

***Sygn. akt I ACa 1436/14***

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 kwietnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Ewa Kaniok (spr.)

Sędziowie: SA Hanna Muras

SO (del.) Agnieszka Owczarewicz

Protokolant: referent stażysta Weronika Trojańska

po rozpoznaniu w dniu 1 kwietnia 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 8 maja 2014 r. sygn. akt XXVI GC 1069/13

1. oddała apelację;

2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu za II instancję.

Sygn. akt: I ACa 1436/14

## UZASADNIENIE

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości układowej z siedzibą w S. (obecnie: (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w K.) wniosła o zasądzenie od (...) spółki z o.o. z siedzibą w W., inwestora budowy hali produkcyjno-magazynowej przy ul. (...) w B. # (...) kwoty 430.461,33 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 10 marca 2010 roku do dnia zapłaty, tytułem wynagrodzenia za wykonane przez nią na podstawie umowy zawartej z generalnym wykonawcą inwestycji # (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., roboty budowlane.

Powódka wskazała, że jako podwykonawca (...) spółki z o.o. z siedzibą w P. wykonała określone w umowie roboty ziemne przy budowie hali produkcyjno # magazynowej przy ul. (...) w B.. Za wykonane prace wystawione zostały następujące faktury VAT: (...) z 29 lutego 2008 r., (...) z 31 marca 2008 r., (...) z 30 kwietnia 2008 r., (...) z 28 maja 2008 r. skorygowana (...)EW, (...) z 26 czerwca 2008 r. (...) z 31 lipca 2008 r., które nie zostały zapłacone w całości. Ponadto w toku prac zlecono roboty dodatkowe, które zostały wykonane i odebrane bez zastrzeżeń, za które w ogóle powódka

nie otrzymała wynagrodzenia. W związku z powyższym pozwana na podstawie art. 647<sup>(1)</sup>§2 k.c., jako inwestor, ponosi wraz z wykonawcą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia należnego powódce, jako podwykonawcy.

Na żądanie pozwu składała się kwota 296.428,82 zł stanowiąca równowartość 10% zatrzymanego wynagrodzenia z tytułu gwarancji wykonania zobowiązań kontraktowych, objętych umową o podwykonawstwo z (...) spółką z o.o. oraz kwota 134.032,51 zł z tytułu niezapłaconego powódce wynagrodzenia za roboty dodatkowe, określone w fakturze VAT nr (...)EW z dnia 4 września 2008 roku.

(...) spółka z o.o. z siedzibą w W. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu. Przynajmniej w części zakwestionowała fakt zawarcia przez powódkę i generalnego wykonawcę umowy o roboty budowlane w formie wymaganej przez art. 647<sup>1</sup> §4 k.c. Ponadto podniosła, że nie wyraziła akceptacji na zatrudnienie powódki jako podwykonawcy, zaś pełnomocnik, który miał rzekomo wyrazić zgodę na zlecenie powódce robót podwykonawczych nie był do tego umocowany, pełnomocnictwo udzielone P. G. (1) nie obejmowało udzielenia zgody na zawieranie umów z podwykonawcami. Pozwana podniosła także zarzut potrącenia kwoty 260.933,41 zł z tytułu kar umownych.

**Wyrokiem z dnia 8 maja 2014 roku Sąd Okręgowy w Warszawie** w punkcie I zasądził od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 296.428,82 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 10 marca 2010 r. do dnia zapłaty; w punkcie II oddalił powództwo w pozostałym zakresie. W punkcie III zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 2.619,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; w punkcie IV nakazał ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa # Sądu Okręgowego w Warszawie tytułem kosztów sądowych kwotę 6.996,00 zł z roszczenia zasądzonego na rzecz powoda; w punkcie V nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa # Sądu Okręgowego w Warszawie od pozwanego kwotę 15.572,00 zł tytułem kosztów sądowych.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

(...) spółka z o.o. z siedzibą w W. była inwestorem budowy hali produkcyjno # magazynowej wraz z zapleczem socjalnym i infrastrukturą w B. # (...) przy ul. (...). Generalnym wykonawcą robót była (...) spółka z o.o. z siedzibą w P.

(...) spółka z o.o. z siedzibą w S. (obecnie: (...) spółka z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w K.) jako podwykonawca zawała w dniu 11 lutego 2008 r. z wykonawcą (...) spółką z o.o. z siedzibą w P., umowę o podwykonawstwo robót budowlanych, określoną jako (...). Przedmiotem umowy było wykonanie robót ziemnych w B. # (...) których zakres został określony w Załączniku nr (...) do umowy. Strony w umowie z dnia 11 lutego 2008 r. zamieściły postanowienie o wzajemnym zobowiązaniu do zawarcia obowiązującej umowy budowlanej ze „stałą ceną” („Umowy o podwykonawstwo”). Porozumienie z dnia 11 lutego 2008 r. stanowiło w istocie wiążącą umowę docelową”, a same strony uważały ją za umowę właściwą i realizowały zgodnie jej postanowienia. Przynajmniej już na dzień 11 lutego 2008 r. w umowie ustalono rozpoczęcie wykonywania prac przez wycinkę drzew.

W art. 3 ust. 1 powyższej umowy strony ustaliły, iż wynagrodzenie podwykonawcy za wykonane prace wynosić będzie 2.138.798,45 zł netto plus VAT. Stosownie do treści umowy wynagrodzenie miało być stałe i ostateczne oraz obejmowało wszystkie koszty związane z wykonaniem prac. Datę rozpoczęcia prac polegających na wycince drzew wyznaczono na 11 lutego 2008 roku (art. 4 ust. 1 umowy), zaś jako datę zakończenia wskazano 8 kwietnia 2008 roku (art. 4 ust. 2 umowy). Szczegółowy harmonogram wykonania prac stanowił załącznik(...) do niniejszej umowy. W art. 6 umowy strony określiły wysokość kar umownych za nieterminowe ukończenie prac, który w ust. 1 stanowił, iż podwykonawca zobowiązany był zapłacić wykonawcy karę w wysokości 2% wynagrodzenia za każdy kalendarzowy dzień zwłoki w ukończeniu prac po upływie ostatecznych terminów podanych w art. 4 umowy, przy czym maksymalna wysokość kary miała wynosić 10% wynagrodzenia. Wykonawca mógł odzyskać zwrot ewentualnych szkód lub kosztów, które miały wynikać z nieterminowego wykonania prac przez podwykonawcę, jak np. utrata zysków i udziału w rynku, uszczerbek w odniesieniu do wartości marki, odszkodowanie zawiązka lub inne szkody ogólne lub pośrednie (art. 6 ust. 2 umowy).

