czynna zgoda inwestora wyrażona również konkludentnie na zawarcie umowy z podwykonawcą będzie mogła być uznana za skuteczną tylko wówczas, jeżeli ma on wiedzę o istotnych elementach tej umowy, tzn. o przedmiocie prac, jakie ma wykonać podwykonawca oraz o przysługującym mu wynagrodzeniu. Te elementy kreują bowiem zakres jego solidarnej odpowiedzialności. W niniejszej sprawie w piśmie z dnia 6 kwietnia 2011 roku powód poinformował inwestora o przedmiocie robót objętych umową zawartą ze Spółką (...) oraz o wysokości wynagrodzenia za te prace, a powiadomienie nastąpiło w trakcie realizacji prac, które były wykonywane do maja 2011 roku. Podnieść należy, że inwestor został powiadomiony przez powoda o przedmiocie wykonanych robót i wysokości wynagrodzenia w trakcie realizacji tych robót.

W tym stanie rzeczy Sąd I instancji uznał, iż w zakresie prac objętych umową z dnia 30 grudnia 2010 roku inwestor ponosi solidarną odpowiedzialność z (...) -Budownictwo spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. za zapłatę wynagrodzenia należnego powodowi. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawała okoliczność, iż inwestor zapłacił Spółce (...) wynagrodzenie za roboty. Zapłata wykonawcy wynagrodzenia nie wyłącza bowiem odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Z kolei w zakresie robót dodatkowych (studni o wartości 7.380,00 zł) Sąd Okręgowy przyjął, że inwestor nie wyraził zgody na wykonanie tych prac przez powoda. Powód bowiem nie wykazał stosownie do dyspozycji art. 6 k.c. aby inwestor był powiadomiony o wykonywaniu robót dodatkowych oraz aby wyraził zgodę na ich wykonywanie w jakikolwiek sposób.

W oparciu o powyższe ustalenia, Sąd Okręgowy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. zasądził od Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. na rzecz powoda kwotę 402.526,60 złotych (409.906,60 złotych

– 7.380,00 złotych) tytułem wynagrodzenia za wykonane prace objęte umową z dnia 30 grudnia 2010 roku. W pozostałym zakresie, a zatem co do kwoty 7.380,00 złotych tytułem wynagrodzenia za prace dodatkowe powództwo wobec inwestora zostało oddalone.

Wobec uznania, iż Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. nie ponosi solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia powodowi za wykonane prace, Sąd I instancji oddalił powództwo w stosunku do tego przedsiębiorcy, a wobec oddalenia powództwa wobec tego pozwanego, bezprzedmiotowym był zgłoszony przez Spółkę (...) zarzut potrącenia kwoty 120.741,69 złotych tytułem zapłaty za dostarczone powodowi materiały budowlane.

Sąd Okręgowy nie znalazł także podstaw do obniżenia wynagrodzenia, jakie przysługiwało powodowi za wykonane prace o 5% kaucji gwarancyjnej, ponieważ zabezpieczenie prawidłowego wykonania robót stanowiła gwarancja ubezpieczeniowa, a nie kaucja gwarancyjna

O odsetkach ustawowych Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 481 k.c. przyjmując, że pozwany inwestor pozostawał w opóźnieniu z zapłatą wynagrodzenia powodowi liczoną od wezwania do zapłaty z dnia 25 maja 2012 roku zakreślającym 14 dniowy termin od dnia 17 czerwca 2012 roku. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności inwestora ograniczony jest bowiem zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. do wynagrodzenia należnego wykonawcy – należności głównej, nie obejmuje zaś odpowiedzialności za terminowe dokonanie zapłaty przez wykonawcę odsetek za opóźnienie powstałych po stronie wykonawcy. Zobowiązanie inwestora wobec podwykonawcy do zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę co do zasady ma charakter bezterminowy (art. 455 k.c.). Co za tym idzie termin jego spełnienia przez inwestora wyznacza skierowane do niego wezwanie do zapłaty. Skutkowało to oddaleniem powództwa w zakresie odsetek za opóźnienie w zapłacie za okres wcześniejszy.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. zasądzając od Zakład (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. na rzecz powoda kwotę 7.200,00 złotych tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika procesowego, o wysokości których orzeczono na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.) oraz zasądzając na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. od powoda na rzecz pozwanego Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. kwotę 7.217,00 złotych tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika procesowego, o wysokości których orzeczono na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 ze zm.).

Ponadto na podstawie art. 113 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.), Sąd Okręgowy nakazał ściągnąć od Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 20.496,00 złotych tytułem opłaty sądowej od pozwu, od uiszczenia której powód był zwolniony.

Na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Sąd Okręgowy orzekł o solidarnej odpowiedzialności Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. (inwestor) w zakresie zasądzonym w punkcie 1 i 3 wyroku z (...) -Budownictwo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (wykonawca).

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 3 września 2014 roku apelacjami zaskarżyli obaj pozwani.

Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. zaskarżyła orzeczenie w części, to jest w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w punktach 1, 3, 5 i 6 wyroku zarzucając mu:

a) naruszenie art. 6 k.c. w związku z art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że powód udowodnił, iż pozwany inwestor miał wiedzę lub mógł posiadać wiedzę o realizacji robót przez powoda w charakterze podwykonawcy, przed rozpoczęciem lub w trakcie ich realizacji, na przedmiotowej inwestycji, w tym również wiedzę co



do całkowitej wartości należności przysługujących powodowi oraz zakresu robót do jakich wykonania był zobowiązany z tytułu umowy, jaka łączyła go ze Spółką (...), a tym samym, że pozwany inwestor wyraził zgodę w sposób dorozumiany na wykonanie prac przez podwykonawcę, mimo iż przedmiotowa okoliczność nie wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a ma bezpośredni wpływ na przyjęcie przez Sąd solidarnej odpowiedzialności pozwanej;

b) naruszenie prawa materialnego to jest art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 1 k.c. poprzez błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, że dla odpowiedzialności inwestora (pозwanego) w trybie tego przepisu, jest prawnie irrelevantny czas, w którym następuje przedstawienie inwestorowi umowy i innych dokumentów dotyczących zgłaszanego przez podwykonawcę roszczenia;

c) naruszenie prawa materialnego to jest art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. poprzez błędną ich wykładnię polegającą na przyjęciu, iż w rozważanej sprawie doszło do wyrażenia przez pozwanego inwestora zgody w formie dorozumianej czynnej na realizację inwestycji przez powoda w sytuacji gdy pozwany inwestor mógł powziąć informację o istnieniu powoda oraz wykonywanych przez niego pracach najwcześniej w dniu 6 kwietnia 2011 roku (pismo powoda do pozwanego), przypadającym w zasadzie już po zakończeniu prac podwykonawczych inwestycji zleconej do wykonania powodowi przy jednoczesnym wyraźnym sprzeciwie pozwanego wyrażonym w piśmie z dnia 11 kwietnia 2011 roku, a tym samym błędne przyjęcie przez Sąd, że pozwana mogła odpowiadać wobec powoda za zobowiązania głównego wykonawcy na zasadach odpowiedzialności solidarnej;

d) naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik sprawy to jest naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegającej na braku wszechstronnego racjonalnego i zgodnego z zasadami doświadczenia życiowego rozważenia całości zebranego materiału dowodowego w sprawie przejawiające się w postaci:

- pominięcia okoliczności mającej istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy to jest zachowania powoda, który na własne ryzyko podjął się prac budowlanych bez wymaganej zgody inwestora oraz ukrywał warunki umowy podwykonawczej, a w związku z tym nadużywał uprawnień z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.,

- wyprowadzenie z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wniosków sprzecznych z tym materiałem dowodowym poprzez przyjęcie, że pozwany inwestor wyraził zgodę na wykonywanie robót przez powoda w sposób dorozumiany czynny, podczas gdy prawidłowa wykładnia treści pisma pozwanego z dnia 11 kwietnia 2011 roku jednoznacznie przesądza, iż intencją pozwanego było sprzeciwienie się podwykonawstwu powoda,

- przyjęcia, że powód zakończył wykonywanie prac w maju 2011 roku na podstawie informacji zawartej w protokole odbioru z dnia 18 maja 2011 roku i zgłoszenia do kamerowania z dnia 13 maja 2011 roku, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wskazuje, że powód zakończył faktycznie wykonywanie robót już na początku kwietnia 2011 roku (brak materiałów do prowadzenia robót w dalszym zakresie),

- bezpodstawnej odmowy dania wiary zeznaniom zgłoszonego przez powoda świadka M. B., w zakresie w jakim ten twierdził, że firma powoda skończyła wykonywanie prac na przedmiotowej budowie, gdy przejmowała ją Spółka (...) i bezkrytycznym daniu wiary zeznaniom powoda, w sytuacji w której nie znajdują one potwierdzenia w świetle innych dowodów zebranych w sprawie przy jednoczesnym braku wyjaśnienia w motywach uzasadnienia przesłanek, jakimi Sąd się kierował przy ocenie wiarygodności tych dowodów,

- oparcie ustaleń w zakresie wysokości wierzytelności przysługującej powodowi wyłącznie na wystawionych przez powoda fakturach VAT, w tym fakturze VAT nr (...) z dnia 18 maja 2011 roku przy jednoczesnym pominięciu innych dowodów wskazujących na skuteczne potrącenie umowne dokonane przez pozwaną Spółkę (...) dokonane już w maju 2011 roku, w tym w szczególności zeznań przedstawiciela (...) świadka S. W. (e-protokół rozprawy z dnia 9 stycznia 2014 roku czas nagrania 01.05.21 - 01.12.52), jaki i załączonych do sprzeciwu spółki (...) dokumentów w postaci kompletnego protokołu odbioru robót podwykonawców nr (...) z dnia 18 maja 2011 roku oraz zestawienia przekazanych materiałów dla podwykonawcy nr 2 z dnia 18 maja 2011 roku wskazujących jednoznacznie, że spółka (...) złożyła w dniu 18 maja 2011 roku skuteczne, zaakceptowane przez powoda oświadczenie o potrąceniu wierzytelności

z tytułu dostarczonych powodowi materiałów budowlanych, co winno zostać uwzględnione przez powoda w treści w/w faktury VAT nr (...) z dnia 18 maja 2011 roku poprzez pomniejszenie o potrąconą wierzytelność w kwocie 120.741,69 zł.

