***Sygn. akt VII ACa 920/17***

# WYROK
## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

***Dnia 13 grudnia 2017 r.***

***Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:***

***Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Stefańska***

***Sędzia SA – Aldona Wapińska***

***Sędzia SO (del.) – Magdalena Sajur – Kordula (spr.)***

***Protokolant: – sekr. sądowy Karolina Kulibska – Janusz***

***po rozpoznaniu w dniu 13 grudnia 2017 r. w Warszawie***

***na rozprawie***

***sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C.***

***przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K. i Gminie M. C.***

***o zapłatę***

***na skutek apelacji pozwanego Gminy M. C.***

***od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie***

***z dnia 5 kwietnia 2016 r., sygn. akt XX GC 514/15***

I. ***prostuje zaskarżony wyrok w ten sposób, że oznacza go jako wyrok częściowy;***

II. ***zmienia zaskarżony wyrok w punkcie III nadając mu treść:***

***„zasądza od Gminy M. C. na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C. kwotę 377.092,54 zł (trzysta siedemdziesiąt siedem tysięcy dziewięćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt cztery grosze) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 25 marca 2011 r. do dnia zapłaty – z tym zastrzeżeniem, że Gmina M. C. odpowiada w powyższym zakresie solidarnie z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w W., w stosunku do której w dniu 29 czerwca 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał prawomocny wyrok zaoczny w sprawie o sygnaturze XX GC 323/11” i oddala powództwo w stosunku do Gminy M. C. w pozostałym zakresie;***

III. ***oddala apelację w pozostałym zakresie;***

IV. ***zasądza od Gminy M. C. na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C. kwotę 10.800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.***

***Sygn. akt VII ACa 920/17***

# UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 16 maja 2011 r. powód – Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w C. wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (pozwany ad. 1), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (pozwany ad. 2), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (pozwany ad. 3), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (pozwany ad. 4) oraz Urzędu Miasta C. (pozwany ad. 5) kwoty 377.092,54 złotych wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od następujących kwot za następujące okresy:

- od kwoty 140.300 złotych od dnia 18.09.2010 r. do dnia zapłaty;

- od kwoty 114.680 złotych od dnia 04.10.2010 r. do dnia zapłaty;

- od kwoty 117.364 złotych od dnia 15.11.2010 r. do dnia zapłaty;

- od kwoty 4.748,54 złotych od dnia 16 maja 2011 r. do dnia zapłaty;

oraz o zasądzenie solidarnie od pozwanych kosztów procesu według norm przepisanych.

Postanowieniem z dnia 23 maja 2011 r. Sąd Okręgowy odrzucił pozew w stosunku do Urzędu Miasta C., zaś pismem z dnia 9 czerwca 2011 r. strona powodowa cofnęła powództwo przeciwko pozwanemu ad. 2 – (...) sp. z o.o., w związku z czym postanowieniem z dnia 29 czerwca 2011 r. Sąd umorzył postępowanie wobec (...) sp. z o.o. – pozwanego ad. 2.

Wyrokiem zaocznym z dnia 20 czerwca 2011 r. Sąd Okręgowy w pkt I zasądził od (...) sp. z o. o. w W. na rzecz powoda kwotę 377.092,54 złotych wraz z ustawowymi odsetkami zgodnie z żądaniem pozwu (pkt I), a w pkt II zasądził kwotę na rzecz powoda 26.072 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.200 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. Wyrok ten jest prawomocny.

Postanowieniem z dnia 11 sierpnia 2011 r. Sąd połączył sprawę niniejszą ze sprawą o sygn. akt XX GC 489/11, w której powód dochodzi zapłaty za wykonane prace na podstawie umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r. od Gminy M. C. jako inwestora oraz (...) sp. z o.o. jako lidera konsorcjum, do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Dnia 18 kwietnia 2013 r. Sąd zawiesił postępowanie w sprawie w stosunku do pozwanego ad. 2 - (...) Sp. z o. o. w W. w upadłości likwidacyjnej na podstawie art. 174 § 1 pkt. 4 k.p.c.

Postanowieniem z dnia 23 kwietnia 2013 r. Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie ogłosił upadłość (...) sp. z o.o. w S. - obejmującą likwidację jego majątku, na skutek czego postanowieniem z dnia 28 czerwca 2013 r. Sąd Okręgowy zawiesił postępowanie w niniejszej sprawie w stosunku do pozwanego (...) sp. z o.o. w S..

Wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w pkt I oddalił powództwo wniesione przez w stosunku do (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K., a w pkt II zasądził od powoda na rzecz N." spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 14.417 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 14.400 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego. W pkt III Sąd Okręgowy zasądził od Gminy M. C. na rzecz powoda kwotę 377.092,54 złotych z ustawowymi odsetkami w wysokości obowiązującej przed wejściem w życie ustawy z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015r., poz. 1830) od następujących kwot za następujące okresy:

- od kwoty 140.300 złotych od dnia 18 września 2010 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,

- od kwoty 114.680 złotych od dnia 4 października 2010 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,

- od kwoty 117.364 złotych od dnia 15 listopada 2010 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,

- od kwoty 4.748,54 złotych od dnia 16 maja 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, zaś w pkt IV zasądził od Gminy M. C. na rzecz powoda kwotę 33.272 złotych tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 14.400 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