W celu zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy podwykonawca zobowiązany był dostarczyć wykonawcy gwarancję bankową w wysokości 10% wynagrodzenia netto, płatną na pierwsze żądanie. Gwarancja miała obowiązywać do momentu przekazania robót (art. 8 ust. 1 umowy). Stosownie do treści art. 8 ust. 2 umowy gwarancja wykonania miała zostać zastąpiona nieodwołalną i bezwarunkową gwarancją bankową. Z postanowień umownych wynikało, że ważność połowy zabezpieczenia w postaci gwarancji wykonania zobowiązań kontraktowych (w wysokości 5% wynagrodzenia podwykonawcy) istniała do chwili przyjęcia prac wykonanych przez (...) spółkę z o.o. natomiast gwarancja bankowa wykonania zobowiązań gwarancyjnych (stanowiąca również równowartość 5% wynagrodzenia netto) miała zachować ważność przez jeden rok i miała zastąpić pierwszą gwarancję po upływie terminu jej obowiązywania. Umowę w imieniu i na rzecz (...) spółki z o.o. z siedzibą w S. podpisał R. S., będący prokurentem spółki. Na umowie z dnia 11 lutego 2008 roku podpisał się także A. T., posiadający umocowanie do akceptowania umów podwykonawstwa z ramienia inwestora

Gwarancja bankowa została zastąpiona przez (...) spółkę z o.o. w ten sposób, że wskazana spółka zatrzymywała z każdej wystawionej faktury kwotę 10% wynagrodzenia z tytułu gwarancji wykonania postanowień kontraktowych.

(...) spółka z o. o. jako podwykonawca została zgłoszona inwestorowi (...) spółce z o. o. pismem z dnia 19 lutego 2008 r. przez generalnego wykonawcę (...) spółkę z o. o. Wniosek o akceptację, oparty na podstawie art. 647<sup>1</sup> §2 k.c. został sporządzony przez M. A., pracownika wykonawcy. Inwestor reprezentowany przez P. G. (1) zaakceptował podwykonawcę, o czym uczynił na zgłoszeniu adnotację o treści „zgadzam się”. Pełnomocnictwo udzielone dla P. G. (1) nie zawierało wyłączeń określonych czynności z zakresu umocowania. Każdy podwykonawca, który miał pracować na budowie był przedstawiany P. G. (1), który pełnił na budowie funkcję inspektora nadzoru. Wraz ze zgłoszeniem podwykonawcy inwestorowi został przedstawiony zakres prac (...) sp. z o.o. odpowiadający treści umowy z dnia 11 lutego 2008 r. oraz przedstawione dane podwykonawcy.

(...) spółka z o.o. wykonała prace objęte umową i zgodnie z jej postanowieniami, a roboty zostały odebrane przez wykonawcę (...) spółkę z o.o. Protokoły nie zawierały żadnych uwag, co do jakości wykonanych prac.

Po odbiorze robót budowlanych (...) spółka z o.o. wystawiła (...) spółce z o.o. następujące faktury VAT:

- fakturę VAT nr (...)EW z 29 lutego 2008 r. na kwotę 141966,98 zł brutto z terminem płatności do 30 marca 2008 r.,
- fakturę VAT nr (...)EW z 31 marca 2008 r. na kwotę 153102,64 zł brutto z terminem płatności do 30 kwietnia 2008 r.,
- fakturę VAT nr (...).(...)EW z 30 kwietnia 2008 r. na kwotę 785396,41 zł brutto z terminem płatności do 30 maja 2008 r.,
- fakturę VAT nr (...)EW z 28 maja 2008 r. skorygowana (...)EW na kwotę 934505,27 zł brutto z terminem płatności do 27 czerwca 2008 r.,
- fakturę VAT nr (...)EW z 26 czerwca 2008 r. na kwotę 1.153.393,33 zł brutto z terminem płatności do dnia 26 lipca 2008 r.,
- fakturę VAT nr (...)EW z 31 lipca 2008 r. na kwotę 311.412,34 zł brutto z terminem płatności do dnia 30 sierpnia 2008 r.,
- fakturę VAT nr (...)EW z 4 września 2008 r. na kwotę 145.999,69 zł brutto z terminem płatności do dnia 4 października 2008 r.

Do każdej z faktur został dołączony protokół odbioru robót podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentowania (...) sp. z o.o., potwierdzający ich wykonanie i odbiór.

Generalny wykonawca (...) sp. z o.o. zapłaciła za wykonane roboty objęte umową stron na rzecz (...) sp. z o.o. należności wynikające z faktur VAT zatrzymując, w miejsce gwarancji bankowej 10% ich wartości, na łączną kwotę 296.428,28 zł. Zakwestionowana została jedynie faktura VAT nr (...)EW z 4 września 2008 r. wystawiona tytułem wykonania prac dodatkowych, której generalny wykonawca nie uregulował.

Pismem z dnia 2 lutego 2010 r. (...) sp. z o.o., po upływie okresu, w którym gwarancja określona w art. 8 umowy miała obowiązywać, tj. rok od daty odbioru robót budowlanych, wezwała generalnego wykonawcę do zapłaty całości zatrzymanego wynagrodzenia oraz uiszczenia niezapłaconego wynagrodzenia określonego w fakturze VAT nr (...)EW za roboty dodatkowe, jednocześnie # z uwagi na brak wydania protokołu odbioru końcowego robót # wniosła o doręczenie protokołu końcowego w terminie 5 dni od dnia otrzymania wezwania.

Wobec bezskuteczności wezwania do zapłaty kierowanego do wykonawcy (...) sp. z o.o., podwykonawca wezwał w trybie art. 647<sup>1</sup> §5 k.c. do zapłaty inwestora (...) spółkę z o. o., tj. pismem z dnia 17 lutego 2010 roku (...) sp. z o.o. wezwała inwestora do zapłaty kwoty 430.461,33 zł w terminie do 5 dni od dnia otrzymania wezwania. Wezwanie doręczono inwestorowi w dniu 4 marca 2010 r. Wezwanie do zapłaty pozostało bezskuteczne.

Postanowieniem z dnia 6 lipca 2010 roku Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie Wydział VIII Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych ogłosił upadłość (...) spółki z o.o. z siedzibą w S. z możliwością zawarcia układu, pozostawiając upadłemu zarząd własny jego majątkiem, a jako nadzorcę sądowego wyznaczając Z. K.. Następnie postanowieniem z dnia 2 lipca 2013 roku Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieścia w Krakowie Wydział VIII Gospodarczy dla spraw upadłościowych i naprawczych zmienił powyższe postanowienie # z postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu na postępowanie obejmujące likwidację majątku upadłego, jednocześnie powołując na syndyka masy upadłości Z. K..