- przyjęcia, że powód wykazał, że jest podwykonawcą umów o roboty budowlane, podczas gdy z zebranego materiału dowodowego wynika, że pozwany inwestor nie wiedział o fakcie wykonywania prac przez powoda, nie akceptował jego obecności na terenie budowy, nie brał również udziału w odbiorach robót dokonanych przez powoda, co znajduje wprost odzwierciedlenie w zeznaniach świadków R. B. i M. M. oraz w dowodach w postaci dokumentów, takich jak: dziennik budowy, protokoły odbioru prac, rozliczenie rzeczowo-finansowe - w których to nie ma nawet wzmianki o obecności powoda przy realizacji przedmiotowej inwestycji.

e) naruszenie przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania faktycznej podstawy rozstrzygnięcia oraz faktów, które uznał za udowodnione, niewyjaśnienie na jakich dowodach Sąd się oparł, przyjmując, iż pozwany wyraził zgodę na podwykonawstwo w sposób dorozumiany (poza jednym pismem powoda z dnia 6 kwietnia 2011 roku złożonym po zakończeniu prac). Ponadto Sąd nie wskazał dlaczego istotnym dowodem dla rozstrzygnięcia sprawy nie dał wiary bądź je zupełnie pominął (zeznania M. M., R. B., M. B.), a który odmówił wiarygodności i mocy dowodowej i dlaczego.

W oparciu o powyższe zarzuty Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. wniosła o zamianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa wobec tego przedsiębiorcy oraz zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Łodzi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia, a w tym także o kosztach postępowania za obie instancje.

Z kolei Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K., wobec której powództwo zostało oddalone, zaskarżyła wyrok z dnia 3 września 2014 roku w części dotyczącej pozwanego Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. to jest w zakresie rozstrzygnięcia zawartego w punktach 1, 3, 5 i 6 wyroku podnosząc:

1) zarzut braku ustaleń faktycznych:

- co do rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez powoda, a objętych protokołem odbioru robót podwykonawców nr (...) z dnia 18 maja 2011 roku z którego wynika, że powód nie wykonał zarówno kanalizacji deszczowej jak i sanitarnej, odtworzenia nawierzchni, czyli robót o wartości 60.000,00 złotych netto, i które wbrew twierdzeniom powoda nie mogły zostać wykonane w kwietniu i maju 2011 roku z powodu niedostarczenia przez pozwanego (...) - Budownictwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. potrzebnych do tego materiałów, a które to ustalenie jest niezbędne dla określenia czasu w którym powód zakończył faktycznie wykonywanie robót,

- co do ustalenia, czy w zakresie robót określonych w umowie z dnia 30 grudnia 2010 roku zawartej pomiędzy powodem, a (...) - Budownictwo spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. była zawarta inspekcja telewizyjna, a które to ustalenie jest niezbędne dla określenia czasu, w którym powód zakończył wykonywanie robót.

2) zarzut naruszenia prawa procesowego to jest naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na wynik sprawy to jest art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków sprzecznych ze zgromadzonym materiałem dowodowym poprzez:

- przyjęcie, że Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. jako inwestor wyraził zgodę na wykonywanie robót przez powoda w sposób dorozumiany czynny, podczas gdy prawidłowa wykładnia treści pisma tego pozwanego z dnia 11 kwietnia 2011 roku jednoznacznie przesądza, iż jego intencją było sprzeciwienie się podwykonawstwu powoda,

- przyjęcie, że powód zakończył wykonywanie prac w maju 2011 roku na podstawie informacji zawartej w protokole odbioru z dnia 18 maja 2011 roku i zgłoszenia do "kamerowania" z dnia 13 maja 2013 roku podczas, gdy prawidłowa ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wskazuje, że powód zakończył faktycznie wykonywanie robót już na początku kwietnia 2011 roku (brak materiałów do prowadzenia prac w dalszym okresie) ,

- bezpodstawnej odmowie dania wiary zeznaniom zgłoszonego przez powoda świadka M. B., w zakresie w jakim ten twierdził, że firma powoda skończyła wykonywanie prac na przedmiotowej budowie, gdy przejmowała ją Spółka (...) i bezkrytycznym daniu wiary zeznaniom powoda, w sytuacji w której nie znajdują one potwierdzenia w świetle innych dowodów zebranych w sprawie przy jednoczesnym braku wyjaśnienia w motywach uzasadnienia przesłanek, jakimi Sąd się kierował przy ocenie wiarygodności tych dowodów,

- oparcie ustaleń w zakresie wysokości wierzytelności przysługującej powodowi wyłącznie na wystawionych przez powoda fakturach VAT, w tym fakturze VAT nr (...) z dnia 18 maja 2011 roku przy jednoczesnym pominięciu innych dowodów wskazujących na skuteczne potrącenie umowne dokonane przez pozwaną Spółkę (...) dokonane już w maju 2011 roku, w tym w szczególności zeznań przedstawiciela (...) świadka S. W. (e-protokół rozprawy z dnia 9 stycznia 2014 roku czas nagrania 01.05.21 - 01.12.52), jaki i załączonych do sprzeciwu spółki (...) dokumentów w postaci kompletnego protokołu odbioru robót podwykonawców nr (...) z dnia 18 maja 2011 roku oraz zestawienia przekazanych materiałów dla podwykonawcy nr 2 z dnia 18 maja 2011 roku wskazujących jednoznacznie, że spółka (...) złożyła w dniu 18 maja 2011 roku skuteczne, zaakceptowane przez powoda oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu dostarczonych powodowi materiałów budowlanych, co winno zostać uwzględnione przez powoda w treści w/w faktury VAT nr (...) z dnia 18 maja 2011 roku poprzez pomniejszenie o potrąconą wierzytelność w kwocie 120.741,69 zł.

