

Sygn. akt VI GC 441/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 maja 2017 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Marta Zalewska

Protokolant: sekretarz Agnieszka Kozłowska

po rozpoznaniu w dniu 26 maja 2017 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Spółka z o. o. w K.

przeciwko: Elektrociepłownia (...) SA w S.

o zapłatę

I. oddala powództwo,

II. zasądza od powoda (...) Spółka z o. o. w K. na rzecz pozwanego Elektrociepłownia (...) SA w S. kwotę 5.672,44zł (pięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa złote, czterdzieści cztery grosze) tytułem kosztów procesu

III. zarządza zwrot powodowi od Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w R. kwoty 2100,30zł (dwa tysiące sto złotych, trzydzieści groszy) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki

IV. zarządza zwrot pozwanemu od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w R.kwoty 344,56zł (trzysta czterdzieści cztery złote, pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki.

**Sygn. akt VI GC 441/16**

**UZASADNIENIE wyroku z dnia 26 maja 2017 r.**

Pozwem wniesionym w dniu 20.12.2016 r. skierowanym przeciwko Elektrociepłowni (...) S.A. z siedzibą w S., powód - (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. wniósł o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kwoty 36.418,12 Euro wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania według spisu kosztów.

Na uzasadnienie powyższego powód wskazał, że w dniu 26.04.2012 r. pozwany zawarł z (...) S.A. z siedzibą w S. (Hiszpania) umowę na zaprojektowanie, dostawę, wykonawstwo i uruchomienie bloku gazowo parowego w S.. W ramach tej umowy pozwany na wniosek A. wyraził zgodę na powoda jako podwykonawcę w zakresie montażu mechanicznego izolacji rurociągów i urządzeń. Powód podał, że w dniu 17.11.2014 r. A. zawarł z powodem Kontrakt, którego przedmiotem było wykonanie kompleksowych prac izolacyjnych, jak i przewidywał możliwość wykonania innych prac według dyspozycji wydanych przez A.. Powód wskazywał, że wykonywanie przez niego prac było powszechnie wiadome; odbiory prac odbywały się zazwyczaj na koniec miesiąca; protokół odbioru podpisywali przedstawiciele A. i powoda, uczestniczyli w tym także przedstawiciele pozwanego. A. miał zapłacić na rzecz powoda 20 faktur na łączną kwotę 232.324,53 Euro oraz 2.444.256,33 zł, zaś ostatnia zapłata miała miejsce w dniu 12.11.2015

r. Powód naprowadził, że w dniu 2.12.2015 r. A. poinformował pozwanego o bezspornych wymagalnych należnościach podwykonawców, kolejno o wdrożeniu procedury upadłościowej spółki grupy A. (w skład której wchodzi A.). Podał, że w dniu 15 stycznia 2016 r. M. opuścił plac budowy, po wcześniejszym otrzymaniu pisma od A. o zawieszeniu wykonywania prac realizowanych w ramach Kontraktu, a po wezwaniu A. w dniu 29.12.2015 r. do należytego wykonania umowy, z dniem 29.01.2016 r. pozwany odstąpił niej. Powód podał, iż mimo kilkakrotnych wezwań pozwanego do zapłaty, nie otrzymał spornych należności.

Powód zarzucał, że pozwany przez cały proces realizacji Inwestycji wiedział o wykonaniu przez powoda prac izolacyjnych, świadomość ta obejmować miała podmiot powoda, zakres wykonywanych prac oraz co najmniej ich przybliżoną wartość. Wynikać to miało z wyrażonej na piśmie zgody na wykonywanie prac izolacyjnych, wpisu w dzienniku budowy, tolerowaniu codziennej obecności na budowie i bezpośrednich kontaktów stron. Powód naprowadził, iż zgodnie z postanowieniami Kontraktu obowiązywał go zakaz bezpośrednich kontaktów z pozwanym bez uprzedniego pisemnego powiadomienia A. i uzyskania jego zgody, co uzasadniać miało brak przesłania Kontraktu przez powoda bezpośrednio pozwanemu.

Powód wskazał alternatywne żądanie pozwu – art. 405 k.c. (bezpodstawne wzbogacenie).

Pozwany – Elektrociepłownia (...) S.A. w S. – w odpowiedzi na pozew (k. 135) wniósł o oddalenie powództwa całości oraz o zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

W ocenie pozwanego powód nie wykazał, aby zaszyły przesłanki uzasadniające żądanie płatności na podstawie art. 647<sup>1</sup> k.c., ani na żadnej innej. Pozwany nigdy w jakiegokolwiek formie nie wyraził zgody na zaangażowanie powoda jako podwykonawcy robót budowlanych, nadto powód nie wykazał, że prace zostały odebrane zgodnie z umową podwykonawczą (nie przedstawił oświadczeń o ukończeniu etapu) ani, iż wystawił fakturę zawierającą wszystkie wymagane dane i załączniki. Pozwany zarzucał, że powód nie został wymieniony jako zaakceptowany podwykonawca w załączniku nr 11 do umowy. Pozwany przytaczał postanowienia Kontraktu dotyczące wyrażania zgody na podwykonawcę i warunki uzyskania takiej zgody w tym: przedłożenie projektu umowy (oraz dalszych ewentualnych aneksów) z podwykonawcą. Pozwany zarzucał, że nie miał wiedzy o treści umowy i nie można przypisywać mu także zgody dorozumianej. Podnosił, że obecność powoda na palcu budowy była odbierana wyłącznie jako świadczenie usług w ramach zaakceptowania powoda jako podwykonawcy pismem z dnia 3.04.2014 r., a nie robót budowlanych. Pozwany twierdził, że miał prawo oczekiwać, iż gdyby A. zdecydował się powierzyć powodowi wykonywanie robót budowlanych to zgodnie z postanowieniami Kontraktu i wyraźnym wskazaniem umieszczonym w ww. piśmie, zgłosiłby ten fakt pozwanemu i przedstawił projekt umowy na roboty budowlane.

Pozwany zarzucał brak udowodnienia wykonania robót, za które domaga się wynagrodzenia - powód nie powołał ani nie załączył do pozwu jakiegokolwiek zaświadczeń o ukończeniu etapu kluczowego, zaś protokół częściowego odbioru nie może spełniać takiej funkcji, gdyż nie wskazuje, jaki etap miałby być zakończony a poza tym ma charakter odbioru częściowego.

Pozwany zarzucał brak wykazania formalnych przesłanek zapłaty wskazując, iż przedłożona przez powoda w pozwie faktura nr (...) z dn. 28.08.2015 r. nie spełnia wymagań przewidzianych przez postanowienia Kontraktu.