Gmina M. C. jako Zamawiający (inwestor) w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie ogłoszonego zamówienia przewidziała wykonanie dokumentacji projektowanej modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnych w zakresie umożliwiającym uzyskanie pozwolenia na budowę oraz wykonania robót budowlanych miejskiego basenu rekreacyjnego na podstawie opracowanej dokumentacji. W związku z powyższym zamówieniem - umową z dnia 2 września 2009 r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: T.), (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (dalej: H.) oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. (dalej: N.) zawarły (...) Konsorcjum (...). Celem Konsorcjum zgodnie § 2 umowy było wykonanie przez uczestników i lidera w przetargu nieograniczonym „Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ul. (...) w C." oraz w wypadku wybrania tej oferty przez zamawiającego – Gminę M. C. zawarcie i wspólna realizacja kontraktu. Strony ustaliły, iż liderem Konsorcjum będzie T.. Uczestnicy Konsorcjum udzielili liderowi pełnomocnictwa do składania w jego imieniu oświadczeń woli w toku postępowania przetargowego oraz w zakresie zaciągania zobowiązań wobec zamawiającego w imieniu uczestników Konsorcjum realizujących wspólnie kontrakt (§ 2 ust. 2).

W treści § 4 pkt 2 umowy Konsorcjum strony ustaliły, że w stosunkach wewnętrznych każdy z uczestników odpowiada za zgodność z kontraktem wykonania przyjętego na siebie w zakresie robót oraz ponosi odpowiedzialność i ryzyko za prawidłowe i terminowe wykonanie swoich prac.

Każdy z uczestników odpowiada za zobowiązania wobec swoich podwykonawców samoistnie.

W relacjach Konsorcjum – zamawiający, uczestnicy przyjęli odpowiedzialność solidarną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu kontraktu (pkt 3).

W § 5 umowy strony ustaliły podział zakresu wykonania robót budowlano – projektowych na podstawie Kontraktu z ofertą stanowiącą integralną jego część:

a) T. (lider Konsorcjum) – koordynacja zadania, wykonanie robót ogólnobudowlanych wraz z zagospodarowaniem terenu oraz robót instalacji sanitarnych, technologicznych i elektrycznych – stanowiących około 87 % wartości zamówienia;

b) H. – wykonanie robót rozbiórkowych, robót budowlanych stanu zerowego, robót ziemnych i fundamentowych stanowiących około 10 % wartości zamówienia;

c) N. – wykonanie projektów budowlanych i wykonawczych – około 3 % wartości zamówienia .

Umową z dnia 7 września 2009 r. zawartą pomiędzy Gminą M. C. jako zamawiającym oraz T., H. oraz N. jako wykonawcą, wykonawca zobowiązał się do zaprojektowania i wykonania modernizacji miejskiego basenu

rekreacyjnego przy ulicy (...) w C.. Inwestycja miała być realizowana w systemie „zaprojektuj i wykonaj obiekt". Termin wykonania i odbioru umowy przewidziano na dzień 30 czerwca 2010 r. (§ 4.1). Zgodnie z treścią § 5 pkt 2.13 umowy wykonawca zamówienia może zlecić część robót do wykonania podwykonawcom. Wykonanie robót przez podwykonawców nie zwalnia wykonawcy od odpowiedzialności i zobowiązań wynikających z warunków niniejszej umowy. Wykonawca, zlecając roboty podwykonawcom, zobowiązany jest bezwzględnie przestrzegać przepisów wynikających z art. $647^1$ k.c.

W dniu 24 lutego 2010 r. pomiędzy T. jako wykonawca oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: R. (...)), jako podwykonawca zawarli umowę numer (...), której przedmiotem - zgodnie z § 2 - było wykonanie zadania inwestycyjnego w zakresie modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ul. (...) w C.. Wykonanie miało nastąpić na podstawie dokumentacji wykonawczej w zakresie niezbędnym do uzyskania przez Wykonawcę pozwolenia na użytkowanie.

Zgodnie z treścią umowy § 6 powyższej umowy podwykonawca zobowiązał się własnymi siłami wykonać cały zakres rzeczowy robót przewidzianych w umowie. Powierzenie wykonania części robót budowlanych określonych w umowie wymaga uprzedniej pisemnej zgody wykonawcy.

W dniu 14 kwietnia 2010 r. R. (...) jako wykonawca oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C. (dalej: K.-I.) jako podwykonawca zawarli umowę numer (...), w której wykonawca zlecił podwykonawcy zadanie inwestycyjne w zakresie określonym w § 2 pod nazwą „Wykonanie robót instalacyjnych modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ul. (...) w C.". Do zakresu robót podwykonawcy należało m.in.:

- wykonanie własnymi siłami robót instalacyjnych na podstawie dokumentacji wykonawczej zatwierdzonej przez Inwestora, w tym:

a) instalacji wodno – kanalizacyjnej (studnie w wykonaniu betonowym);

b) instalacji centralnego ogrzewania;

c) instalacji elektrycznej wewnętrznej;

d) instalacji oświetlenia zewnętrznego;

e) instalacji Co;

f) kanalizacji deszczowej;

g) kanalizacji sanitarnej;

h) przyłącza wodociągowego (§ 2).

Termin rozpoczęcia wyżej wskazanych robót ustalono na dzień 8 kwietnia 2010 r. Termin odbioru technicznego końcowego robót na dzień 20 czerwca 2010 r., zaś termin zakończenia realizacji umowy na dzień 30 czerwca 2010 r. Zgodnie z umową podwykonawca będzie zwolniony z dotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy m.in.

- w przypadku przestojów i opóźnień zawinionych przez inwestora,
- w przypadku opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych, które uniemożliwiają wykonanie robót instalacyjnych, opóźnienia zostaną zgłoszone przez Podwykonawcę na naradach koordynacyjnych potwierdzone wpisem do Dziennika Budowy (§ 3 ust 3 pkt b i d).