3) zarzut naruszenia prawa materialnego to jest przepisu art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 1 k.c. poprzez błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, że dla odpowiedzialności inwestora w trybie tego przepisu jest prawnie irrelevantny czas, w którym następuje przedstawienie inwestorowi umowy oraz innych dokumentów dotyczących zgłaszanego przez podwykonawcę roszczenia.

W oparciu o powyższe zarzuty Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. wniosła o zamianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa wobec Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. oraz zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje na rzecz Spółki (...), ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Łodzi do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia, a w tym także o kosztach postępowania za obie instancje.

Powód wniósł o oddalenie obu apelacji oraz zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego wskazując w odniesieniu do apelacji Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K., iż treść wydanego w sprawie wyroku jest w odniesieniu do tego pozwanego zgodna z wnioskami zawartymi w sprzeciwie od wydanego w postępowaniu upominawczym nakazu zapłaty, gdyż ostatecznie powództwo w całości zostało oddalone wobec Spółki (...).

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacje jako nieuzasadnione podlegały oddaleniu.

Faktycznie obie apelacje formułują analogiczne zarzuty, a nawet zawierają identyczne co do słowa fragmenty, to jednak zważyć należy, iż apelacja Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. dotyczy rozstrzygnięcia bezpośrednio niekorzystnego dla tego przedsiębiorcy, zaś apelacja Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. nie dotyczy rozstrzygnięcia dokonanego wobec tej Spółki, które jest zgodne z jej stanowiskiem procesowym, ale została wniesiona na korzyść inwestora. Z uwagi na istnienie odrębnych podstaw oddalenia środka odwoławczego każdego z wyżej wskazanych pozwanych w niniejszym uzasadnieniu odrębnie przedstawiono rozważania dotyczące apelacji złożonej przez inwestora i odrębnie dla apelacji wniesionej przez Przedsiębiorstwo (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w K..

#### **I. Apelacja Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B.**

W ocenie Sądu Apelacyjnego, wbrew zarzutom apelacji dotyczącym naruszenia art. 233 k.p.c. zaskarżone rozstrzygnięcie oparte zostało na logicznej i zgodnej z zasadami prawidłowego rozumowania ocenie zgromadzonego materiału dowodowego. Wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy kwestie i dowody znalazły wyraz w toku postępowania sądowego, a trafność ich oceny dokonanej przez Sąd pierwszej instancji nie może budzić wątpliwości.

Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, zarzut wybiórczej oceny i braku wszechstronnego rozpoznania materiału dowodowego zebranego w sprawie należy uznać za całkowicie chybiony, albowiem Sąd Okręgowy w pisemnym uzasadnieniu poddał analizie zebrany w sprawie materiał dowodowy, a ocena tego materiału dowodowego mieści się – w ocenie Sądu Apelacyjnego – w ramach swobodnej oceny dowodów w myśl art. 233 k.p.c. Formułowane zarzuty, stanowią w istocie, polemikę z oceną dokonaną przez Sąd I instancji, który ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Okoliczność zaś, że określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego, nie oznacza w żaden sposób naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można było wywieść wnioski inne niż przyjęte przez Sąd I instancji nie dochodzi do naruszenia wskazanego przepisu. Analiza zgromadzonego materiału dowodowego dokonywana jest bowiem na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których Sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2010 roku, II UK 154/09, Lex nr 583803). Dodatkowo należy zauważyć, iż w granicach swobodnej oceny dowodów sąd zobowiązany jest do przeprowadzenia selekcji dowodów, a zatem dokonania wyboru tych, na których się oparł i ewentualnego odrzucenia innych, którym odmówił wiarygodności. Ponadto, jeżeli z określonego materiału dowodowego Sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, chociażby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Wskazany w apelacji zarzut obraży art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów, gdyż 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.

Uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia wskazuje bowiem wprost, iż inwestor nie był informowany przez (...) - Budownictwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. o wykonywaniu robót przez powoda, choć z mocy § 4 ust. 3 umowy z dnia 13 sierpnia 2010 roku na konsorcjum ciążył szczegółowo uregulowany obowiązek i tryb zawierania umów z podwykonawcami. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem po pierwsze umowa z powodem nie została zawarta przez konsorcjum, a po drugie naruszenie przedmiotowego zapisu umownego nie wyłącza stosowania wobec inwestora art. 647<sup>1</sup> k.c., co zostanie wykazane w dalszej części uzasadnienia.