W piśmie z dn. 06.03.2017 r. (k. 377) powód po raz kolejny wskazywał na to, iż pozwany znał zakres prac wykonywany przez powoda (wskazywany we wniosku z dn. 21.03.2014 r. oraz piśmie z dn. 03.04.2014 r.), a także, że wykonywane przez niego roboty były robotami budowlanymi, a nie dostawami jak twierdził pozwany. Powód przyznał, iż nie posiada dokumentu w postaci zaświadczenia o ukończeniu etapu kluczowego robót, podając iż pomiędzy powodem a A. nie było w zasadzie określonych etapów kluczowych, natomiast rolę centrum kosztów określał numer zamówienia (obmiar). Powód powoływał się na pkt 5.2 załączonego do pozwu Kontraktu, z którego wynika, że etap kluczowy n1 obejmuje zgodnie z jego opisem całość prac wykonywanych przez powoda przy realizacji inwestycji. Opis w ocenie powoda odwołuje się bowiem nie tylko do Kontraktu, ale także do Oferty będącej załącznikiem do kontraktu, zaś w załączniku tym wskazane są także inne niż montaż instalacji roboty budowlane. Powód podał, że etap n1 i

Etap kluczowy n2 związane są nie tyle z wykonaniem prac, ile z podpisaniem Protokołu Odbioru Końcowego, z czym związane jest fakturowanie (90% miało zostać zafakturowane po wykonaniu prac a pozostałe 10% po odbiorze końcowym). Według pozwanego fakt wykonania robót wynika z comiesięcznego protokołu odbioru ( (...) Report) podpisanego przez A..

Pozwany zaprzeczył jakoby w niniejszej sprawie miały zastosowanie przepisy dot. bezpodstawnego wzbogacenia

### ***Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny.***

Poza sporem w niniejszej sprawie jest to, iż doszło do skutecznego odstąpienia od umowy przez pozwanego względem A. w dacie 29.01.2016 r. po uprzednim wezwaniu z dnia 29.12.2015 r. na podstawie pkt 16.2.1A w zw. z pkt 16.2.2 Kontraktu z dnia 26.04.2012 r.

Niespornym jest, że powód nie został wymieniony w załączniku nr 11 do Kontraktu jako podwykonawca.

W dniu 26.04.2012 r. Elektrociepłownia (...) S.A. w S. (Inwestor) zawarła z (...) S.A. z siedzibą w S. - Hiszpania, (Generalnym Wykonawcą) Kontrakt nr (...)dotyczący budowy bloku gazowo parowego o mocy około 400MWe z członem ciepłowniczym w Elektrociepłowni (...) S.A. ( dalej: Kontrakt) .

Stronny postanowiły, że Generalny Wykonawca zrealizuje część Kontraktu przy pomocy podwykonawców. Zakres przedmiotu Kontraktu, który Generalny Wykonawca zamierzał powierzyć podwykonawcom został określony w Załączniku nr 11 do Kontraktu (pkt 20.1, 20.3 Kontraktu). W przypadku gdy Generalny Wykonawca chciał powierzyć wykonanie części Przedmiotu Kontraktu Podwykonawcy nie wymienionemu w Załączniku 11, zobowiązany był wystąpić do Zamawiającego i uzyskać w tym zakresie jego zgodę. Wystąpienie Generalnego Wykonawcy do Zamawiającego miało zawierać opis zakresu Przedmiotu Kontraktu, który Generalny Wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy oraz – w przypadku Usług lub Dostaw – dane tego Podwykonawcy (pkt 21.4 Kontraktu). Stosownie do pkt 21.7 Kontraktu przed podpisaniem umowy z Podwykonawcą robót budowlanych Generalny Wykonawca zobowiązany był przedłożyć do akceptacji Zamawiającego projekt umowy z tym Podwykonawcą, a także projekt aneksów do już zawartej umowy, jeżeli aneks zmienia kwoty lub warunki płatności na rzecz Podwykonawcy Robót Budowlanych. Projekt każdej umowy (aneksu) zawierać miał część dokumentacji dot. wykonania Robót Budowlanych, których dotyczy umowa (aneksu), w szczególności zakres Robót budowlanych, przewidzianych do wykonania przez danego Podwykonawcę oraz wysokości wynagrodzenia za te roboty. W art. 4 strony ustaliły warunki płatności wynagrodzenia: na podst. fv wystawianych zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym na podst. protokołu finansowego prac odebranych protokołami odbiorów częściowych lub końcowych składających się na dany etap realizacji – w terminie 30 dni od daty otrzymania fv.

Kontrakt przewidywał też warunki dotyczące odstąpienia od niego. Z dniem odstąpienia (z dniem w którym oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu sranie się skuteczne) wygasają wynikające z Kontraktu prawa i zobowiązania stron za wyjątkiem praw i zobowiązań, co do których Kontrakt stanowi, że pozostają w mocy niezależnie od odstąpienia od Kontraktu (pkt 16.2.4 Kontraktu).

Skuteczność oświadczenia o odstąpieniu od Kontraktu wywoływała min. następujące skutki (pkt 16.2.5.):

-Generalny Wykonawca zobowiązany był niezwłocznie wstrzymać wszelkie prace związane z realizacją Kontraktu (pkt 16.2.5.1.);

- Generalny Wykonawca zobowiązany był dostarczyć Zamawiającemu wszelką dokumentację w zakresie odpowiadającym zrealizowanej części Przedmiotu Kontraktu (pkt 16.2.5.5.);

- na wniosek Zamawiającego, w zakresie i odpowiednim terminie wskazanym w takim wniosku, Generalny Wykonawca przenieść miał na Zamawiającego prawa i obowiązki wynikające z umów zawartych z Podwykonawcami do dnia Odstąpienia (pkt 16.2.5.6.);

- z dniem odstąpienia generalny podwykonawca przenosił na rzecz zamawiającego prawo własności prawidłowo zrealizowanych dostaw oraz mienia wykonanego w ramach robót budowlanych i usług

- Zamawiający zapłacić miał Generalnemu Wykonawcy, w oparciu o sporządzony wspólnie protokół inwentaryzacyjny za dostawy, roboty budowlane, usługi wykonane do Dnia Odstąpienia oraz prace kontynuowane i zakończone po Dniu Odstąpienia (pkt 16.2.5.9 a);

(dowód: kontrakt z dn. 26.04.2012 r. k. 156- 251; załącznik nr 11 k. 253-290)

Załącznik nr 11 do Kontraktu nie wymieniał jako podwykonawcy powoda – (...) Sp. z o.o. z siedzibą K.. W dniu 21.03.2014 r. Generalny Wykonawca (A.) wystąpił do Inwestora (E.) o wyrażenie zgody by na liście podwykonawców (załączniku nr 11) w zakresie montażu technicznego izolacji rurociągów i urządzeń umieścić (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. (dalej: M.), we wniosku nie wskazano wartości prac. Zgodę taką E. wyraziła w piśmie datowanym na 3.04.2014 r. Zasadą było, że przed wyrażeniem zgody Inwestor zwracał się do A. o przedstawienie wyniku finansowego zgłaszanego podmiotu (by sprawdzić wypłacalności, kwalifikacje pracowników), który podlegał badaniu przez inżyniera kontraktu – firmę (...), w osobie P. K.. W piśmie tym zastrzegła równocześnie, że w przypadku powierzenia podwykonawcom robót budowlanych, z uwagi na uregulowania art. 647<sup>(1)</sup>k.c. zastrzega sobie prawo do akceptacji lub jej braku, przedkładanych projektów umów w przedmiocie wykonywanych, podzleconych robót budowlanych.