W § 4 powyższej umowy ustalono, iż wynagrodzenie należne podwykonawcy wyniesie 745.000 złotych netto (908.900 złotych brutto). Podstawą wynagrodzenia będzie faktura wystawiona za wykonane roboty będzie protokół odbioru

(częściowego lub całkowitego) etapu robót, przy czym protokół odbioru częściowego winien określić szacunkowo procentowe zaawansowanie realizacji etapu robót potwierdzone przez wykonawcę. Należność będzie płatna według faktur za wykonane roboty zgodnie z przedstawionym harmonogramem rzeczowo – finansowym na koniec miesiąca kalendarzowego, po ich protokolarnym odbiorze przez uprawnionego przedstawiciela wykonawcy.

Zgodnie z treścią § 7 ust. 9 umowy wykonawca zobowiązał się, iż w terminie 5 dni od daty jej zawarcia - przedłoży podwykonawcy dowód potwierdzenia zgłoszenia podwykonawcy do generalnego wykonawcy i inwestora.

W treści § 13 umowy zatytułowanego „Kary umowne" strony ustaliły, że podwykonawca zapłaci wykonawcy:

- 0,2% wartości wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy do 1 miesiąca, jeżeli zwłoka powstała z przyczyn zależnych od podwykonawcy, lecz nie więcej niż 20 % wartości kontraktu;

- 1,0% wartości wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy powyżej 1 miesiąca, jeżeli zwłoka powstała z przyczyn zależnych od podwykonawcy, lecz nie więcej niż 20 % wartości kontraktu.

Roszczenie o zapłatę kar umownych staje się wymagalne za pierwszy rozpoczęty dzień zwłoki – w tym dniu, za każdy następny dzień – odpowiednio w każdym z tych dni.

Z uwagi na opóźnienie w udostępnieniu K.-I. jako podwykonawcy frontu robót, strony powyższej umowy w dniu 10 czerwca 2010 r. podpisały aneks nr (...) do umowy nr (...) zawartej dnia 14 kwietnia 201 r. – ustalając nowy termin zakończenia prac na dzień 31 lipca 2010 r.

W dniu 19 lipca 2010 r. R. (...) oraz K.-I. podpisali aneks nr (...) do umowy nr (...) zawartej dnia 14 kwietnia 201 r. – ustalając nowy termin zakończenia prac na dzień 31 sierpnia 2010 r.

W toku wykonania umowy pomiędzy podwykonawcą oraz R. (...) jako wykonawcą odbywały się kolejno narady koordynacyjne, w trakcie których wskazywano na opóźnienia w toku realizacji projektu:

- narada z dnia 20 kwietnia 2010 r. – wskazano, iż K.-I. wykona przyłącze wody do dnia 7 maja 2010 r. – powyższy termin wynikać miał z daty rozpoczęcia robót związanych z placem zabaw – w naradzie brali udział także przedstawiciele T.;

- narada z dnia 29 kwietnia 2010 r. – Inspektor Nadzoru wskazał, iż celowym jest maksymalne przyspieszenie prac – w naradzie brali również udział przedstawiciele T. ad.1 i ad. 2;

- narada z dnia 26 maja 2010 r. – inspektor nadzoru wskazał na opóźnienia prac w stosunku do przyjętego harmonogramu, informując o zagrożeniu wykonania inwestycji zgodnie z założonym terminem odbioru końcowego - 30 czerwca 2010 r. wskazując przy tym, iż przyczyną są między innymi intensywne opady deszczu - w naradzie brali udział także przedstawiciele T.;

- narada z dnia 11 czerwca 2010 r. – inspektor nadzoru wskazał na opóźnienia prac w stosunku do przyjętego harmonogramu, informując o zagrożeniu wykonania inwestycji z założonym terminem 30 czerwca 2010 r. – w naradzie brali także udział przedstawiciele T.;

- narada z dnia 17 czerwca 2010 r. – inspektor nadzoru wskazał na opóźnienia prac w stosunku do przyjętego harmonogramu, informując o zagrożeniu wykonania inwestycji z założonym terminem odbioru końcowego - 30 czerwca 2010 r. wskazując, iż przyczyną są intensywne opady deszczu - w naradzie brali udział również przedstawiciele T.;

- narada z dnia 24 czerwca 2010 r. – inspektor nadzoru wskazał na opóźnienia prac w stosunku do przyjętego harmonogramu, wskazując, iż przyczyną są m.in. intensywne opady deszczu, rozmiękczenie gruntu, informował

o zagrożeniu wykonania inwestycji z założonym terminem odbioru końcowego - 30 czerwca 2010 r. - w naradzie brali też udział przedstawiciele T.;

- narada z dnia 22 lipca 2010 r. – wskazano, iż wykonanie instalacji oświetlenia (zakres prac należący do powoda) jest uniemożliwione ze względu na brak niwelacji terenu, brak sufitów podwieszanych w budynkach, brak pokrycia papą dachu - czas konieczny na wykonanie wstrzymanych prac wynosi około 2 tygodni od przekazania frontu; brak frontu robót na montaż wyposażenia łazienek, wc, natrysków, brak frontu robót na montaż podposadzkowej instalacji CO (zakres prac należący do K.-I.) - w naradzie brali też udział przedstawiciele T..

Z uwagi na intensywne opady deszczu inspektor nadzoru budowlanego oraz kierownik budowy wpisami do dziennika budowy wstrzymywali prowadzone prace budowlane w dniach: 5 maja, 13-18 maja, 20 maja, 2 czerwca 14 czerwca, 15 czerwca, 23 czerwca 2010 r. wskazując, iż uniemożliwiają one prowadzenie prac budowlanych.