Nie do przyjęcia jest także twierdzenie apelującego wywodzone jedynie z treści zeznań świadka M. B., jakoby prace powoda zostały zakończone na początku kwietnia 2011 roku, a nie jak ustalił Sąd I instancji w maju 2011 roku. Po pierwsze przeczą temu zapisy dokonane w dzienniku budowy przez działającego w imieniu inwestora inspektora nadzoru P. K. w dniu 4 maja 2011 roku informujący o trwaniu robót oraz w dniu 11 maja 2011 roku w którym stwierdzono, że dopiero w tym dniu nastąpiło zakończenie robót przy układaniu kanalizacji sanitarnej i deszczowej na ulicy (...) na odcinku od ulicy (...) do punktu S28. Po drugie dopiero w dniu 13 maja 2011 roku powód wystąpił o wykonanie inspekcji telewizyjnej kanału sanitarnego na ulicy (...) od punktu S32 do S28, której wyniki zostały przekazane protokolarnie w dniu 16 maja 2011 roku. Po trzecie, dopiero po przeprowadzonej inspekcji telewizyjnej, którą wykonuje się po zakończeniu całości prac, Spółka (...) i powód sporządzili protokół odbioru robót z którego treści wynika jednoznacznie, iż przedmiotem odbioru są prace wykonywane przez powoda w okresie od dnia 28 lutego 2011 roku do dnia 18 maja 2011 roku. Okoliczności te znajdują potwierdzenie także w zeznaniach świadków J. K., M. M., S. W., M. C.. Racjonalnie oceniając powyższy materiał dowodowy Sąd I instancji nie mógł oprzeć się jedynie na twierdzeniach świadka M. B. i uznać, że powód zakończył prace na początku kwietnia 2011 roku, czego domaga się skarżący.

Nie znajduje także uzasadnienia twierdzenie apelacji, iż inwestor nie miał jakiegokolwiek wiedzy o wykonywaniu prac budowlanych przez przedsiębiorstwo powoda przy wykonywaniu kanalizacji Osiedla (...) i nie akceptował jego obecności na terenie budowy. W treści odpowiedzi na apelację pełnomocnik powoda przytoczył dosłownie odpowiedzi

świadków M. M., S. W. i J. K. z których wynika jednoznacznie, iż inwestor wiedział o pracach powoda, a z pewnością taką wiedzę posiadali powołani przez niego inspektorzy nadzoru. W procesie budowlanym osiągnięcie rezultatu w postaci wykonania określonych robót, w szczególności oddania obiektu, jest zobowiązaniem projektanta i wykonawcy. Inspektor nadzoru ma natomiast czuwać nad prawidłowym wykonaniem tych robót. Nienależyte wykonywanie czynności przez inspektora to zaniedbania, które prowadzą do nieujawnienia w toku wykonawstwa wad, czego dalszym następstwem będzie nieusunięcie ich przez wykonawcę, ale także brak bieżącego informowania inwestora o istotnych zdarzeniach zachodzących w procesie budowlanym. Inspektor musi zatem znać treść umowy o wykonawstwo robót budowlanych, a skoro po ujawnieniu podwykonawcy realizującego prace bez zgody inwestora nie informuje o tym fakcie podmiotu który go powołał, inwestor nie może powoływać się na brak wiedzy o tak realizowanych pracach. Ponadto bezspornym jest, iż powód pismem z dnia 6 kwietnia 2011 roku skierowanym do Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., informował, iż jest podwykonawcą Spółki (...) i do pisma załączył odpis umowy z tą Spółką z dnia 30 grudnia 2010 roku.

Całkowicie niezrozumiałą jest także zarzut braku uwzględnienia potrącenia dokonanego z przez (...) - Budownictwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. z należnościami powoda na które miał wskazywać w swych zeznaniach świadek S. W.. Zgodnie z art. 498 § 1 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Do potrącenia nie dochodzi automatycznie przez to, że istnieją wzajemne wierzytelności nadające się do potrącenia, ale konieczne jest oświadczenie, że korzysta się z potrącenia (patrz: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2000 r., I CKN 398/98, Lex nr 50856). W tym miejscu należy przypomnieć, iż wydany w niniejszym postępowaniu nakaz zapłaty z dnia 28 grudnia 2012 roku uprawomocnił się wobec (...) - Budownictwo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., która pomimo skutecznego doręczenia powyższego orzeczenia nie wniosła sprzeciwu w trybie art. 503 k.p.c. Skorzystanie z potrącenia nie jest obowiązkiem, lecz uprawnieniem i jego realizacja w każdym przypadku zależy od woli podmiotu zainteresowanego (patrz: L. Stecki (w:) J. Winiarz, Komentarz, t. I, 1989, s. 514; M. Pyziak-Szafnicka (w:) System prawa prywatnego, t. 6, s. 1131 i n.; G. Sikorski (w:) J. Ciszewski, Komentarz, 2013, s. 888). Skoro zatem (...) - Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. nie podjęła w niniejszym postępowaniu żadnych czynności procesowych inni pozwani nie mogą powoływać się na potrącenie, gdyż potencjalna wierzytelność Spółki (...), która mogła zostać potrącona przysługiwała niepodzielnie tylko temu podmiotowi, gdyż wynikała z umowy zawartej z powodem w dniu 30 grudnia 2010 roku. Oczywistym jest, iż (...) - Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. może powoływać się na takie potrącenie w postępowaniu egzekucyjnym i być może z tego względu nie podjęła obrony w niniejszym postępowaniu.