(dowód: pismo z dn. 1.03.2014 r. wraz z załącznikami k.450; referencje k.452-467; pismo z dn. 03.04.2014 r. k. 32; zeznania świadka M. P.; zeznania świadka J. O. (1); zeznania świadka P. Z. (1))

W dniu 17.11.2014 r. A. zawarł z M. umowę – „Kontrakt na Dostawę oraz Montaż Izolacji dot. Bloku Gazowo – Parowego w Elektrociepłowni (...) dla Spółki Elektrociepłowni (...) S.A. w gminie S.” (dalej: Kontrakt z 17.11.2014 r.).

Zakres ww. Kontraktu obejmował w szczególności: 1) produkcję, dostawę, montaż, dokumentację oraz testy zewnętrznej izolacji rurociągów oraz urządzeń zgodnie ze Specyfikacją Techniczną stanowiącą Załącznik nr 10; 2) montaż izolacji dostarczonej przez producenta Turbiny Parowej. Prócz powyższego każdorazowo kiedy zdaniem A., wymagane będzie wsparcie podwykonawcy, Podwykonawca zobowiązał się zapewnić takie wsparcie. W szczególności podwykonawca miał obowiązek realizować dyspozycje wydawane przez A. (pkt 2.3. Kontraktu).

Jako wynagrodzenie za kompleksowe i należyte wykonanie Kontraktu, A. zobowiązał się zapłacić Podwykonawcy sumę 1.544.717,00 Euro. Ww. cena obejmować miała wszelkie opłaty ( w tym podatki za wyjątkiem podatku VAT, cła i innych opłat publicznoprawnych) związane z wykonywaniem Kontraktu należne w Polsce jak i za granicą. Cena kontraktu miała zostać zapłacona na podstawie faktur wystawionych przez Podwykonawcę zgodnie z Obowiązującym Prawem. (pkt 5.1 Kontraktu). W zakresie terminu płatności za Realizację Etapów Kluczowych Podwykonawca zafakturować miał Cenę Kontraktu na rzecz A. zgodnie z harmonogramem wystawiania faktur: 1) etap kluczowy n1- 90% Ceny kontraktu. Wystawienie faktury miało nastąpić w przypadku ukończenia Etapu Kluczowego po miesięcznej certyfikacji na podstawie protokołów zaakceptowanych przez obydwie strony. Podwykonawca wspólnie z przedstawicielem A. miał obowiązek wystawić zaświadczenie o ukończeniu Etapu Kluczowego, podając datę realizacji. Takie zaświadczenie należało też przesłać wraz ze stosowaną fakturą; 2 ) etap Kluczowy n 2 – 10% ceny kontraktu. Datą wystawienia faktury miał być Odbiór Końcowy (pkt 5.2 Kontraktu).

Strony postanowiły, iż wszelkie płatności należy dokonywać zgodnie z procedurą płatności bankowych na rzecz dostawców w j. hiszpańskim powszechnie funkcjonującą pod (...) wypracowaną przez A. i odpowiedni podmiot finansowy. Taka (...) zostać miała wydana 90 dni od dnia zaakceptowania prawidłowo wystawionej faktury, z terminem płatności przypadającym 180 dni od daty wystawienia, bez uszczerbku dla możliwości uzyskania przez Podwykonawcę zaliczki na poczet zafakturowanej kwoty. W takim wypadku A. ponieść miał koszt finansowy (...). Niniejsza procedura płatności została wyjaśniona w załączniku nr 9. Niezależnie od powyższego wszelkie płatności, w tym wszelkie koszty, wydatki i zwroty kosztów na rzecz Podwykonawcy będą dokonywane najwcześniej w dniu, w którym A. otrzyma odpowiednią płatność ze strony właściciela.

Podwykonawca miał przysyłać wystawione przez siebie faktury w 3 egzemplarzach, tj. oryginał i dwa duplikaty (które będą wyraźnie oznaczone jako duplikaty), wraz z dokumentacją wymaganą na mocy Kontraktu oraz z jednoczesnym podaniem następujących informacji:

- zaświadczenie lub etap kluczowy za który wystawiana jest faktura,
- łączna wartość Kontraktu,
- kwota dotychczas zafakturowana,
- kwota do zafakturowania,
- numer zlecenia,
- centrum kosztów, do którego przypisana jest dana faktura.

Wszystkie faktury wraz z zaświadczeniami zatwierdzonymi przez A., podwykonawca miał przysyłać na adres (...) wskazany na str. 43 Kontraktu. A. zastrzegł sobie prawo do odrzucenia lub zwrotu w terminie 15 dni od daty otrzymania, wystawionych przez Podwykonawcę faktur, które nie spełniają ww. kryteriów, w tym w odniesieniu do podatku VAT bez konieczności zapłaty odsetek za zwłokę. (pkt 5.3 Kontraktu).

Od chwili wejścia w życie Kontraktu, podwykonawca miał obowiązek wykonywać dzieło zgodnie z ustalonym Planem Realizacji, a w szczególności przy zachowaniu wszelkich terminów Zdarzeń Kluczowych: E1 – 15 dni od Daty wejścia w życie; E2 – po pisemnej notyfikacji A.; E3 – 12.02.2015 r. (pkt 8.1 Kontraktu).

Na mocy Kontraktu Podwykonawca zobowiązał się nie komunikować się bezpośrednio z Właścicielem ani osobami trzecimi bez uprzedniego pisemnego zawiadomienia o tym A. i uzyskania w tym celu jego zgody. Niewypełnienie powyższego było równoznaczne ze złamaniem postanowień Kontraktu i stanowiło podstawę żądania kary umownej w wysokości 1% Ceny Kontraktu (pkt 29.3 Kontraktu). O obowiązku zachowania tej klauzuli A. napominał powoda min. w piśmie z dn. 16.02.2016 r. powziąwszy wiadomość o tym, że E. kontaktuje się z niektórymi podwykonawcami zaangażowanymi w projekt, aby odbyć z nimi spotkania robocze.