Wobec powyższego postanowieniem z dnia 25 października 2013 roku postępowanie w sprawie niniejszej zostało zawieszona, a następnie postanowieniem z 14 grudnia 2013 r. podjęte z udziałem Syndyka masy upadłości (...) spółki z o.o. z siedzibą w K.. W toku procesu zmianie uległa również siedziba powoda.

Zeznania świadka P. G. (1) Sąd Okręgowy ocenił jako wiarygodne. Świadek był pracownikiem (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i inspektorem nadzoru z ramienia pozwanej, posiadał pełną wiedzę co do zakresu swojego umocowania do składania oświadczeń woli w imieniu pozwanego, wyrażenia zgody na zawarcie umowy podwykonawstwa przez pozwanego z powodem, wykonania umowy o roboty budowlane, ustalenia stron procesu inwestycyjnego. Zeznania tego świadka korespondowały z dowodami w postaci dokumentów, w szczególności z treścią pełnomocnictwa udzielonego temu świadkowi przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W.. Dokument ten został podpisany przez F. S., i stanowił źródło umocowania świadka do akceptowania w imieniu pozwanej podwykonawców. P. G. (1) również potwierdził, iż na zgłoszeniu powoda jako podwykonawcy widniał jego podpis oraz własnoręcznie sporządzona adnotacja „zgadzam się”.

W ocenie Sądu Okręgowego zeznania świadka M. A. także były wiarygodne. Świadek był kierownikiem budowy przy ul. (...) w B.(...) oraz pracownikiem generalnego wykonawcy # (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.. Świadek ten również potwierdził fakt zgłoszenia powoda jako podwykonawcy do P. G. (1) i jego akceptację przez pozwaną.

Podobnie, jako wiarygodne, Sąd Okręgowy ocenił zeznania świadka A. T.'a. Zeznania tego świadka korespondowały ze zgromadzonymi w sprawie dowodami w postaci dokumentów, a także zeznaniami świadków: P. G. (1) oraz M. A.. Świadek potwierdził, iż działał jako pełnomocnik (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i po konsultacji z zarządem tej spółki decydował o podpisaniu każdej umowy podwykonawstwa, jak również jednoznacznie wskazał na fakt zawarcia umowy podwykonawstwa z powodem. Ponadto, świadek potwierdził, że P. G. (1) mógł akceptować podwykonawców, o czym wiedział i to akceptował F. S. reprezentujący pozwaną.

Zeznaniom świadka R. S., Sąd Okręgowy również dał wiarę w całości, podobnie za wiarygodne uznał zeznania świadka S. S..

Pozwana cofnęła wniosek o przesłuchanie świadka F. S. (pismo z dnia 28.08.2013 r. k.699), zatem przeprowadzenie tego dowodu stało się bezprzedmiotowe.

Sąd Okręgowy oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu do spraw badania autentyczności dokumentu uznając go za zbędny, jako że dotyczył okoliczności, które zostały ustalone na podstawie zeznań świadków P. G. (1) i M. A. o przesłuchanie. Ponadto, nie istnieją obecnie techniczne możliwości dla ustalenia dokładnej daty (dnia), w którym powstał wydrukowany dokument. Do decyzji procesowych Sądu Okręgowego w zakresie wniosków dowodowych żadna ze stron nie zgłosiła zastrzeżeń w trybie art. 162 k.p.c.

Sąd Okręgowy wskazał, że pozwana kwestionowała istnienie umowy o roboty budowlane w formie wymaganej przez art. 647<sup>1</sup> k.c. Podniosła ponadto, że pełnomocnictwo udzielone P. G. (1) nie obejmowało umocowania do udzielania zgody na zawieranie umów z podwykonawcami.

Jako podstawę roszczenia powódka wskazała art. 647<sup>1</sup> §5 k.c., zgodnie z którym zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Stosownie do art. 647<sup>1</sup> §2 k.c. 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. Zgodnie z poglądem przeważającym w orzecznictwie, wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą nie jest warunkiem jej ważności, lecz jedynie kreuje odpowiedzialność inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego temu wykonawcy (por. uchwała SN z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008/11/121).

Sąd Okręgowy wskazał, że nie był trafny argument, że powódka nie zawarła z (...) spółką z o.o. umowy o podwykonawstwo robót budowlanych. Przeczyła temu wprost nie tylko treść Istotnych Warunków Umowy, lecz także wykładnia zawartych w nich oświadczeń woli oparta na art. 65 k.c. Celem stron było zawarcie umowy przy jednoczesnym uwzględnieniu w jej treści wszystkich postanowień, a nie wyłącznie wyrażenie intencji w tym zakresie, tj. co do zawarcia umowy na przyszłość na uzgadnianych warunkach. Wynika to także z faktu, że po zawarciu listu intencyjnego w postaci Istotnych Warunków Umowy strony przystąpiły i to jeszcze tego samego dnia do wykonywania robót określonych w tych właśnie Istotnych Warunkach Umowy.

W ocenie Sądu Okręgowego nie sposób przyjąć, że strony zawarły jedynie umowę przedwstępną, w sytuacji gdy niezwłocznie tj. w terminie w niej wskazanym, przystąpiły do jej realizacji i zawarły w tej umowie wszelkie istotne, niezbędne postanowienia. Gdyby był to wyłącznie list intencyjny mający dopiero doprowadzić do zawarcia umowy właściwej, strony wskazałyby w nim termin zawarcia umowy właściwej, a tego nie uczyniły. Analiza treści umowy wskazuje, że na wstępie strony składają sobie wzajemnie deklarację zawarcia umowy, a następnie # wobec dojścia do porozumienia co do jej postanowień # umowę tę zawierają za wynagrodzeniem i na warunkach określonych w dalszych częściach listu intencyjnego. W umowie tej ponadto określono elementy istotne umowy podwykonawczej takie jak: jej strony, przedmiot, termin rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych, wysokość wynagrodzenia podwykonawcy i warunki płatności, postanowienia co do gwarancji, rękojmi, kar umownych oraz zawarto w niej inne niezbędne postanowienia. Wprawdzie w treści porozumienia (punkt 2 wstępnych oświadczeń) znalazł się zapis, że „strony zamierzają zawrzeć umowę o roboty budowlane”, nie oznacza to jednak, że miała to być odrębna umowa. Wynika to z analizy treści całego punktu 2 wstępnych oświadczeń. Treść ta, zwłaszcza odwołanie do wzorca (...), oznacza, że sformułowanie „zamierzają” nie znaczy, że zamierzają zawrzeć osobną umowę, ale zamiar ten dotyczył zastosowania wzorca (...). Użycie słowa „zamiar” występuje w części wstępnej umowy. W ocenie Sądu Okręgowego, ponieważ strony