Całkowicie bezzasadnym jest zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Powołany przepis stanowi o wymogach jakie ma spełniać uzasadnienie wyroku, wskazując jego konieczne elementy. Stąd naruszyć ten przepis sąd może wyłącznie przez pominięcie jednego z tych koniecznych elementów, w szczególności, w odniesieniu do ustaleń faktycznych i oceny dowodów przez niewskazanie podstaw faktycznych rozstrzygnięcia, a zatem nieustalenie faktów, które uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Podkreślenia wymaga, iż wbrew twierdzeniom skarżącego, uzasadnienie wyroku z dnia 3 września 2014 roku zawiera rozważania dotyczące oceny zgromadzonego materiału dowodowego i szczegółowo przytacza dowody które stanowiły podstawę dokonania ustaleń faktycznych. Apelujący nie wskazuje na żaden tego rodzaju brak w uzasadnieniu wyroku, a jedynie na zachodzącą w jego przekonaniu sprzeczność w argumentacji sądu dotyczącej oceny dowodów i w rezultacie ustaleń faktycznych. Takie uchybienie, nawet gdyby rzeczywiście zachodziło, nie stanowiłoby naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., ale ewentualnie art. 233 § 1 k.p.c., co stanowiło przedmiot wyżej przeprowadzonych rozważań Sądu Apelacyjnego.

Inwestor we wniesionej apelacji zarzucił rozstrzygnięciu obrazę enumeratywnie wskazanych przepisów prawa materialnego polegającą na orzeczeniu solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą, mimo iż nie zostały

spełnione przesłanki tej odpowiedzialności, a w szczególności inwestor nie wyraził zgody na zawarcie umowy podwykonawczej przez powódkę i Spółkę (...) oraz nie miał wiedzy o wykonywaniu prac przez powoda.

Analizując powyższe zarzuty Sąd Apelacyjny przyjmuje, iż z treści regulacji zawartej w art. 647<sup>1</sup> k.c. wynika, że zakres robót powierzonych podwykonawcy musi wynikać z umowy zawartej przez wykonawcę z inwestorem, zawarcie umowy z podwykonawcą wymaga zgody inwestora, umowy z podwykonawcą i dalszym podwykonawcą wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności, zaś odpowiedzialność solidarna inwestora za zapłatę należnego podwykonawcy wynagrodzenia uzależniona jest od spełnienia przesłanek wskazanych w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., a więc wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą. Przedmiotowy przepis jest specyficzną konstrukcją prawną stworzoną na potrzeby umowy o roboty budowlane i jako regulacja szczególna wyłącza stosowanie normy ogólnej ujętej w art. 63 § 2 k.c. Art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. reguluje jedynie przesłanki konieczne do przypisania milczeniu inwestora określonego w tym przepisie znaczenia i nie ma podstaw do rozszerzania tych wymagań na wypadki, gdy zgoda inwestora jest przez niego wyrażana w sposób czynny. Wówczas bowiem, co wynika z art. 60 k.c. zgoda inwestora może być wyrażona w każdy sposób manifestujący jego wolę akceptacji umowy zawartej z podwykonawcą. W tym stanie rzeczy zgoda inwestora, wyrażona na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą w sposób dorozumiany czynny, jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi, albo z którymi miał możliwość zapoznania się ( patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2008 r. V CSK 492/07, uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r. III CZP 6/08, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r. II CSK 210/10). Przepis art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeśli wyraża on w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji w szczególności, gdy toleruje obecności podwykonawcy na placu budowy, odbiera wykonane przez niego roboty, czy dokonuje z nim innych czynności. Ustawodawca racjonalnie zatem zakłada, że jeżeli inwestor zgodę wyraża w sposób czynny, to wie co robi i zbędne są jakiś dodatkowy elementy ochrony jego statusu. W przypadku zgody czynnej (dorozumianej) nie zachodzi uzależnienie odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu umowy, czy dokumentacji wykonawczej (patrz: uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 roku, III CZP 6/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 roku, III CSK 152/10).

Prawidłowe w tej kwestii ustalenia i wywody prawne Sądu I instancji nie zostały skutecznie podważone przez Zakład (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B.. Skarżąca nie kwestionuje bowiem wiedzy powołanych przez nią inspektorów nadzoru o realizacji prac przez powoda, a także sama przyznaje, iż otrzymała pismo powoda z dnia 6 kwietnia 2011 roku do którego załączono odpis umowy z dnia 30 grudnia 2010 roku. Co więcej, w odpowiedzi na to pismo inwestor pismem z dnia 11 kwietnia 2011 roku poinformował powoda jedynie, iż wykonawca nie występował do niego o akceptację umowy z powodem, co w jego ocenie wyłącza solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia. Pismo to jednak wbrew twierdzeniom apelacji w żaden sposób nie zmierza do odsunięcia powoda od realizacji prac. Wszystkie te okoliczności świadczą wprost o wiedzy Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. o fakcie prowadzenia przez powoda prac związanych z kanalizacją na Osiedlu (...). Mając wiedzę z powyższych źródeł profesjonalny inwestor winien ustalić kto i jakie prace w obiekcie przez niego realizowanym wykonuje, a czynności tych z sobie wiadomych przyczyn Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. zaniechała. Obowiązek ten wynikał wprost z art. 355 § 2 k.c., który reguluje szczególną staranność obowiązującą przedsiębiorców w zakresie ich działalności.

Art. 647<sup>1</sup> k.c. został wprowadzony ustawą z dnia 14 lutego 2003 roku o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw /Dz. U. Nr 49, poz. 408/, która weszła w życie w dniu 24 kwietnia 2003 roku. Z zawartych w uzasadnieniu projektu tej ustawy motywów wynika, iż celem powyższej regulacji 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 właśnie przeciwdziałać ustanowienie solidarnej odpowiedzialności inwestora za zobowiązania wykonawcy z tytułu zapłaty ceny za wykonanie

robót zrealizowanych przez podwykonawcę. 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 (patrz m.in.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2011 roku, sygn. IV CSK 293/10 Lex nr 1111016).