W dniu 31 maja 2010 r. został sporządzony protokół odbioru wykonanych elementów, robót, obiektu przy udziale R. (...) i K.-I., w którym wskazano na „dobrą" jakość wykonanych prac. W tym samym dniu K.-I. wystawił fakturę VAT na kwotę 387.716 złotych brutto (317.800 złotych netto). Należność wynikająca z powyższej faktury VAT została uiszczona.

W dniu 30 czerwca 2010 r. został sporządzony protokół odbioru wykonanych elementów, robót, obiektu przy udziale wyżej wskazanych podmiotów, w którym wskazano na „dobrą" jakość wykonanych prac. W tym samym dniu K.-I. wystawił fakturę VAT na rzecz R. (...) na kwotę 148.840 złotych brutto (122.000 złotych netto). Należność wynikająca z powyższej faktury VAT została uiszczona.

Pismem z dnia 2 lipca 2010 r. (data wpływu) K.-I. poinformował Urząd Miasta C. – jako inwestora, iż w dniu 14 kwietnia 2010 r. podpisał z R. (...) umowę o podwykonawstwo na zadaniu inwestycyjnym pod nazwą „Wykonanie robót instalacyjnych modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ulicy (...) w C." – przedkładając umowę oraz informując, iż wykonawca nie wywiązał się ze swojego obowiązku poinformowania o tym fakcie inwestora oraz generalnego wykonawcy.

Pismem z dnia 9 lipca 2010 r. Gmina M. C., działając jako Urząd Miasta C., w odpowiedzi na pismo z dnia 2 lipca 2010 r. poinformowała, iż nie jest stroną dla robót instalacyjnych na wskazanej inwestycji, tj. nie jest stroną dla K.-I. oraz R. (...) w zakresie realizacji w/w zadania.

Pismem z dnia 14 lipca 2010 r. (data wpływu do Urzędu Miasta C.) K.-I. poinformował T. - jako generalnego wykonawcę, iż w dniu 14 kwietnia 2010 r. podpisał z R. (...) umowę o podwykonawstwo na zadaniu inwestycyjnym pod nazwą „Wykonanie robót instalacyjnych modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ulicy (...) w C.", informując, iż wykonawca nie wywiązał się ze swojego obowiązku poinformowania o tym fakcie inwestora oraz generalnego wykonawcy. W załączeniu pisma dołączono umowę z dnia 14 kwietnia 2010 r. wraz z zakresem robót i harmonogramem. Ponadto pismem z dnia 22 lipca 2010 r. K.-I. poinformował T. o powstałej po stronie R. (...) zaległości w wysokości 237.716 złotych.

Pismem z dnia 15 lipca 2010 r. – Gmina M. C. zwróciła się do T., z informacją, iż powód zawiadomił ją, że na inwestycji dotyczącej modernizacji basenu przy ul. (...) w C., jest on podwykonawcą firmy (...) oraz że przedłożył mu umowę z dnia 14 kwietnia 2010 r. Wobec treści art. $647^1$ § 5 k.c. Gmina wezwała T. w terminie 3 dni roboczych od daty otrzymania niniejszego pisma, do zgłoszenia wszystkich jego podwykonawców jak również dalszych podwykonawców oraz złożenia pisemnego oświadczenia, iż są to wszystkie podmioty.

Pismem z dnia 19 lipca 2010 r. T. jako lider Konsorcjum zwrócił się do R. (...) o pisemne zgłoszenie K.-I. jako podwykonawcy, wskazując na zapisy umowy z dnia 24 lutego 2010 r. w tym zakresie.

O skierowaniu powyższego pisma do R. (...), T. pismem z dnia 27 lipca 2010 r. poinformował K.-I..

Pismem z dnia 9 sierpnia 2010 r. (data wpływu) T. - zgłosił Urzędowi Miasta C. listę podwykonawców w tym jako podwykonawcę wskazał R. (...).

W dniu 18 sierpnia 2010 r. K.-I. wystawił fakturę VAT na rzecz R. (...) na kwotę 140.300 złotych brutto (115.000 złotych netto) z terminem płatności na dzień 17 września 2010 r. Należność wynikająca z powyższej faktury VAT nie została uiszczona.

Kolejno pismami z dnia 16 sierpnia 2010 r., 19 października 2010 r. oraz 16 listopada 2010 r. K.-I. wzywał Gminę jako inwestora do uregulowania zaległych roszczeń.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2010 r. K.-I. poinformował R. (...) i T., iż koniecznym jest powiadomienie inwestora o potrzebie podpisania przez niego umowy na dostarczanie wody, odbiór ścieków oraz dostarczanie energii, gdyż podpisanie powyższych umów jest warunkiem niezbędnym do uzyskania protokołów przyłączeniowych i odbiorów sieci wodno – kanalizacyjnej.

W dniu 10 września 2010 r. K.-I. wystawił fakturę VAT na kwotę 114.680 złotych brutto (94.000 złotych netto) z terminem płatności na dzień 3 października 2010 r. Należność wynikająca z powyższej faktury VAT nie została uiszczona. Dodatkowo w dniu 10 października 2010 r. powód wystawił fakturę VAT na kwotę 117.364 złotych brutto (96.200 złotych netto) z terminem płatności na dzień 14 listopada 2010 r. Należność wynikająca z powyższej faktury VAT również nie została uiszczona.