nie zawarły kolejnej umowy, realizując postanowienia listu intencyjnego, zamiarem stron było, aby „wiązący list intencyjny” był realizowany, jako umowa o podwykonawstwo.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko powódki, że ta jako podwykonawca została zgłoszona pozwanej pismem z 19 lutego 2008 r. przez (...) spółkę z o.o., zaś pozwana jako inwestor reprezentowany przez P. G. (1), zaakceptowała powódkę jako podwykonawcę oraz wyraziła zgodę na zawarcie umowy podwykonawstwa. Inwestor # działając przez pełnomocnika # wyraził zgodę zarówno na wybór powódki jako podwykonawcy, jak i na zakres robót (opisanych w załączniku (...) do umowy), które podwykonawca miał wykonać. Co za tym idzie, należało przypisać odpowiedzialność inwestorowi (...) spółce z o.o. na podstawie art. 647<sup>1</sup> §5 k.c.

Sąd Okręgowy uznał, że P. G. (1) został umocowany do reprezentowania pozwanej i również w tym zakresie podzielił argumentację przedstawioną przez powódkę. Działania pełnomocnika, co wynika wprost z istoty pełnomocnictwa # należy traktować tak, jak działania samego mocodawcy (art. 95 §2 k.c). W ocenie Sądu Okręgowego, P. G. (1) działał w granicach udzielonego mu pełnomocnictwa. Obejmowało ono umocowanie do reprezentowania spółki „we wszystkich postępowaniach (w tym administracyjnych) i czynnościach związanych z inwestycją polegającą na budowie hali produkcyjno # magazynowej z zapleczem socjalno # biurowym wraz z infrastrukturą towarzyszącą (...)” i był on „uprawniony do składania i podpisywania wszelkich formularzy, oświadczeń, wniosków i umów oraz dokonywania wszelkich czynności koniecznych do prawidłowego wykonywania niniejszego pełnomocnictwa”. Obejmowało więc także wyrażanie zgody na zawieranie przez wykonawcę umów z podwykonawcami, gdyż jest to niewątpliwie czynność związana z inwestycją. Aby wyłączyć z zakresu pełnomocnictwa akceptację zawierania umów z podwykonawcami, przy takim jego brzmieniu, musiałoby to zostać wyrażone wprost. Pełnomocnictwo udzielone P. G. (1) nie zawierało wyłączeń określonych czynności z zakresu umocowania. Z treści pełnomocnictwa udzielonego przez członka zarządu pozwanej F. S., który udzielił dalszego pełnomocnictwa P. G. (1), wynikało jednoznacznie jego upoważnienie do samodzielnego reprezentowania pozwanej spółki w związku z wszelkimi czynnościami, których podjęcie było niezbędne w celu wykonania jej praw i zobowiązań wynikających m. in. z umowy o realizację objętego sporem projektu inwestycyjnego, z prawem do udzielania dalszych pełnomocnictw. Zakres umocowania pełnomocnika nie budził wątpliwości samego pełnomocnika oraz osób, które zwracały się do niego w sprawach dotyczących procesu inwestycyjnego. Pełnił on również na budowie funkcję inspektora nadzoru, a zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 ustawy Prawo budowlane do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Wynika z tego, że nawet gdyby przedstawione przez powódkę pełnomocnictwo nie istniało, to P. G. (1) miałby # z mocy ustawy # uprawnienia do reprezentowania inwestora w tym # do składania w jego imieniu oświadczeń woli w zakresie czynności związanych z inwestycją. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 października 2003 r. (sygn. III CSK 57/02, LEX nr 157284) wskazał, iż fakt, że inspektor nadzoru ma określone ustawą obowiązki i uprawnienia, a nie ma wśród nich umocowania do działania jako pełnomocnik inwestora wobec wykonawcy, nie wyklucza możliwości umocowania inspektora do reprezentowania go wobec wykonawcy. Takie umocowanie może być wyraźne lub dorozumiane. Z zeznań P. G. (1) wynikało, że to jemu wykonawca przedstawiał podwykonawców, to on sprawdzał te podmioty i akceptował ich udział w procesie inwestycyjnym. Umocowanie P. G. (1) do udzielenia zgody na podwykonawstwo potwierdziły także zeznania świadka A. T.'a.

W ocenie Sądu Okręgowego, skoro tego rodzaju praktyka była akceptowana i inwestor nie zgłosił zastrzeżeń do takiej procedury, to # także w sposób dorozumiany udzielił P. G. (1) pełnomocnictwa do reprezentowania inwestora przy czynnościach związanych z wyborem podwykonawców.

Sąd Okręgowy wskazał, że tym samym umowę z 11 lutego 2008 roku należało zakwalifikować jako umowę o podwykonawstwo robót budowlanych, na podstawie przedstawionego wzoru umowy stosowanego przy prowadzeniu inwestycji. Sporna umowa została zawarta w prawidłowej formie pisemnej określonej przepisem art. 647<sup>1</sup> §4 k.c. Pozwana nie kwestionowała faktu, iż powódka wykonała roboty uwzględnione w umowie # Załączniku(...). Ponadto należności wynikające z faktur VAT przedłożonych przez powódkę, poza fakturą nr (...)EW, zostały uregulowane przez

wykonawcę w wysokości pomniejszonej o wartość 10% wynagrodzenia, które to na mocy postanowień umownych stanowiły gwarancję wykonania zobowiązania.

Sąd Okręgowy wskazał, że gwarancja bankowa # wynikająca z art. 8 ust. 1 umowy # została zastąpiona przez (...) sp. z o.o. w ten sposób, że wskazana spółka zatrzymywała z każdej wystawionej faktury kwotę 10% wynagrodzenia z tytułu gwarancji wykonania postanowień kontraktowych. Gwarancja miała obowiązywać do momentu przekazania robót (art. 8 ust. 1 umowy). Mając na uwadze, że roboty budowlane objęte umową, zostały odebrane przez generalnego wykonawcę (...) sp. z o.o. bez żadnych zastrzeżeń, na mocy art. 647<sup>1</sup> §5 k.c., pozwana jako inwestor odpowiadający solidarnie razem z wykonawcą winna dokonać zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Tym samym Sąd Okręgowy jako uzasadnione uznał roszczenie o zapłatę kwoty 296.428,82 zł jako równowartości 10% zatrzymanego wynagrodzenia z tytułu gwarancji wykonania zobowiązań kontraktowych # objętych umową o podwykonawstwo z (...) spółką z o.o. Z tych względów na podstawie art. 647<sup>1</sup> §1, 2 i 5 k.c. orzekł jak w punkcie I sentencji wyroku.