W orzecznictwie prezentowane jest stanowisko, że „wystarczającym zabezpieczeniem interesów inwestora jest jego wiedza o przedmiocie i potrzebach realizacyjnych inwestycji, a także taka dbałość o własne interesy, jakiej można oczekiwać od przeciętnego uczestnika procesu inwestycyjnego. Aczkolwiek wykonawca nie ma obowiązku przedstawienia umowy i dokumentacji, to inwestora chroni możliwość zarówno sprzeciwu co do zawarcia umowy, jak i żądania wyjaśnień co do osoby (firmy) podwykonawcy, przedstawienia umowy lub jej projektu lub wskazania jej istotnych postanowień co do zakresu robót i wynagrodzenia. Inwestor nie musi korzystać z uprawnienia do wglądu w dokumentację albo żądania przedstawienia umowy - może z niego zrezygnować i wyrazić zgodę mimo braku wiedzy w tym zakresie” (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2014 r., V CSK 124/13; LEX nr 1428996). Skoro zatem pozwany Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B., ani nie domagała się wyjaśnień od wykonawcy dotyczących podwykonawcy o którego istnieniu wiedziała, ani też nie zgłosiła sprzeciwu przeciwko realizacji przez niego prac, prawidłowe było przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że w sposób dorozumiany inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy pomiędzy (...) - Budownictwo spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., a powodem jako podwykonawcą, co czyni apelację bezzasadną i potwierdza istnienie solidarnej odpowiedzialności inwestora opartej o art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. jako bezzasadną, zaś w oparciu o przepisy art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, zasądził od apelującego na rzecz powoda kwotę 5.400,00 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym. Wysokość przedmiotowych kosztów jest zgodna z § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

## **II. Apelacja Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K.**

Treść zaskarżonego wyroku z dnia 3 września 2014 roku wskazuje jednoznacznie, iż powództwo M. C. wobec wyżej wskazanego pozwanego zostało oddalone w całości, a nadto od powoda zasądzono na rzecz Spółki (...) kwotę 7.217,00 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Dokonane rozstrzygnięcie jest zatem zgodne ze stanowiskiem tej strony wyrażonym w sprzeciwie od wydanego w dniu 28 grudnia 2012 roku nakazu zapłaty. Apelacja Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. nie zmierza jednak do zmiany powyższego rozstrzygnięcia, lecz została wniesiona od tej części wyroku, która jest niekorzystna dla inwestora to jest Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B.. W treści przedmiotowej apelacji skarżący wywodzi, iż ma interes prawny we wniesieniu tak sformułowanego środka odwoławczego, gdyż łączy go z (...) - Budownictwo spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. umowa konsorcjum z mocy której konsorcjanci ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec inwestora, a tym samym inwestor będzie mógł ewentualnie dochodzić od Spółki (...) kwot zasądzonych w niniejszym postępowaniu.

W rozpoznawanej sprawie bezspornym jest, iż w dniu 1 czerwca 2010 roku (...) - Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. i Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. zawarły umowę konsorcjum której celem było przystąpienie do przetargu ogłoszonego przez Zakład (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. na wykonanie " (...) kanalizacji sanitarnej, deszczowej i wodociągu na Osiedlu (...) w B.". Po wygraniu przedmiotowego przetargu, tak określone konsorcjum, podpisało w dniu 13 sierpnia 2010 roku, jako wykonawca, umowę o roboty budowlane z inwestorem na mocy której miało zostać zrealizowane wyżej wskazane zadanie inwestycyjne.

Nie budzi wątpliwości, iż brak jest ustawowej definicji konsorcjum. Konsorcjum nie jest również w zasadzie elementem języka prawnego. Pojęcia tego nie używa kodeks cywilny. Nie używa go też ustawa o zamówieniach publicznych, która dla opisanego sytuacji, w której ma dojść do połączenia sił różnych podmiotów używa sformułowania iż „Wykonawcy mogą ubiegać się o zamówienie”. Umowa konsorcjum należy do umów nienazwanych i traktowana jest zarówno przez większość przedstawicieli nauki jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego jako umowa spółki prawa cywilnego, do której mają zastosowanie odpowiedni przepisy art. 860 – 875 k.c. (patrz: dr hab. Janusz A. S. „Konsorcjum budowlane wybrane zagadnienia prawne”). Spółka cywilna nie posiada podmiotowości prawnej a tym samym nie posiada zdolności sądowej. W sprawach o zasądzenie wierzytelności należącej do majątku wspólnego wspólników spółki cywilnej, po stronie czynnej (powodowej) występuje współuczestnictwo materialne konieczne, oparte na wspólności praw i obowiązków wynikających z istoty stosunku prawnego (art. 72 § 1 i § 2 k.p.c.). Zachodzi tu bowiem jednakowa sytuacja prawna tych osób ze względu na treść żądania i potrzebę rozciągnięcia skutecznej ochrony prawnej. Konsekwencją współuczestnictwa koniecznego czynnego jest istnienie łącznej legitymacji procesowej wymagającej występowania w sprawie wszystkich współuczestników (członków konsorcjum). (...) spółki cywilnej nie jest legitymowany do dochodzenia wierzytelności wchodzącej w skład majątku wspólnego wspólników spółki (patrz: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 roku, III CZP 130/10, L.). To bowiem nie wspólnik, lecz wykonawcy tworzą spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (art. 46 ust. 1 i 2 w związku z art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych /j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider konsorcjum. (patrz: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 roku V CSK 475/10, L.). Stroną w postępowaniu sądowym nie może być zatem, ani konsorcjum, ani lider tego konsorcjum, lecz podmioty wchodzące w skład konsorcjum. Nie ma natomiast takiego uprawnienia jeden z wykonawców w tym lider konsorcjum (patrz: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 roku, V CSK 475/10, L., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 roku, III CZP 25/10, L.).