W toku wykonywanych prac dziennik budowy został usunięty z budowy na okres około miesiąca (sierpień - wrzesień), co uniemożliwiło dokonanie wpisów w przedmiocie braku warunków umożliwiających wykonanie wszystkich prac, do których został zobowiązany powód na mocy umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r..

Z uwagi na nieterminowość w wykonaniu prac budowlanych przez innych podwykonawców, miały miejsce przestoje w pracy K.-I..

W toku realizacji umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r. nie było znaczących zastrzeżeń do wykonywanych przez powoda prac, dostrzeżone usterki usuwane były na bieżąco. Poziom prac wykonywanych przez powoda określono jako „dobry".

Pismem z dnia 3 września 2010 r. podwykonawca wezwał R. (...) do podpisania kolejnego aneksu do umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r., przedłużającego termin realizacji jego robót, wskazując na opóźnienie następujących robót budowlanych: brak płytek w sanitariatach i prysznicach, brak sufitów podwieszanych, brak pomalowania ścian, brak wylewek (skrzydło wschodnie), które uniemożliwiają terminowe rozpoczęcie i zakończenie robót będących przedmiotem niniejszej umowy. Pismo zostało odebrane osobiście przez pracownika R. (...). Wezwanie zostało ponowione pismem z dnia 24 września 2010 r.

Następnie pismem z dnia 29 września 2010 r. K.-I. wezwał R. (...) do zwołania narady koordynującej z udziałem przedstawicieli inwestora oraz wszystkich wykonawców robót - celem ostatecznego ustalenia terminowego harmonogramu prac poszczególnych wykonawców. W treści pisma wskazano, iż oczekiwanie na front prac powoduje, że pracownicy podwykonawcy zmuszeni są pozostawać w gotowości uniemożliwiającej podjęcie innych robót. K.-I. podniósł także, iż w okresie od 6 do 20 września 2010 r. był zmuszony opuścić budowę z uwagi na uniemożliwienie mu wykonania prac tzw. „białego montażu".

W dniu 11 października 2010 r. został sporządzony protokół odbioru „Przebudowy kompleksu rekreacyjnego przy ul. (...) w C.", w którym wskazano, iż po oględzinach stwierdzono, że ze względu na brak mediów nie ma możliwości wykonania rozruchów instalacji c.o., cwu. i elektryki (zakres prac należących do K.-I.) – dostawa mediów leżała po stronie inwestora. Nadto wskazano termin wykonania prac na dzień 15 października 2010 r.

Prace wskazane w protokole odbioru z dnia 11 października 2010 r. zostały wykonane w wyznaczonym terminie, to jest w dniu 15 października 2010 r. Prace budowlane na obiekcie zakończyły się w dniu 10 listopada 2010 r.

W dniu 2 listopada 2010 r. R. (...) poinformował swego podwykonawcę, iż w związku z niedotrzymaniem terminu wykonania przedmiotu umowy określonego w § 3 Umowy nr (...) z dnia 14 kwietnia 2010 r. oraz podpisanym Aneksem nr (...) z dnia 19 lipca 2010 r. zgodnie z § 13 w/w umowy obciążył K.-I. karami umownymi w wysokości 190.869 złotych, wystawiając z tego tytułu notę obciążeniową.

Na skutek powyższego pisma K.-I. poinformował R. (...), iż naliczenie kary umownej jest bezzasadne, z uwagi na fakt, że zwłoka w ustalonym pierwotnie terminie wykonania umowy nastąpiła nie z jego winy. Wskazano także, iż prace wykonane prze niego mogły być zrealizowane dopiero po zakończeniu prac budowlanych, które się opóźniały – co potwierdzają protokoły narad oraz wpisy do Dziennika budowy.

W dniu 2 lutego 2011 r. K.-I. wystawił na rzecz R. (...) notę odsetkową na kwotę 4.748,54 złotych z tytułu opóźnienia w zapłacie trzech faktur VAT.

W korespondencji z dnia 17 lutego 2011 r. T. odmówił uiszczenia żądanej przez R. (...) kary umownej.

Pismami datowanymi na dzień 10 marca 2011 r. K.-I. wezwał R. (...), T., H., N. oraz UM C. do zapłaty kwoty 377.092,54 złotych z tytułu zawartej z R. (...) i zrealizowanej umowy.

Pismami z dnia 11 marca 2011 r. UM C. oraz z dnia 23 marca 2011 r. T. odmówili uiszczenia żądanej przez K.-I. kwoty wskazując na zasadność naliczonej przez R. (...) kary umownej.

Do dnia wniesienia niniejszego powództwa żaden z pozwanych nie uiścił na rzecz powoda żądanej przez niego kwoty roszczenia.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dowodów z dokumentów szczegółowo wskazanych w ramach ustaleń faktycznych oraz spójnych zeznań świadków w osobach: Z. M., Ł. K., A. C. - inspektora nadzoru, Z. D. – inspektora nadzoru, S. G. – opiekuna projektu z ramienia (...) oraz T. Ł., a ponadto na podstawie zeznań przedstawicieli strony powodowej oraz strony pozwanej ad. 4 – N..

Sąd pierwszej instancji zważył, że każdy z wymienionych wyżej świadków zgodnie wskazał, iż w toku realizacji inwestycji front robót budowlanych nie był udostępniany terminowo, w konsekwencji czego powód nie miał możliwości wykonania swojego zakresu prac zgodnie z terminem wskazanym w aneksie nr (...) do umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r., a także, że okoliczność opóźnień w pracach budowlanych była zgłaszana w toku narad koordynujących oraz wpisywana do dziennika budowy oraz że nie stwierdzono także zastrzeżeń do prac wykonywanych przez stronę powodową jako podwykonawcę.

Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom świadka S. G. jedynie w zakresie w jakim wskazywał on, iż powód nie dokonał skutecznego zgłoszenia się jako podwykonawcy R. (...) inwestorowi, a w konsekwencji, że GM C. nie miała wiedzy, co do rzeczywistego zakresu prac wykonywanego przez powoda, gdyż w ocenie Sądu pierwszej instancji twierdzenia te stały w oczywistej sprzeczności ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, a to w postaci pisma z dnia 15 lipca 2010 r., w którym pozwany ad. 5 – zwrócił się do T., z informacją, iż powód zawiadomił go, iż na inwestycji dotyczącej modernizacji basenu przy ul. (...) w C., powód jest podwykonawcą firmy (...) (pozwanego ad. 1) oraz że przedłożył mu umowę z dnia 14 kwietnia 2010 r. oraz treścią pisma z dnia 9 sierpnia 2010 r., w którym T. zgłosił pozwanemu ad. 5, listę podwykonawców w tym jako podwykonawcę wskazał R. (...) pozwanego ad. 1. Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, iż pozwany ad. 5 jako inwestor miał wiedzę, iż na terenie jego inwestycji są prowadzone prace także przez powoda jako podwykonawcę R. (...), który to z kolei był podwykonawcą T. - generalnego wykonawcy.

Sąd Okręgowy przyznał walor wiarygodności również w zakresie dowodu z zeznań reprezentanta strony powodowej w osobie T. Ś., gdyż jego twierdzenia w sposób niebudzący wątpliwości pokrywały się z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie w postaci dokumentów oraz zeznań w/w świadków. Powód potwierdził, iż opóźnienie w wykonaniu prac przewidzianych umową z dnia 14 kwietnia 2010 r. oraz kolejno podpisywanych aneksów do niej, nie

wynikało z jego winy, a było jedynie konsekwencją intensywnych opadów deszczu występujących w maju i czerwcu 2010 r. oraz opóźnień w pracach budowlanych, od zakończenia, których uzależniona była możliwość przystąpienia do prac zleconych powodowi.

Sąd pierwszej instancji dał również w pełni wiarę zeznaniom przedstawiciela strony pozwanej ad. 4 w osobie J. Ś., z których wynika brak jakiejkolwiek wiedzy na temat zlecenia przez T. lub R. (...) jakichkolwiek prac podwykonawcy (powodowi) oraz braku upoważnienia do działania w imieniu pozwanego ad. 4, a które w w całości znalazły pokrycie w materiale dowodowym znajdującym się w aktach sprawy, a przede wszystkim postanowieniach umowy konsorcjum.

Z uwagi na prawomocny wyrok zaoczny wobec R. (...) (pozwany ad. 1), zawieszenie postępowania wobec T. (pozwany ad. 2) oraz H. (pozwany ad. 3), Sąd Okręgowy podkreślił, że niniejsze postępowanie ograniczało się (na tym etapie) do rozstrzygnięcia w zakresie roszczenia skierowanego przeciwko N. (pozwany ad. 4) oraz Gminie M. C. (pozwany ad. 5).

Na podstawie ustalonego w sprawie stanu faktycznego, Sąd Okręgowy uznał, że powództwo wobec Gminy M. C. jako zasadne zasługiwało na uwzględnienie w całości, zaś w stosunku do N. jako niezasadne podlegało oddaleniu w całości.

W kwestii powództwa skierowanego przeciwko Gminie M. C., w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy wskazał, że okolicznością bezsporną był fakt zawarcia pomiędzy pozwanym ad. 1 – R. (...) jako wykonawcą a powodem jako podwykonawcą umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r. W umowie tej wykonawca zlecił podwykonawcy zadanie inwestycyjne w zakresie określonym w § 2 pod nazwą „Wykonanie robót instalacyjnych modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ul. (...) w C.". Zakres robót oraz jakość ich wykonania przez powoda pozostawała poza sporem.

Za kwestię sporną Sąd pierwszej instancji uznał natomiast podnoszoną przez pozwanego ad. 5 - jako inwestora kwestię niepowiadomienia go przez generalnego wykonawcę – pozwanego ad. 2, o zleceniu wykonania części robót innemu podwykonawcy, to jest R. (...). Podmiot ten zlecił następnie powyższe prace powodowi jako kolejnemu podwykonawcy. Pozwany ad. 5 podnosił, iż nie miał wiedzy na temat wykonywania jakichkolwiek prac przez powoda oraz że zgłoszenie przez powoda siebie jako podwykonawcy pismem z dnia 2 lipca 2010 r., nie mogło być uznane za skuteczne z tego względu, iż liderem Konsorcjum był pozwany ad. 2 i to on w ocenie pozwanego mógł zgłaszać podwykonawców, a co za tym idzie Gmina M. C. nie musiała składać sprzeciwu do umowy, która nie pochodziła od wykonawcy. Nadto pozwany ad. 5 podnosił, iż powód poinformował go o umowie dopiero w dniu 15 lipca 2010 r., zatem po terminie kiedy roboty miały być zakończone. Jednocześnie pozwany ad. 5 przyznał, iż powód przedstawił mu umowę z dnia 14 kwietnia 2010 r., bez załączników i z tego też względu nie miał świadomości jaki zakres prac szczegółowo realizuje powód. Ponadto wskazywał na zasadność naliczenia przez pozwanego ad. 1 kary umownej, podnosząc jednocześnie, iż powód wykonał przedmiotowe prace po terminie zakreślonym umową, to jest 30 czerwca 2010 r. Pozwany ad. 5 wskazywał również, iż jego zdaniem w danym stanie faktycznym sprawy nie może być mowy o milczącym wyrażeniu zgody na zlecenie prac podwykonawcy.