Zgodnie z art. 481 §1 k.c., jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Roszczenie o zapłatę odsetek obejmowało żądanie zapłaty odsetek ustawowych począwszy od dnia 10 marca 2010 roku, tj. od upływu terminu wyznaczonego pozwanej na zapłatę w wezwaniu z dnia 17 lutego 2010 roku. Wezwanie doręczono pozwanej dnia 4 marca 2010 r. wyznaczając 5 dni na dokonanie zapłaty, zatem termin do zapłaty upłynął z dniem 9 marca 2010 roku. Wobec powyższego odsetki za opóźnienie były należne powódce od dnia 10 marca 2010 r. do dnia zapłaty.

W ocenie Sądu Okręgowego roszczenie powódki w pozostałej części dotyczącej wynagrodzenia za roboty dodatkowe, nie zostało wykazane. Powódka wskazywała, iż wykonywała również zlecone przez (...) spółkę z o. o. prace dodatkowe, które były odbierane protokołami odbioru, opiewające na kwotę 134.032,51 zł, a określone w fakturze VAT nr (...)EW z dnia 4 września 2008 roku.

W umowie pisemnej nie określono zakresu prac dodatkowych ani nie wskazano sposobu ustalenia za te prace wynagrodzenia. Zakres wykonanych prac w ramach podwykonawstwa dodatkowych robót budowlanych powinien zostać potwierdzony na piśmie, pod rygorem nieważności (art. 647<sup>1</sup> §4 k.c.). Tylko wówczas można rozważać kwestię akceptacji przez inwestora podwykonawcy takich robót i ich zakres a w konsekwencji wynagrodzenie. Pozwana nie miała możliwości akceptacji prac dodatkowych, tym samym nie można przyjąć jej solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy z tytułu wykonania takich prac. Z tych względów Sąd Okręgowy powództwo w zakresie żądania kwoty 134.032,51 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe, określone w fakturze VAT nr (...)EW z dnia 4 września 2008 roku, oddalił.

**Zarzut potrącenia zgłoszony przez pozwaną Sąd Okręgowy ocenił jako bezpodstawny.** Zarzut potrącenia pojawił się dopiero na etapie postępowania sądowego, powódka wcześniej nie została obciążona jakąkolwiek karą umowną, nie był jej też zgłoszony taki zarzut ze strony inwestora. Przepisy regulujące postępowanie w sprawach gospodarczych w brzmieniu obowiązującym do 3 maja 2012 r. wyłączały dopuszczalność potrącenia w toku postępowania wierzytelności nieudowodnionych dokumentami (art. 479<sup>14</sup> §4 k.p.c.). W sprawie niniejszej niedopuszczalne było badanie zarzutu potrącenia kwoty 260.933,41 zł, zgłoszonego na etapie odpowiedzi na pozew, wobec braku udowodnienia tych wierzytelności dokumentami. Pozwana do potrącenia przedstawiła kwotę 260.933,41 zł, a kwestia istnienia tej wierzytelności z uwagi na imperatywny zakaz z art. 479<sup>14</sup> §4 k.p.c. nie mogła być wykazywana innym dowodem niż dowód z dokumentów. Sąd Okręgowy podkreślił, iż zasadność podniesionego zarzutu potrącenia podlegała ocenie w świetle z art. 498 §1 k.c., który stanowi, iż gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony. Potrącenie takie jest jednak dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy zostaną łącznie spełnione cztery przesłanki, tj. dwie osoby są względem siebie jednocześnie wierzycielami i dłużnikami, przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem

lub innym organem państwowym. Podstawową zatem przesłanką zasadności potrącenia jest istnienie zobowiązania dłużnika wzajemnego. Po trzeciej, po stronie pozwanej nie mogła powstać wierzytelność o zapłatę kar umownych, gdyż powódka nie popadła w zwłokę w wykonywaniu robót. Pozwana nie wykazała w żaden sposób opóźnienia w wykonaniu robót przez podwykonawcę, a zatem nie wykazała istnienia podstawowej przesłanki do naliczania kar umownych. Zobowiązanie do zapłaty kar umownych łączy inwestora oraz generalnego wykonawcę i jako takie nie obejmuje podwykonawców. Niezależnie od powyższego prace wykonywane przez powódkę nie były kwestionowane pod względem terminowości.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., stosunkowo je rozdzielając między stronami w związku z wynikiem procesu.

**Apelację od powyższego wyroku wniosła pozwana** zaskarżając go w pkt. I, III i V oraz zarzucając:

1. naruszenie art. 647<sup>(1)</sup>§2 i 4 k.c., w zw. z art. 65 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, iż (...) stanowił definitywną umowę o roboty budowlane pomiędzy powodem a generalnym wykonawcą (...) Sp. z o.o., podczas gdy z treści (...) wynika wprost, iż strony „zamierzają zawrzeć umowę o roboty budowlane [...] na podstawie umowy wzorcowej (...)Warunki umowy o roboty budowlane” ((...) of C. for (...)), pierwsze wydanie, 1999, art. 4 ust. 5 „listu intencyjnego” stanowi, iż „umowa będzie precyzować odpowiednie procedury przekazania wykonanych Prac i ustali sposób, w jaki może być przeprowadzona ocena, kiedy Prace są praktycznie ukończone [...]”; co potwierdza, iż strony dopiero zamierzały zawrzeć umowę opartą o wzorec kontraktowy (...), przy czym zawarty list intencyjny kontraktem opartym na wzorcu (...) bezsprzecznie nie jest, ergo wobec niezachowania formy pisemnej umowa taka jest nieważna, w rozumieniu art. 647<sup>(1)</sup>§4 k.c.;

2. naruszenie art. 65 §2 (w zw. z art. 647<sup>1</sup> §5) poprzez jego błędne zastosowanie i dokonanie wykładni zapisów wiążącego listu intencyjnego z dnia 11 lutego 2008 r. odzwierciedlającej jakoby „zgodny zamiar stron”, pomimo iż na okoliczność owego „zgodnego zamiaru” Sąd nie przeprowadził żadnego dowodu; w konsekwencji ów „zgodny zamiar stron” oddaje wyłącznie tok rozumowania Sądu; nadto, naruszenie art. 65 k.c. poprzez dowolne przyjęcie, iż postanowienie, że strony dopiero zamierzały zawrzeć umowę w przyszłości należy tłumaczyć jako zamiar oparcia umowy na wzorcu kontraktowym (...) # taka wykładnia listu intencyjnego wskazuje na swoiste poszukiwanie i stosowanie przez Sąd arbitralnych kryteriów wykładni, które mogłyby stanowić o zasadności powództwa;

3. naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Prawo budowlane poprzez jego błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż funkcja Inspektora Nadzoru Budowlanego upoważnia per se z mocy ustaw do akceptowania podwykonawców i zaciągania zobowiązań finansowych w imieniu inwestora, podczas gdy jedynym przepisem regulującym komentowaną kwestię jest art. 647<sup>1</sup> kodeksu cywilnego;

4. naruszenie art. 217 §2 k.p.c., w zw. z art. 278 §1 k.p.c. wskutek bezzasadnego oddalenia wniosku dowodowego strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii Instytutu Ekspertyz Sądowych im. prof. dr. Z. w K. na okoliczność ustalenia, czy pismo z dnia 19.02.2008 r. sygnowane przez świadka G. (którym rzekomo doszło do zaakceptowania powoda, jako podwykonawcy) powstało w tejże dacie, czy też w dacie późniejszej, podczas gdy dowód ten miał rozstrzygające znaczenie w zakresie oceny zeznań świadków; nadto rażące naruszenie art. 278 §1 k.p.c. poprzez przypisanie przez Sąd sobie samemu przymiotu biegłego w zakresie oceny okoliczności wymagających wiadomości specjalnych;

5. naruszenie art. 233 k.p.c., w zw. z art. 65 §1 k.c. poprzez błędne przyjęcie, iż zakres umocowania pełnomocnika P. G. upoważniał do akceptacji jakichkolwiek wykonawców/podwykonawców, podczas gdy prawidłowo dokonana wykładnia treści udzielonego P. G. pełnomocnictwa oraz porównanie tego pełnomocnictwa z innymi dowodami zgromadzonymi w sprawie, w szczególności z pełnomocnictwem udzielonym A. T.'owi (który był zwierzchnikiem P. G. (1)) wprost przeczy takiej ocenie # z treści pełnomocnictwa A. T. wprost i bezpośrednio wynikało upoważnienie do akceptacji podwykonawców i do zawierania z nimi umów, podczas gdy tego rodzaju uprawnienie nie zostało zawarte w pełnomocnictwie P. G.;



6. naruszenie art. 233 k.p.c., w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez dokonanie wybiórczej i sprzecznej z zasadami prawidłowego rozumowania oceny dowodów z zeznań świadków: P. G. (1) oraz A. T. w zestawieniu z dowodem z dokumentów w postaci pełnomocnictw udzielonych A. T.'owi oraz P. G. (1), a co przejawia się w całkowitym zbagatelizowaniu faktu, że pełnomocnictwo A. T.'a wprost przewidywało możliwość akceptacji podwykonawców, podczas gdy umocowanie dla P. G. (1) nie zawierało takiego uprawnienia; właściwa ocena tych dowodów prowadzi do oczywistej konstatacji, że P. G. nie mógł akceptować podwykonawców ani zaciągać jakichkolwiek zobowiązań finansowych w imieniu inwestora, w tym na podstawie rzekomego dorozumianego pełnomocnictwa udzielonego mu przez inwestora;

7. naruszenie art. 647<sup>1</sup> §3 oraz 5 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przypisanie pozwanej solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania generalnego wykonawcy tj. (...) Sp. z o.o. wobec powoda, w tym za zobowiązania (roboty dodatkowe) przewyższające kwotę wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianego w wiążącym liście intencyjnym # dodatkowo naruszenie art. 328 §2 k.p.c. poprzez wewnętrzną sprzeczność części motywacyjnej zaskarżonego wyroku, skoro z uzasadnienia wynika, że Sąd rozszczył powoda o wynagrodzenie za roboty dodatkowe oddalił, jednocześnie zasądając na jego rzecz kwotę przewyższającą 10% zatrzymanego wynagrodzenia według jego wartości określonej w liście intencyjnym z dnia 11 lutego 2008 r. (!);

8. naruszenie art. 358<sup>1</sup> k.c. poprzez całkowicie niezrozumiałą konstatację, iż zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie w procesie budowanym możliwe jest wyłącznie w umowie pomiędzy inwestorem i wykonawcą (!) i nie dotyczy podwykonawców; w konsekwencji powyższego nieuwzględnienie zarzutu potrącenia zgłoszonego przez pozwaną, przy jednoczesnym naruszeniu przez Sąd art. 479<sup>14</sup> §4 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 maja 2012 r.

Pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.

Nadto pozwany wniósł o dopuszczenie dowodu z protokołu rozprawy z dnia 3 marca 2011 r. Sądu Okręgowego w Bielsku # Białej V Wydział Gospodarczy Sygn. akt V GC 88/10 w zakresie zeznań świadka P. G. (1), na okoliczność wiedzy w/w świadka odnośnie skutków prawnych zaakceptowania podwykonawcy przez inwestora.

Powód wniósł o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

apelacja nie jest zasadna i podlega oddaleniu w oparciu o art. 385 k.p.c.

Ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Zarzut naruszenia art. 233 par. 1 k.p.c. jest chybiony. Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił zgromadzony materiał dowodowy i wywiódł z niego trafne i logiczne wnioski, a zarzuty podniesione w apelacji stanowią jedynie polemikę z ustaleniami tego sądu.

Prawidłowo ustalił sąd I instancji, że umowa o podwykonawstwo pomiędzy (...) spółka z o.o. i (...) spółka z o.o. o podwykonawstwo zawarta została na piśmie 11.02.2008r.

Pozwana nie wykazała, że złożona do akt umowa jest jedynie zobowiązaniem stron do zawarcia stosownej umowy w przyszłości. Sporna umowa sporządzona została w języku angielskim przy czym do akt złożono tłumaczenie sporządzone przez tłumacza przysięgłego Z. W. (k. 74-93). Tekst sporządzony przez tłumacza nie był kwestionowany przez żadną ze stron, należy zatem przyjąć, że wiernie oddaje istotę zawartego porozumienia. Podkreślić należy, że zgodnie z tłumaczeniem, w umowie z 11.02.2008r. strony nie użyły sformułowania „list intencyjny”, którego używa