(dowód: Kontrakt z dn. 17.11.2014 r. wraz z załącznikami k. 33-90; pismo z dn. 16.02.2016 r. k. 113-114)

Kontrakt z dnia 17.11.2014 r. nie został przedłożony przez A. do Inwestora – Generalnego Wykonawcy. Konieczność przedkładania umów (aneksów) robót budowlanych z podwykonawcami pozwany zastrzegł i praktykował z generalnym wykonawcą z tego względu, że A. w umowach z podwykonawcami określał często długie terminy płatności: 180-270 dni, bądź dłuższe. Inwestor informował A., iż nie będzie wyrażał zgody na umowy z tak określonymi terminami płatności, mając na uwadze fakt, że Kontrakt zawarty pomiędzy Inwestorem a Generalnym Wykonawcą przewidywał 30 dniowy termin płatności- zamierzeniem Inwestora była chęć usunięcia ryzyka podwójnej płatności. Podwykonawcy wymienieni w załączniku nr 11 do Kontraktu, na etapie podpisywania go (w dn. 26.04.2012 r.) nie mieli jeszcze zawartych umów z Generalnym Wykonawcą (A.), stanowili niejako propozycję podwykonawców wyłonionych do realizacji konkretnych zakresów Inwestycji. Umowy te zawierane były w trakcie realizacji całej Inwestycji, kiedy zachodziła potrzeba wykonania określonych robót. Wówczas też, przed przystąpieniem do prac A. przedkładał projekt umowy z podwykonawcą do Inwestora. Takie projekty/umowy przedkładano przed, w trakcie lub po wykonaniu robót. W tym trybie pozwany wyraził zgodę na np. podwykonawców (...) i firmy (...)). Pozwany odmawiał zgody na podwykonawcę, również tego określonego w załączniku nr 11 do kontraktu, gdy po przedstawieniu mu umów z podwykonawcami, okazywało się, iż termin płatności z umowy podwykonawczej jest wcześniejszy, krótszy, niż w kontrakcie pozwanego z A.. Kiedy inwestor odmawiał w tej sytuacji zgod, A. w 2015 roku zaprzestał występować z wnioskami do Inwestora o akceptacje umów z kolejnymi podwykonawcami.

(dowód: zeznania świadka M. P.; zeznania świadka Ł. J. (1); zeznania świadka M. C.)

M. z uwagi na zakaz bezpośrednich kontaktów z pozwanym, nie przesłał mu Kontraktu z dn. 17.11.2014 r, zawartego z A.. Jednak niejednokrotnie z konieczności dochodziło do kontaktów roboczych związanych np. z podłączeniem się powoda do instalacji elektrycznej, koniecznością uzyskania przepustek do wejścia na teren poza placem budowy i wykonywania tam prac na instalacjach E.. Korespondencja e- mail pomiędzy M. a Elektrociepłownią (P. O.) dotycząca podłączenia prądu była wynikiem braku zainteresowania się tym tematem przez A. i przekierowaniem załatwienia go przez E.. Z kolei przepustek na wejście poza teren budowy dla M. każdorazowo udzielał za pośrednictwem A. (...). O tym, że M. wykonuje prace związane z realizacją Inwestycji oraz przedmiot tych prac był wiadomy dla dyrektora technicznego inwestora J. O. (2) z placu budowy, który nadto uczestniczył w procedurze akceptacji podwykonawcy z w sytuacji, gdy A. przedłożył projekt/umowę, jak również na etapie wstępnej akceptacji od strony technicznych i finansowych możliwości zgłaszanego podwykonawcy, przed złożeniem umowy. Pracowników powoda na terenie budowy wykonujących prace izolacyjne widział również inspektor nadzoru ds. sanitarnych Z. Ż.. Nazwa firmy znajdowała się min. na tablicy informacyjnej, gdzie wskazana ona była jako najbezpieczniejsza firma pod względem BHP, pracownicy M. posiadali oznaczone tą nazwą kamizelki, kaski oraz samochody.

(dowód: przepustka z dn. 5.10.2015 r. k. 90; zdjęcie k. 91; zeznania świadka Ł. J. (1); zeznania świadka P. C.; korespondencja mailowa k. 115-120, wniosek o wykonanie prac wraz z odpowiedzią k. 121-124; zeznania świadka E. K., zeznania świadka J. C., zeznania świadka M. O.; zeznania świadka Z. Ż. (2), zeznania świadka J. K.; zeznania świadka J. O. (2); zeznania świadka P. Z. (2))

Prace wykonywane przez M. – polegające na izolacji rurociągów były obszerne i podzielone na poszczególne systemy (części), do których przypisana była dana dokumentacja projektowo – wykonawcza. Wykonanie danego systemu (części) odbierane było protokolarnie odbiorami częściowymi. Etap kluczowy nie był tożsamy z odbiorami częściowymi. Rozliczenia pomiędzy M. a A. odbywały co miesiąc, min. poprzez potwierdzenia sald figurujących w księgach rachunkowych obu podmiotów. Miesięczna certyfikacja polegała na tym, iż w danym miesiącu M. dokonywał izolacji określonego odcinka rur, na co przysyłał do A. tzw. protokół przerobowy. Protokół taki M. spisał w dniu 25.08.2015 r. i dotyczył od odbioru: 1) dostawy prefabrykacji i wełny mineralnej do sprzętu izolującego i instalacji rurowych zgodnie z postępowaniem prac w sierpniu; 2) montażu izolacji na instalacji rurowej zgodnie z postępowaniem prac w sierpniu. Przed podpisaniem protokołu wykonywano obmiar prac. Ta część prac nadzorowana była przez zespół hiszpański spółki (...), stąd na protokole oprócz podpisu kierownika robót M. O. widnieje podpis J. M.. Po zaakceptowaniu protokołu przez A., był on podstawą do wystawienia faktury. Zakres prac wykonanych przez powoda nie został odebrany odpowiednio przez inwestora od A., bowiem izolacje zostały wykonane bez uprzedniego odebrania rurociągów, bez prób szczelności, co było przekazywane też na spotkaniach koordynacyjnych przez inspektora nadzoru izolacji rurociągów po stronie inwestora J. F. przedstawicielom generalnego wykonawcy, który mimo to podjął decyzję, by prace te powód wykonał. Na podstawie protokołu z dnia 25.08.2015 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 26.418,12 Euro, z datą płatności do dnia 26.02.2016 r. (termin płatności 180 dni).

(dowód: potwierdzenie salda na dzień 31.10.2015 r. k. 92; faktura nr (...) z dn. 25.08.2015 r. k. 126; protokół odbioru z dn.25.08.2015 r. k. 127-128; zeznania świadka P. C.; zeznania świadka Ł. J. (1); zeznania świadka E. K.; zeznania świadka J. C.; zeznania świadka M. O., Z. Ż.)

Przy realizacji inwestycji brała także udział firma (...), która zajmowała się stawianiem rusztowań. W każdym miejscu gdzie zachodziła potrzeba, takie rusztowania były stawiane przez powyższą firmę, mimo, iż w zleceniu M. również miała budowę rusztowań.