W ocenie Sądu Okręgowego podstawa prawna powództwa w stosunku do Gminy M. C. jest oparta na art. $647^1$ k.c., zgodnie z którym w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 k.c., zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców (art. $647^1$ § 1 k.c.). Jak wynika z § 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.

Mając na uwadze powyższe Sąd pierwszej instancji podniósł, że inwestor ponosi solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, jeżeli wyraźnie wyraził na to zgodę, to jest złożył oświadczenie woli o swojej odpowiedzialności względem wykonawcy. Podzielił także w tym zakresie dominujące stanowisko doktryny wskazujące, że inwestor ponosi też solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za

roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, jeżeli wyraził zgodę na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, przy czym uznał, że inwestor może wyrazić zgodę na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą w każdy sposób, w tym dorozumiany, a także milczący, o czym stanowi art. $647^1$ § 2 zdanie drugie k.c. Wskazał jednak, że przepis ten ma charakter wyjątkowy i wymaga ścisłej interpretacji. W ocenie Sądu Okręgowego, aby można było przypisać inwestorowi milczącą zgodę na zawarcie umowy o podwykonawstwo konieczne jest łączne wypełnienie wszystkich przesłanek przewidzianych w tym przepisie, tzn. przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz ze stosowną częścią dokumentacji, która dotyczy przedmiotu umowy. Treść przedłożonej umowy lub jej projektu powinna obejmować wszystkie postanowienia istotne przy określaniu zakresu odpowiedzialności solidarnej inwestora. Uzupełnieniem tej umowy jest odpowiednia część dokumentacji, obejmująca roboty będące przedmiotem przedstawianej umowy lub jej projektu. Wymagania dotyczące skuteczności wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo w sposób bierny nie rozciągają się na wypadek wyrażenia przez inwestora tej zgody w sposób czynny dorozumiany. Dorozumiana zgoda inwestora na zawarcie umowy o podwykonawstwo wyrażona w sposób czynny nie jest uzależniona, w ocenie Sądu pierwszej instancji od przedstawienia mu umowy podwykonawczej i dokumentacji, jest jednak skuteczna tylko wówczas, gdy inwestor znał elementy konkretyzujące umowę o podwykonawstwo i decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy, a więc przede wszystkim zakres prac powierzonych zindywidualizowanemu podmiotowo podwykonawcy oraz jego wynagrodzenie, w szczególności sposób jego ustalenia czy też jego dochodzenia.

Sąd Okręgowy uznał, że pozwany ad. 5 – Gmina M. C. wyraził zgodę na zawarcie zarówno umowy o podwykonawstwo pomiędzy T. – generalnym wykonawcą, a R. (...) podwykonawcą, jak i umowy o podwykonawstwo pomiędzy R. (...) jako wykonawcą a powodem jako podwykonawcą - w trybie art. $647^1$ § 2 zdanie drugie k.c., nie kwestionował bowiem faktu, że powód wykonał część prac na inwestycji, której był zleceniodawcą – inwestorem, umowa o podwykonawstwo pomiędzy powodem a R. (...) została mu przedłożona, a generalny wykonawca – T. poinformował go o zawarciu umowy z R. (...), to jest jego podwykonawcą pismem z dnia 9 sierpnia 2010 r. W piśmie T. zgłosił listę podwykonawców, w tym jako podwykonawcę wskazał także pozwanego ad. 1. Wobec faktu, iż Gmina M. C. nie złożyła sprzeciwu lub zastrzeżeń oraz faktu, iż pozwany interesował się przebiegiem robót wykonywanych przez podwykonawców, w tym de facto także przez powoda [na co wskazuje okoliczność, iż jego przedstawiciel – S. G. uczestniczył w naradach koordynacyjnych z dnia 11 czerwca 2010 r. oraz z dnia 22 lipca 2010 r., w ocenie Sądu Okręgowego nie może być mowy o braku świadomości inwestora, iż prace były wykonywane przez podwykonawców.

Odnośnie zarzutu, iż pozwany ad. 5 nie miał wiedzy, co do zakresu prac wykonywanych przez powoda jako podwykonawcy, Sąd pierwszej instancji podniósł, iż umowa z dnia 14 kwietnia 2010 r. przedłożona mu przez powoda w § 2 zawierała szczegółowy zakres prac, których dotyczyła. Dodatkowo wskazał w tym zakresie, że pismem z dnia 14 lipca 2010 r. powód poinformował T. – jako generalnego wykonawcę, iż w dniu 14 kwietnia 2010 r. podpisał z R. (...) (pozwanym ad. 1) umowę o podwykonawstwo na zadaniu inwestycyjnym pod nazwą „Wykonanie robót instalacyjnych modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ulicy (...) w C.", a w załączeniu pisma dołączono umowę z dnia 14 kwietnia 2010 r. wraz z zakresem robót i harmonogramem – co istotne pismo wpłynęło także do pozwanego ad. 5 (o czym świadczy pieczęć Urzędu Miasta C.. W konsekwencji powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego najpóźniejszą datą, w której pozwany ad. 5 powziął wiedzę o rzeczywistym zakresie prac wykonywanych przez powoda jest 14 lipca 2010 r. Nie ma przy tym znaczenia fakt, iż to nie Wykonawca – T., przedłożył inwestorowi umowę o podwykonawstwo z dnia 14 kwietnia 2010 r., gdyż jak wskazał Sąd Okręgowy, nie ma znaczenia okoliczność, kto przedstawił umowę z dokumentacją inwestorowi (wykonawca, czy inny podmiot), ponieważ wystarczy nawet wiedza inwestora o ich treści, wynikająca także z innych źródeł, np. wiedza o podwykonawcy i zakresie wykonywanych przez niego robót, a z okoliczności zachowania się inwestora wynika jego akceptacja dla wykonania określonych robót przez podwykonawcę.