pozwana, lecz sformułowania „**istotne warunki umowy** określane dalej jako umowa” (k. 74). W ustępie pierwszym umowy czytamy, że „strony doszły do porozumienia w kwestii wykonania robót ziemnych”, a w ustępie drugim, że zobowiązują się do zawarcia obowiązującej umowy budowlanej ze „stałą ceną” ( Umowy o Podwykonawstwo)... i zgodnie z powyższym uzgadniają warunki umowy. Taki zapis, w ocenie Sądu Apelacyjnego jednoznacznie wskazuje, że strony zawarły ostateczną umowę o podwykonawstwo a nie jedynie umowę wstępną bądź zobowiązującą do zawarcia umowy o podwykonawstwo w przyszłości. Sąd Okręgowy trafnie wyłożył w/w umowę nie naruszając przy tym art. 65 par. 2 k.c. Za stanowiskiem takim przemawia fakt, że strony uzgodniły wszystkie istotne postanowienia umowy o podwykonawstwo w tym zakres prac, wynagrodzenie podwykonawcy, termin wykonania prac, kary umowne, gwarancje, kaucje, prawo obowiązujące w stosunku do umowy a nawet sposób rozstrzygania sporów. Jednocześnie w żadnym miejscu umowy nie znalazł się zapis, iż jakieś kwestie podlegać będą dalszym negocjacom, pozwana nie wykazała, że poza postanowieniami zawartymi w umowie, istnieją kwestie nie uregulowane, wymagające uzgodnienia. Nie wyznaczono terminu zawarcia kolejnej umowy. W końcowej części umowy strony użyły sformułowania „niniejsze istotne warunki umowy zostały sporządzone i podpisane w lutym 2008”. W języku polskim określenie „istotne warunki umowy” oznacza umowę. Gdyby w/w umowa nie była umową ostateczną, musiałaby precyzować termin zawarcia umowy ostatecznej oraz okoliczności, od których uzależnione będzie jej zawarcie. Tego rodzaju postanowień brak, co więcej od razu po zawarciu w/w umowy (...) spółka z o.o. przystąpiła do wykonywania robót, o których mowa w w/w umowie. Rację ma zatem sąd I instancji, że zarówno literalna wykładnia umowy jak i wykładnia celowościowa a także okoliczności zawarcia umowy i zachowanie stron bezpośrednio po zawarciu umowy, nie pozostawiają wątpliwości, że doszło do zawarcia ostatecznej umowy o podwykonawstwo. Pozwana nie zgłosiła dowodów, które mogłyby powyższą konkluzję podważyć. Odwoływanie się przez apelującą do orzeczeń, jakie zapadły w innych procesach tj. w sprawach toczących się przed Sądem Apelacyjnym w Katowicach sygn. akt V ACa 107/10 i V ACa 444/11 nie podważa owej konkluzji albowiem nieznanne są okoliczności i kontekst zawarcia umów, które były przedmiotem wykładni przed Sądem w Katowicach a co ważniejsze powód nie był stroną owych umów.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenie sądu I instancji, że pełnomocnictwo udzielone P. G. (1) przez F. S. upoważniało go do akceptacji podwykonawców w imieniu (...) spółki z o.o. Treść w/w pełnomocnictwa (k.171 ) nie nasuwa w tym względzie żadnych wątpliwości. P. G. uprawniony był wedle tego pełnomocnictwa **do reprezentowania spółki (...) we wszelkich czynnościach związanych z inwestycją**, w tym do składania i podpisywania wszelkich formularzy, oświadczeń, wniosków i umów oraz dokonywania wszelkich innych czynności koniecznych do prawidłowego wykonania pełnomocnictwa. Niewątpliwie do czynności związanych z inwestycją należy akceptowanie podwykonawców. Jest to czynność konieczna dla realizacji procesu inwestycyjnego ( k.571). Sam P. G. (1) nie ma wątpliwości, że pełnomocnictwo, które zostało mu udzielone upoważniało go do akceptowania podwykonawców ( zeznania k. 611). W ramach tego pełnomocnictwa akceptował wielu podwykonawców i nie było takiego zdarzenia aby (...) zarzucił mu przekroczenie uprawnień bądź kwestionował dokonane przez niego czynności. A. T. bywał na budowie raz na dwa tygodnie i nie miał zarzutów do świadka o to, że akceptuje wykonawców ( k.611). A. T. także był pełnomocnikiem (...), znał okoliczności zawarcia umowy o podwykonawstwo między (...) a E. i wedle jego zeznań także zaakceptował E. jako podwykonawcę ( k. 691v), nie ma więc wątpliwości, że powódka została zaakceptowana przez inwestora jako podwykonawca. Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej oceny zeznań w/w świadków. Pełnomocnictwo A. T.'a wprost przewidywało możliwość akceptacji podwykonawców. Rację ma sąd I instancji, że okoliczność iż pełnomocnictwo udzielone P. G. (1) nie stanowiło wprost o możliwości akceptacji podwykonawców nie oznacza, że taką możliwość wyłączało. Powyższe nie ma jednak znaczenia w sytuacji, gdy A. T. wyraźnie zeznał: „ja zaakceptowałem E. jako podwykonawcę” ( k.691v) i gdy jak wynika z jego zeznań treść umowy o podwykonawstwo była mu znana.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko sądu I instancji, że dowód z opinii Instytutu Ekspertyz Sądowych im. prof. dr. Z. w K. na okoliczność ustalenia, czy pismo z dnia 19.02.2008 r. sygnowane przez świadka G. (którym doszło do zaakceptowania powoda, jako podwykonawcy) powstało w tejże dacie, czy też w dacie późniejszej, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia. Zarzut naruszenia art. 217 §2 k.p.c., w zw. z art. 278 §1 k.p.c. jest chybiony. W sprawie nie zachodziła potrzeba skorzystania z opinii biegłego albowiem dla poczynienia ustaleń faktycznych niezbędnych dla rozstrzygnięcia nie są wymagane wiadomości specjalne, poza tym rację ma sąd I instancji, że w aktualnym stanie wiedzy niemożliwe jest ustalenie w jakiej konkretnej dacie pismo zostało podpisane. Ponadto pozwana w żaden sposób

nie uprawdopodobniła twierdzenia, iż wbrew treści dokumentu znajdującego się na k.165 oraz wbrew zeznaniom świadków P. G. (1) i A. T. oraz M. A. inwestor nie zaakceptował podwykonawcy w dniu 19.02.2008r.