(dowód: zeznania świadka Ł. J. (2); zeznania świadka P. C.; zeznania świadka M. O.; zeznania świadka Z. Ż. (2), zeznania świadka P. Z. (1))

Inżynierem kontraktu była firma (...). Na placu budowy sporadycznie odbywały się wizyty inspektorów E. min. S. Ż. jako pracownika (...). Zadaniem inspektora była ocena i weryfikacja prac wykonywanych przez A..

Inspektor nadzoru nie umieścił wpisu w dzienniku budowy twierdząc, że E. nie otrzymała projektu izolacji, wobec czego nie mógł on poświadczyć, czy prace są zgodne z projektem.

dowód: zeznania świadka J. C.; zeznania świadka Ł. J. (1); zeznania świadka M. O.

Każdy podwykonawca pracujący przy realizacji Inwestycji miał obowiązek zatrudnienia kierownika budowy, albowiem A. nie posiadał wśród swych pracowników „branżowych” kierowników budowy. Kierownikiem budowy M. był E. K., on też dokonywał wpisów do dziennika budowy, brak jednak było wpisów cyklicznych (dot. np. odbiorów częściowych prac). Z ramienia (...) kierownikiem budowy był P. C..

M. wykonywał prace zlecone Kontraktem z dn. 17.11.2014 r, niemal przez cały rok 2015, począwszy od 16 stycznia, przy pomocy pracowników w liczbie około 30 - tu. Prace jednak nie zostały zakończone z uwagi na odstępianie od Kontraktu przez A..

(dowód: zeznania świadka J. C., M. O., zeznania świadka Ł. J. (1); dziennik budowy k. 500-501)

Pismem z dn. 02.12.2015 r. A. przedstawił E. tabelę obejmującą należności wymagalne na dzień 01.12.2015 r. i niezapłacone z tytułu wykonywanych prac budowlano – montażowych. Tabela obejmowała min. należności wobec M. na kwotę 303,429,23 Euro i 71,044,14 zł.

(dowód: Pismo A. z d. 02.12.2015 r. wraz z zestawieniem k. 93-94)

Pismem z dnia 4 grudnia 2015 r. A. poinformował M. o wszczęciu refinansowania zadłużenia kapitałowej Grupy A., której członkiem jest A.. A. poinformował iż przystąpił do negocjacji z E. w celu zwolnienia zaległych płatności za wykonane prace, usługi i dostawy.

Prace realizowane w ramach Kontraktu zostały zawieszono, o czym A. poinformował powoda pismem z dn. 22.12.2015 r. wskazując na taką konieczność ze względu na fakt, że E. nie usunęła ryzyka terenu budowy wykrytego podczas budowy odcinka A Głównego Układu Wody Chłodzącej. W powyższym piśmie wskazano, iż nienależnie od postanowień klauzuli 5.3 Kontraktu, wszelkie płatności, w tym koszty wydatki i zwroty kosztowna rzecz Podwykonawcy będą dokonywane najwcześniej w dniu, w którym Spółka (A.) otrzyma odpowiednią płatność ze strony Zamawiającego (M.).

(dowód: pismo A. z dn. 04.12.2015 r. k. 95-96; pismo A. z dn. 22.12.2015 r. k. 97)

Z uwagi na pismo z dn. 06.04.2016 r. kierowane przez Grupę A. wyrażające chęć rozmów i porozumień co do zaległości płatniczych. Okoliczności negocjacji jak i treść ww. pisma miała pozostać poufna. Powód w piśmie z dn. 27.07.2016 r. zaproponował opcję arbitrażu, zaś kierując kolejne pismo w dn. 02.08.2016 r. nie zgodził się z obowiązkiem poufności przy negocjacjach z A., wskazując iż zobowiązania A. mogą być przedmiotem negocjacji z inwestorem tj. Elektrociepłownią (...) S.A, jako podmiotem który solidarnie odpowiada za zobowiązania wobec M..

(dowód: pismo A. z dn. 06.07.2016 r. k. 99; pismo powoda z dn. 27.07.2016 r. k. 100-102; pismo powoda z dn. 02.08.2016 r. k. 102)

W odpowiedzi na wezwanie o zapłatę zaległych należności na podstawie art. 647<sup>(1)</sup>§5 k.c z maja 2016 r. E. poinformowała powoda ( w piśmie z dn. 20 maja 2016 r.), iż skutecznie odstąpiła od realizowanego przez A. Kontraktu na budowę Bloku gazowo – parowego w S. oraz, że rozpoczęty został proces inwentaryzacji, który obejmuje inwentaryzację wykonanych robót budowlanych, usług, dostaw zrealizowanych w ramach budowy. Elementem inwentaryzacji miały być również umowy zawarte przez A. z Podwykonawcami, pozwalające ustalić podzleczone prace, sposób ich odbioru, warunki płatności. Wynikiem inwentaryzacji miało być min. potwierdzenie wykonanych przez M. robót budowlanych. E. wskazała, że w oparciu o te czynności, będzie mogła podjąć ewentualną decyzję o przejęciu od A. zawartych z podwykonawcami umów, również po ich analizie. E. zwróciła uwagę na uregulowania Kontraktu oraz

art. 647<sup>(1)</sup> k.c. wskazując, że w przypadku robót budowlanych, przed podpisaniem takiej umowy z podwykonawcą A. jest zobowiązany dodatkowo przedłożyć do akceptacji elektrociepłowni projekt umowy z tym podwykonawcą (projekt aneksu), zaś okoliczność wpisania na listę podwykonawców nie spełnia ww. wymogu a tym samym warunku odpowiedzialności solidarnej inwestora. W piśmie tym E. poinformowała iż nie ma obecnie w stosunku do A. żadnych wymagalnych zobowiązań finansowych. E. zobowiązała się informować powoda o kluczowych decyzjach i podjętych działaniach w zakresie wierzytelności. Powoda.

(dowód: pismo M. z dn. 3.12.2015 r. k. 103, z dn. 03.02.2016 r. k. 104, z dn. 12.02.2016 r. k. 106, z dn. 16.05.2016 r. k. 106-107, z dn. 15.09.2016 r. k. 109, z dn. 25.11.2016 r. k. 111; pismo pozwanego z dn. 20.05.2016 r. k. 108)

Przez okres około roku po odstąpieniu od umowy inwestor wykonał inwentaryzację, która polegała na wskazaniu, które jeszcze prace są do wykonania bądź poprawienia oraz stan prac dotychczas wykonanych. Nie doszło o rozliczenia między inwestorem a gen. Wyk. prac wykonanych w ramach inwentaryzacji przez powoda. Sporządzonym protokołem inwentaryzacyjny wskazywał min. na usterki izolacji rurociągów oraz izolacji turbiny parowej – tj. prac izolacyjnych bez odbioru OCB (odbiór częściowy branżowy) prac poprzedzających, czyli bez dopuszczenia wykonywania prac. Powyższe uwagi były zgłaszane także w korespondencji między inwestorem a A. w trakcie realizacji inwestycji oraz wpisami J. F. do dziennika budowy i na naradach koordynacyjnych. Powód w mailu z dn. 1.06.2015 r. skierowanym do A., wyjaśnił szczegółowo ww. okoliczności. Dokumentacja projektowa została przesłana przez powoda do A. wiadomością e-mail z dn. 13.05.2015 r.