Prawo zamówień publicznych w powołanym art. 23 dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia. Są oni wówczas zobligowani do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2), a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 (ust. 3). Pełnomocnikiem wykonawców może być osoba trzecia, lub lider konsorcjum. Przy czym prawo zamówień publicznych nie definiuje odrębnie „wykonawcy wielopodmiotowego”, lecz wykonawcę (art. 2 pkt. 11), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem 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 (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2011 roku, sygn. akt V CSK 475/10, L., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2010 roku, III CZP 25/10, L.).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższe uzasadnia przyjęcie, iż art. 23 Prawa zamówień publicznych przyjmuje bezwzględny łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej przykładowo w postępowaniu o zapłatę wynagrodzenia przez inwestora. Tym samym nie jeden z konsorcjantów, ale wszyscy konsorcjanci stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z umowy zawartej w wyniku postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego.

Pamiętać jednak należy, iż postępowanie w niniejszej sprawie nie dotyczy rozliczenia umowy zawartej przez konsorcjum, a umowy zawartej z powodem w dniu 30 grudnia 2010 roku przez (...) - Budownictwo spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., która działała wyłącznie w imieniu własnym, a nie w imieniu



konsorcjum. Powyższa umowa nie wywoływała jakichkolwiek bezpośrednich skutków wobec Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K., a jedynie potencjalnie na mocy art. 647<sup>1</sup> k.c. mogła rodzić odpowiedzialność inwestora.

Jak już wskazano wyżej, w sprawach o zasądzenie wierzytelności należącej do majątku wspólnego członków konsorcjum po stronie czynnej (powodowej) występuje współuczestnictwo materialne konieczne, oparte na wspólności praw i obowiązków wynikających z istoty stosunku prawnego (art. 72 § 1 i § 2 k.p.c.). Takie współuczestnictwo materialne nie występuje, gdy członkowie konsorcjum występują po stronie pozwanej, a taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Tym bardziej nie można mówić o tak rozumianym współuczestnictwie w odniesieniu do rozstrzygnięcia dotyczącego nie członka konsorcjum, a inwestora. Pomiędzy tymi podmiotami z pewnością nie zachodzi współuczestnictwo jednolite, ani materialne, co ewentualnie prowadziłyby do stosowania art. 73 § 2 k.p.c., bądź art. 363 § 3 k.p.c.

Współuczestnik sporu nie jest zatem co do zasady uprawniony do zaskarżania orzeczenia w części w jakiej orzeczenie dotyczy innego pozwanego współuczestnika i strony przeciwnej. Brak interesu prawnego w zaskarżeniu wyroku Sądu I instancji zachodzi bowiem wówczas, gdy wyrok formalnie dotyczy skarżącego, który jednak nie ma obiektywnej potrzeby zmiany lub uchylecia zaskarżonego orzeczenia. Nie istnieje bowiem różnica pomiędzy jego żądaniem, a zaskarżonym wyrokiem. Pokrzywdzenie orzeczeniem (gravamen) jest przesłanką dopuszczalności środka zaskarżenia, chyba że interes publiczny wymaga merytorycznego rozpoznania tego środka (patrz: uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 15 maja 2014 roku III CZP 88/13, Biuletyn Sądu Najwyższego 2014, Nr 5, s. 9). W kolizji z interesem publicznym pozostają orzeczenia dotknięte nieważnością, a więc z takim naruszeniem, które podważa stabilność orzeczeń sądowych. Dlatego między innymi z mocy art. 378 § 1 k.p.c. i art. 398<sup>13</sup> § 1 k.p.c. Sądy II instancji i Sąd Najwyższy w granicach zaskarżenia biorą z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania. Pokrzywdzenie orzeczeniem zachodzi zatem wówczas, gdy zaskarżone orzeczenie jest obiektywnie w sensie prawnym niekorzystne dla skarżącego, gdyż z punktu widzenia jego skutków nie uzyskał takiej ochrony prawnej, którą zamierzał osiągnąć przez odpowiednie działania w toku procesu. W niniejszej sprawie Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. żądała oddalenia powództwa i taki skutek osiągnęła. Wnosząc zatem apelację na rzecz Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. skarżący nie może legitymować się materialną przesłanką dopuszczalności wniesienia tak sformułowanej apelacji, jaką jest interes prawny. Wobec powyższej okoliczności Sąd Apelacyjny nie odniósł się do szczegółowych zarzutów skarżącego, które w istocie są tożsame z rozpoznanymi wcześniej zarzutami Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B..

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w K. jako bezzasadną, zaś w oparciu o przepisy art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, zasądził od apelującego na rzecz powoda kwotę 5.400,00 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym. Wysokość przedmiotowych kosztów jest zgodna z § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).