Pełnomocnicy inwestora w toku procesu inwestycyjnego mieli pełną świadomość, że prace wykonują podwykonawcy, gdyż generalny wykonawca nie dysponował własnym zapleczem technicznym i osobowym dla wykonania zleconych prac ( zeznania A. T.). Czynności, obejmujące aktywne zachowania, pełnomocników inwestora na budowie ( A. T. i P. G. (1) ) przejawiały dostatecznie wolę w postaci zgody na wykonywanie prac przez powoda jako podwykonawcę. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy, zgoda inwestora, wymagana przez art. 647<sup>1</sup> § 2 i 3 k.c., może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia je w sposób dostateczny - wyrok Sądu Najwyższego z 21.08.2014r., IV CSK 733/13, (art. 60 k.c.). P. G. (1) wyraził pisemną zgodę na wykonanie prac przez podwykonawcę a A. T. wyraził ją w sposób dorozumiany. W czasie swych pobytów na budowie nie sprzeciwiał się wpuszczaniu powódki na plac budowy i dopuszczaniu jej do realizacji prac.

Chybiony jest zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Prawo budowlane poprzez jego błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż funkcja Inspektora Nadzoru Budowlanego upoważnia per se z mocy ustawy do akceptowania podwykonawców, albowiem P. G. (1) występował w procesie inwestycyjnym w podwójnej roli, zarówno jako inspektor nadzoru jak i jako pełnomocnik inwestora na podstawie stosownego pełnomocnictwa, o którym była mowa wyżej.

Sąd Apelacyjny oddalił wniosek pozwanej o dopuszczenie dowodu z protokołu rozprawy z dnia 3.03.2011r. Sądu Okręgowego w Bielsku Białej sygn. akt V GC 88/10 w zakresie zeznań świadka P. G. (1) na okoliczność wiedzy świadka odnośnie skutków prawnych zaakceptowania podwykonawcy przez inwestora, albowiem dopuszczenie tego dowodu naruszyłoby zasadę bezpośredniości. Jeśli w ocenie pozwanej świadek złożył odmienne zeznania przed Sądem Okręgowym w Bielsku-Białej, to należało zgłosić wniosek o ponowne przesłuchanie świadka w niniejszej sprawie celem wyjaśnienia owych rozbieżności. Brak takiego wniosku czyni wniosek o dopuszczenie dowodu z protokołu rozprawy, która odbyła się przed innym sądem, w innej sprawie, nieuzasadnionym. Powódka nie brała udziału w tamtym postępowaniu i nie dotyczyło ono zakresu prac objętych niniejszym postępowaniem.

Rację ma sąd I instancji, że zarzut potrącenia zgłoszony przez pozwaną nie może być uwzględniony. Wprawdzie nietrafne są wywody tego sądu, iż w sytuacji gdy zobowiązanie do zapłaty kar umownych łączy inwestora oraz generalnego wykonawcę ten ostatni nie może podnieść zarzutu potrącenia wobec podwykonawcy. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 września 2012 r. IV CSK 91/12 wskazał, że zgodnie z art. 375 § 1 k.c. dłużnik solidarny może się bronić zarzutami, które przysługują mu osobiście wobec wierzyciela, jak również tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom. Należy do nich zaliczyć m.in. umorzenie zobowiązania na skutek spełnienia świadczenia ze skutkiem zaspokojenia wierzyciela i na skutek potrącenia. Co do tego ostatniego, to istota odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy wyklucza nie tylko odwołanie się do dokonania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy ale i zarzutu potrącenia dokonanego w relacji inwestor - wykonawca. Za dopuszczalny uznać należy jednak zarzut umorzenia zobowiązania w następstwie potrącenia w relacji wykonawca - podwykonawca lub inwestor - podwykonawca.

W sprawie niniejszej nie doszło do potrącenia w relacji wykonawca- podwykonawca a w każdym razie pozwana nie wykazała, aby generalny wykonawca złożył powódce oświadczenie o potrąceniu, takiego oświadczenia pozwana nie może złożyć osobiście, bo potrącenie przysługuje wyłącznie wykonawcy.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że zgodnie z umową pomiędzy powódką a (...) spółką z o.o. podwykonawca zobowiązany był do zapłaty kary umownej za każdy dzień zwłoki w ukończeniu prac. Samo oddanie pracy po upływie uzgodnionego terminu jest opóźnieniem ale nie jest równoznaczne ze zwłoką, dla zaistnienia której wymagane jest zawinięcie dłużnika. Powódka wywodziła, że nie ponosi winy za opóźnienie albowiem wykonywała roboty dodatkowe i zamienne. Fakt wykonywania takich robót przez powódkę jest bezsporny. Pozwana wywodziła jedynie, że nie została poinformowana o zakresie i wartości prac dodatkowych ( k.339v). Co istotne, prace wykonane przez powódkę nie były kwestionowane przez wykonawcę pod względem terminowości. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że opóźnienie w

ukończeniu prac było przez powódkę zawinione, a tym samym brak jest podstaw do obciążenia powódki obowiązkiem zapłaty kary umownej za zwłokę w ukończeniu prac.

Chybiony jest zarzut naruszenia art. 647<sup>1</sup> §3 oraz 5 k.c. Prawidłowa jest konstatacja Sądu Okręgowego, że pozwana ponosi solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za zapłatę powódce wynagrodzenia w kwocie 296.428, 82 zł. za roboty budowlane wykonane przez powódkę.

Kwota 296.428,82 zł. stanowi 10% zatrzymanego wynagrodzenia z tytułu gwarancji wykonania zobowiązań kontraktowych. Prace wykonane przez powódkę i objęte fakturami, z których dokonano zatrzymania części wynagrodzenia tytułem gwarancji, obejmują zarówno prace objęte umową jak i prace zamiennie w stosunku do rozwiązań projektowych, nie będące pracami dodatkowymi. Fakt uiszczenia zapłaty za te prace oznacza, że zostały one zaakceptowane zarówno przez generalnego wykonawcę jak i przez inwestora. Z zeznań A. T. wynika, że jako pełnomocnik inwestora wiedział on o tych pracach i akceptował je. Przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby nielogiczne i nieracjonalne. Wedle twierdzeń powódki prace zamiennie zostały wykonane na polecenie generalnego wykonawcy i były konieczne dla prawidłowego wykonania zadania. W toku procesu przed sądem I instancji pozwana nie kwestionowała wykonania przez powódkę prac zamiennych ani ich wartości. Brak jest zatem podstaw do obniżenia zasądzonej kwoty do kwoty 260.933,41 zł.

Prac dodatkowych dotyczyła jedynie faktura nr (...)EW z dnia 4.09.2008r. na kwotę 134.032,51 zł., co między stronami nie było sporne, chybiony jest zatem zarzut, iż zaskarżony wyrok zawiera wewnętrzną sprzeczność. Art. 328 par. 2 k.p.c. nie został przez sąd I instancji naruszony.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny orzekł jak na wstępie, w oparciu o art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu za II instancję Sąd Apelacyjny orzekł zgodnie z wynikiem sporu, w oparciu o art. 98 par. 1 i 3 k.p.c.