(dowód: zeznania świadka Ł. J. (1); protokół inwentaryzacji z wykazem usterek k. 571-1948 w zakresie usterek wskazywanych jak na k. 1980-1984; dziennik budowy k. 563-565, pismo z dn. 21.12.2015 r. k. 549; pismo z dn. 11.12.2015 r. k. 551; pismo z dn. 21.05.2015 r. k. 569; wiadomość w- mail z dn. 01.06.2015 r. k. 1994; potwierdzenie przyjęcia dokumentów wraz z tłumaczeniem k. 1996-1997; e- mail z dn. 13.05.2015 r. k. 1998; zeznania świadka J. K., notatka ze spotkania koordynacyjnego k. 558-560 )

W czerwcu 2016 r. miało miejsce spotkanie przedstawicieli M. oraz E. (K. O.), na którym omawiana była kwestia czy M. dokończy prace na rzecz E. z uwagi na zerwanie kontraktu z A.. (dowód: zeznania świadka J. C.)

Sąd oddalił wnioski dowodowe z wydruków KRS stron, informacji ze strony internetowej, z wezwania do wykonania prac z dn. 29.12.2015 r., pisma o odstąpieniu od umowy z dn. 29.01.2016 r. jako dotyczące okoliczności niespornych.

Sąd oddalił wniosek dowodowy z pisma z dn. 22.12.2016 r., wniosek dowodowy z zeznań K. W. (1) jako nieistotny dla rozstrzygnięcia sprawy ( na okoliczność przyczyn braku wystąpienie przez inwestora do generalnego o umowę z M. ), a wniosek dowodowy z zezn. św. J. S. z uwagi na brak wskazania adresu przez wnioskodawcę pełn. powoda.

Sąd dał wiarę w/w zeznaniom świadków w zakresie, w jakim poczynił powyższe ustalenia faktyczne jako wzajemnie ze sobą korespondujących i uzupełniających się. Sąd natomiast nie czynił ustaleń przesadzających w tej sprawie fakt, czy powód prace swe wykonał prawidłowo ( wadliwie czy niewadliwie ) oraz czy wykonał prace objęte dołączonymi do pozwu fakturami vat. Powyższe wymagało wiedzy specjalnej ( opinia biegłego sadowego ), który to dowód nie został zawnioskowany w sprawie przez żadną ze stron, a powyższe kwestie były między stronami sporne.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Rozpatrując w pierwszej kolejności roszczenie powoda w oparciu o przepis art. 647<sup>1</sup> kc, statuującego odpowiedzialność solidarną inwestora z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia Sąd uznał brak tej odpowiedzialności.

Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 1 kc W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców.



§ 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 dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

§ 3. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

§ 4. Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 5. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

§ 6. Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne.

Obecnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i nauce prawa cywilnego w zasadzie jednolicie przyjmuje się, że do zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą, wymaganej w art. 647(1) § 2 k.c., nie stosuje się art. 63 § 2 k.c.; zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.). Zgoda inwestora mimo jednoznacznie brzmiącego § 2 zd. 1 cyt. przepisu nie jest przesłanką ważności umowy podwykonawczej, lecz jedynie przesłanką powstania po stronie inwestora i wykonawcy solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Natomiast przedmiotem rozbieżnych wypowiedzi w orzecznictwie i literaturze prawa jest nadal kwestia tego, jakie przesłanki muszą być spełnione, by można było przyjąć, że inwestor wyraził zgodę na udział podwykonawcy w realizacji robót budowlanych i w ten sposób przyjął na siebie solidarną odpowiedzialność za zapłatę jego wynagrodzenia. W tym zakresie Sąd rozpoznający przedmiotową sprawę stoi na stanowisku i podziela ten nurt orzecznictwa sądowego, że dopiero wiedza inwestora łącznie: zarówno o osobie podwykonawcy oraz o elementach umowy co do wysokości i zasad wynagrodzenia oraz zakresu wykonanych prac stanowi przesłankę do przyjęcia tzw. „zgody dorozumianej” na zawarcie umowy w rozumieniu art. 647<sup>(1)</sup> § 2 zd. 1 kc, która to zgoda z kolei przesądza o solidarnej odpowiedzialności inwestora z § 5 cyt. przepisu (por. SA w Szczecinie I ACa 30/14, w Rzeszowie I ACa 379/14, I ACa 275/14, SN:II CSK 210/10, III CSK 245/13, IV CSK 91/12). Taki też pogląd zajął SA w Rzeszowie m.in. w sprawie I ACa 84/16. Należy wskazać, że przewidziana w art. 647<sup>(1)</sup> kc solidarna (niesubsydiarna) odpowiedzialność inwestora względem podwykonawcy za cudzy dług jest wyjątkiem od ogólnych zasad prawa zobowiązań, zgodnie z którymi prawa i obowiązki wynikające z zobowiązań umownych powstają tylko między stronami czynności prawnej będącej ich źródłem. Ta nietypowa i surowa formuła odpowiedzialności gwarancyjnej inwestora za zobowiązania wynikające z umowy, której nie jest stroną, przemawia za tym, aby przepis ten wyklądać ściśle, a nie rozszerzająco.

W procesie tym powód nie wykazał wbrew treści art. 6 kc, iżby reprezentanci inwestora w osobach uprawnionych do dokonywania czynności prawnych mieli wiedzę o istotnych postanowieniach łączącej go z generalnym wykonawcą umowy, choć wiedzę o powodzie jako przyszłym podwykonawcy i zakresie mających być wykonywanych przez niego pracach posiadał zarząd spółki, co wprost wynika z treści pisma z dnia 21.03.14r. k. 450 i odpowiedzi nań z dnia 03.04.14r. k. 32 ), wiedzę o powodzie oraz przedmiocie wykonywanych przez niego prac miały też osoby przebywające na budowie po stronie inwestora nadzorujący je od strony technicznej ( inspektor, dyrektor ds. technicznych, nadto kierownik projektu K. W., który udzielał akceptacji powoda od strony technicznej i finansowej pismem z dnia 03.04.14r. ). Świadczenie słuchani na rozprawach - pracownicy pozwanego nie mieli wiedzy o treści umów generalnego wykonawcy z powodem co do istotnych jej postanowień: wysokości wynagrodzenia i jego płatności, powód nie wykazał, że wiedzę w tym przedmiocie miały osoby uprawnione do reprezentacji pozwanego. Tymczasem właśnie te kwestie były dla inwestora istotne jako że w razie akceptacji umów wiedział, że konsekwencją tego jest obowiązek zapłaty obu tym podmiotom, a tym samym może być podwójna zapłata: na rzecz podwykonawcy i generalnego. Z tego też powodu pozwany komunikował swojej stronie umowy - A., że wymaga przedłożenia projektów umów/ umów i zgodę uzależniał i faktycznie udzielał tylko wtedy, gdy termin płatności wobec podwykonawcy

nie był krótszy, niż termin wobec generalnego wykonawcy. A. o tym stanowisku pozwanego doskonale wiedział, bowiem właśnie w przeciwnych sytuacjach zgody nie dostawał, a w końcu zaprzestał przedkładać kolejnych umów z podwykonawcami, co na zasadzie domniemania faktycznego wynikało z faktu, iż inwestor takiej umowy nie zaakceptuje. Faktem jest, że powód z powodu zakazu wpisanego w kontrakt z A. nie kontaktował się również w tej kwestii z pozwanym, dlatego nie sposób czynić mu zarzut, by zaniedbał swych interesów z art. 647<sup>1</sup> kc. Nie zmienia to jednak faktu, że powód nie miał wiedzy o wynagrodzeniu i zasadzie jego płatności, a właśnie ta wiedza czyniła wymagalnym czynność prawną w postaci „zgody” wyrażonej bądź werbalnie lub też milcząco. Sąd w tym składzie nie podziela tego nurtu orzecznictwa SN i doktryny ( patrz: T. Sokołowski : komentarz do art. 647<sup>1</sup> kc, III CSK 371/14, III CSK 370/14 ), które zmierza w kierunku, iż wystarczy sam fakt wykonania prac przez podwykonawcę na rzecz inwestora , nawet bez wiedzy o umowie , bez zgody na nią, czy też za zgodą tzw. dorozumianą czynną, ale bez wiedzy o postanowieniach umowy z podwykonawcą, czy też za zgodą dorozumianą czynną, udzieloną już po wykonaniu prac. Taka wykładnia, zdaniem tego sądu, jest nie tylko rozszerzająca, lecz contra legem. Jeśli bowiem wystarczy sam fakt wykonania prac w rozumieniu § 5 cyt. przepisu, zbędne stają się pozostałe zapisy tegoż przepisu art. 647<sup>1</sup> kc. Zważyć należy, iż wrywkowe literalne czytanie jedynie § 5 tegoż przepisu, z pominięciem pozostałych §-ów, jest niedopuszczalne, jako niezgodne z zasadami wykładni systemowej. Wykładnia zaprezentowana przez T. Sokołowskiego byłaby do zaakceptowania jedynie w sytuacji, gdyby § 5 stanowił samodzielny, odrębny przepis: w tym wypadku należałoby zastosować dla § 5 odmienną numerację: jako „art. 647<sup>2</sup> kc”, tymczasem § 5 art. 647<sup>1</sup> kc jest skutkiem wcześniejszych zapisów tegoż przepisu, na co wskazuje jednoznacznie również wykładnia celowościowa uchwalenia tego przepisu ( por. uzasadnienie projektu wprowadzenia tego przepisu do kc : Sejm IV kadencji nr druku 888 , w którym mowa jest nie tylko o ochronie podwykonawców, lecz w równiejszym cyt. „o zabezpieczeniu interesu inwestora poprzez akceptację umowy z podwykonawcą ze skutkiem odpowiedzialności solidarnej ). Nie bez powodu zresztą ustawodawca zdecydował się na formę pisemną umowy podwykonawczej właśnie z uwagi na konieczność zapoznania się inwestora z jej postanowieniami.

Zatem „zgoda” bez umożliwienia inwestorowi zapoznania się z umową może wywołać skutek z § 5 cyt przepisu tylko i wyłącznie, gdy zostanie wyrażona jednoznacznie, werbalnie, wprost: „na zawarcie umowy z podwykonawcą”. Nie może natomiast być mowy o żadnej „dorozumianej zgodzie”, bez przedstawienia inwestorowi umowy z podwykonawcą, a już zupełnie niezrozumiałym jest pojęcie „zgody dorozumianej czynnej”, gdy inwestor nie znał postanowień umowy z podwykonawcą, bowiem nie umożliwiono mu nawet zapoznania się z nimi. Rację ma ten nurt orzeczniczy sądów powszechnych, który wskazuje, iż inwestor nie musi wykazywać inicjatywy w „poszukiwaniu” umowy, czy ustalaniu jej treści. Ciężar wykazania dopełnienia tych czynności spoczywa na wykonawcy, co wynika wprost z § 2 umowy, a nadto na podwykonawcy, bo to on dla siebie wywodzi skutki prawne z § 5 cyt. przepisu. Sąd nie podziela też teorii tzw. „zgody czynnej dorozumianej” utożsamianej ze świadomością inwestora o istnieniu podwykonawcy i wykonywaniu przez niego prac w postaci: tolerowania podwykonawców na budowie, wiedzy pozyskanej z wpisów do dziennika budowy, czy z innych okoliczności , typu „koszulki na budowie”. Takie tolerowanie nie stanowi żadnej „aktywności”, przeciwnie, jest to bierne zachowanie, tzw. „milczenie”. W świetle brzmienia art. 647<sup>1</sup> kc oraz jego wykładni systemowej, jak również celowościowej, przy zachowaniu minimum ochrony interesów inwestora, musi on mieć możliwość, zapewnioną mu nie jego własnym staraniem, lecz staraniem drugiej strony umowy zapoznania się z umową. Dopóki tego mu się nie umożliwi, nie powstaje po jego stronie obowiązek wyrażania jakiegokolwiek zgody, w jakiegokolwiek postaci, w tym dorozumianej w myśl art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 1 kc, bo dorozumiana zgoda przez sam fakt dorozumianego zachowania będzie zawsze zgodą bierną, a nie czynną ( brak protestu , czy brak zgody werbalnej ). O zgodzie biernej, a więc „braku sprzeciwu”, a więc tolerowaniu podwykonawcy na budowie, itp. natomiast może być mowa tylko i wyłącznie w przypadku spełnienia warunków zd. 2 tegoż przepisu. Owe „tolerowanie” to nic innego bowiem, jak „tzw. milczenie”, któremu przepisy kc nie nadają żadnego znaczenia prawnego w postaci wywołania skutków prawnych poza wyjątkami wprost wskazanymi ( np. art. 68<sup>2</sup> kc ). Podsumowując, wobec braku umożliwienia inwestorowi przez wykonawcę, czy podwykonawcę zapoznania się z warunkami umowy „wiedza” inwestora o podwykonawcy nie stanowi „zgody”. „Wiedza” to oświadczenie wiedzy, bez skutków cywilno-prawnych, „zgoda” to oświadczenie woli, skutki takie wedle zasad ustawy wywołujące. W tym przypadku nie umożliwiono inwestorowi ( zasada teorii doręczenia z art. 61 §

1 kc obowiązuje również i w tej sytuacji ) i nie zapoznano inwestora, a dokładnie osoby uprawnione do reprezentacji, z istotnymi dla niego warunkami umowy podwykonawczej, zatem nie powstał po jego stronie obowiązek wyrażania zgody w jakiegokolwiek postaci na zawarcie takiej umowy ( brak wymagalności obowiązku złożenia oświadczenia woli w postaci udzielenia zgody ). Dodać należy, iż to nie inwestor ma udowodniać okolicznościami faktycznymi brak zgody, lecz powód winien był udowodnić zgodę poprzez fakty pozytywne. Takim faktem pozytywnym nie może być „milczenie” inwestora , nawet przy założeniu, że jego inspektor nadzoru miał obowiązek informować inwestora o pracach wykonywanych przez podwykonawców. Trudno też doszukiwać się tej zgody nawet przy akceptacji koncepcji prawnej tzw. „dorozumianej zgody czynnej” z treści pisma pozwanego z 3.04.14r. w odpowiedzi na zgłoszenie powoda jako podwykonawcy, w którym to piśmie pozwany przypomina o obowiązku przedkładania projektów umów z powołaniem się na art. 647<sup>1</sup> kc. Wreszcie powód nie przeprowadził skutecznego dowodu , by osoby uprawnione do reprezentacji powoda w tym przedmiocie : tj. udzielenia zgody w trybie art. 647<sup>1</sup> kc miały wiedzę o postanowieniach umowy A. z powodem. Z pisma z dnia 3.04.14r. autorstwa K. W. wynika, iż zgody takiej udzielał zarząd pozwanego, a powód nie wykazał, by uprawnienie takie miał K. W. czy osoby inne np. inspektor nadzoru, czy dyrektor ds. technicznych: jak ich sama funkcja wskazuje, były to osoby powołane tylko do oceny technicznej prac.

W świetle zatem ustalonych w tym procesie faktów inwestor zgody na tą umowę nie udzielił, bo brak udowodnienia faktu pozytywnego w postaci wyrażenia tejże zgody jako oświadczenia woli oraz braku udowodnienia faktów w postaci umożliwienia inwestorowi zapoznania się z istotnymi dla niego postanowieniami umowy, czyniącymi postawienie w stan wymagalności obowiązku udzielenia zgody przez inwestora w myśl art. 647<sup>1</sup> §2 kc.

Wskazać nadto należy, iż powód nie wykazał w tym procesie, że wykonał prace objęte dołączonymi do pozwu: fv i protokołem odbioru robót. Pozwany zakwestionował w tym procesie ten fakt, powołując się na korespondencję z inwestorem, wpisy do dziennika budowy oraz wyniki inwentaryzacji, iż prace te wykonano niezgodnie z zasadami sztuki, bez prób szczelności, co skutkowało koniecznością ich demontażu oraz wykonania na nowo. W/w dokumenty powoda nie mogły stanowić dowodu wykonania prac w nich wskazanych, bowiem były to dokumenty sporządzane bez udziału pozwanego, a odbiory częściowe odbywały się tylko z udziałem przedstawicieli A.. Również potwierdzenie salda przez A. nie wywołało skutków prawnych wobec pozwanego w postaci uznania długu ( art. 371 i 372 kc ). Ponieważ były w tym przedmiocie sprzeczne twierdzenia i dowody obu stron procesu, koniecznym było zgłoszenie w tym przedmiocie dowodu z opinii biegłego sądowego a ciężar ten w myśl art. 6 kc obciążał powoda.

Odnośnie alternatywnej podstawy prawnej art. 405 kc zdaniem sądu nie miały w sprawie zastosowania przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Analizując zapisy Kontraktu nr (...) łączącego pozwanego z A. należy stwierdzić, że strony określiły w nim skutki odstąpienia jako ex nunc, ustanawiając w art. 16.2.5.9 obowiązek rozliczenia się stron z dotychczas wykonanych prac na podstawie inwentaryzacji. Zatem po stronie inwestora istniał dług z tego tytułu wobec A., a wierzytelność z tego tytułu A. wobec inwestora i nie może być mowy o jakimkolwiek wzbogaceniu inwestora kosztem podwykonawcy, skoro pozwanego i A. łączyła umowa w zakresie rozliczenia robót w razie odstąpienia od umowy. Strony zgodnie z zapisem art. 16.2.5 przystąpiły do inwentaryzacji prac dotychczas wykonanych przez generalnego wykonawcę, inwentaryzacja taka została wykonana, zatem pozostaje do rozliczenia między stronami zapłata za wykonane do dnia odstąpienia prace, co stanowi obecnie przedmiot postępowania przed sądem polubownym ( okoliczność bezsporna stwierdzona na I rozprawie ). Takim wzbogaceniem na pewno nie może być też ewentualna różnica w wysokości wynagrodzenia za w/w prace między w/w podmiotami, wynikającego z wzajemnego ich rozliczenia po odstąpieniu od umowy, a wysokością wynagrodzenia należnego powodowi od A. za prace powoda na podstawie umowy podwykonawczej, gdyby ta ostatnia wartość była wyższa, skoro pozwanego z A. łączy stosunek umowny zobowiązaniowy mimo odstąpienia od umowy. Bez znaczenia pozostaje, czy pozwany na etapie wyrokowania w tej sprawie faktycznie zapłacił za prace wykonane przez powoda swojej stronie umowy, bowiem jeżeli istnieje z tego tytułu dług i odpowiadająca mu wierzytelność z tytułu umowy, to nie ma mowy o bezpodstawnym wzbogaceniu ( por. SN uzasadnienie II CSK 441/14 ). Sąd nie podziela poglądu SN wyrażonego w: II CSK 9/13, choć analiza uzasadnienia orzeczenia, którego skutkiem było zresztą orzeczenie II CSK 441/14, nie przesądza, wbrew podanej na wstępie tezie, iż jeżeli inwestor nie zapłaci wykonawcy, to jest wzbogacony kosztem podwykonawcy.

O kosztach procesu sąd orzekł na podst. art. 108 kpc w zw. z art. 98 § 1 i 3 kpc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sporu. Na koszty procesu poniesione przez pozwanego złożyły się: koszty zastępstwa adwokackiego w kwocie 7500 zł ustalone na podstawie §2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 października 2016 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie, opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł oraz wydatki poniesiona na świadków 117.01 zł i 138,43 zł. W pkt III i IV zarządzono na podst. art. 84 Ustawy o kosztach sądowych...