W kwestii zaś zarzutu, iż Gmina M. C. jako inwestor o zawarciu umowy z dnia 10 kwietnia 2010 r. została poinformowany dopiero po terminie wyznaczonym na wykonanie prac przez generalnego wykonawcę (tj. 30 czerwca 2010 r.), Sąd Okręgowy wskazał, iż zgodnie z wykładnią art. $647^1$ § 2 k.c. przedstawioną przez Sąd Najwyższy - zgoda inwestora może mieć charakter następczy, a więc może być wyrażona także po wykonaniu całości robót

przez podwykonawcę. Sąd Okręgowy przyjął, że inwestor – pozwany ad. 5 wyraził zgodę na przedłużenie terminu prac powoda jako podwykonawcy jeszcze w toku ich wykonywania, wskazując dodatkowo, że ostateczny termin zakończenia prac to listopad 2010 r., a zatem od lipca do listopada 2010 r. Gmina miała pełną świadomość, iż powód wykonuje prace na obiekcie i temu nie oponował.

Za chybiony Sąd Okręgowy uznał także podnoszony przez Gminę M. C. zarzut zasadnego naliczenia kary umownej przez R. (...). Zdaniem Sądu Okręgowego należało zważyć na treść § 3 ust 3 pkt b i d umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r., z którego wynika, iż podwykonawca (powód) będzie zwolniony z dotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy m.in. w przypadku przestojów i opóźnień zawinionych przez inwestora oraz w przypadku opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych, które uniemożliwiają wykonanie robót instalacyjnych, a opóźnienia zostaną zgłoszone przez podwykonawcę na naradach koordynacyjnych oraz zostaną potwierdzone wpisem do Dziennika budowy. Mając zatem na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy, Sąd Okręgowy uznał, że przesłanki aktualizujące obowiązek zapłaty kary umownej po stronie powoda nie zostały spełnione. Wskazał, że w toku realizacji projektu z uwagi na powstałe opóźnienia w udostępnieniu powodowi jako podwykonawcy frontu robót, pozwany ad. 1 oraz powód w dniu 10 czerwca 2010 r. podpisali Aneks nr (...) do Umowy Nr (...) zawartej dnia 14 kwietnia 2010 r. – ustalając nowy termin zakończenia prac na dzień 31 lipca 2010 r.. Następnie w dniu 19 lipca 2010 r. podpisano Aneks nr (...) – ustalając nowy termin zakończenia prac na dzień 31 sierpnia 2010 r.. Z uwagi na zaistniałe opóźnienia w realizacji prac budowlanych od 20 kwietnia do 22 lipca 2010 r. zwoływane było kolejno przewidziane umową z dnia 14 kwietnia 2010 r. narady koordynacyjne. W toku tych narad wskazywano wyraźnie, na opóźnienia prac w stosunku do przyjętego harmonogramu, widząc przy tym ryzyko zagrożenia wykonania inwestycji z założonym terminem odbioru końcowego na dzień 30 czerwca 2010 r. Jednocześnie Inspektor Nadzoru Budowlanego – A. C., wskazywał, iż celowym będzie maksymalne przyspieszenie prac budowlanych, od realizacji których de facto uzależnione było prowadzenie prac zleconych powodowi. W naradach brali udział zarówno przedstawiciele powoda, jak i pozwanego ad. 1 i ad. 2, w tym w naradzie z dnia 11 czerwca i 22 lipca 2010 r. brał udział również działający z ramienia pozwanego ad. 5 – S. G.. Nadto Sąd pierwszej instancji uznał, że nie można pomijać faktu, iż prace budowlane nie były realizowane zgodnie z założeniami także z uwagi na intensywne opady deszczu. Inspektor nadzoru oraz kierownik budowy wpisami do dziennika budowy wstrzymywali prowadzone prace budowlane w dniach: 5 maja, 13-18 maja, 20 maja, 2 czerwca 14 czerwca, 15 czerwca oraz 23 czerwca 2010 r. wskazując wyraźnie, iż intensywne opady uniemożliwiają one prowadzenie prac budowlanych, co zostało potwierdzone także zeznaniami powołanych w sprawie świadków.

Z analizy wpisów dokonanych w dzienniku budowy Sąd Okręgowy wywnioskował także, że z niewyjaśnionych przyczyn przedmiotowy dziennik został usunięty na okres około miesiąca (sierpień - wrzesień), co uniemożliwiło dokonanie wpisów w przedmiocie braku warunków do wykonania zakresu prac, do których został zobowiązany powód na mocy umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r. Powyższe potwierdziły także zgodne zeznania świadków: Z. M., Ł. K. oraz co istotne inspektorów nadzoru - A. C. i Z. D.. Sąd Okręgowy podkreślił przy tym, że pozwany ad. 5 wskazując na zasadność naliczenia kary umownej z uwagi na przekroczenie terminu wskazanego Aneksem nr (...) (31 sierpnia 2010 r.) pominął w zupełności fakt, iż pismem z dnia 3 września 2010 r. powód wezwał pozwanego ad. 1 – R. (...) do podpisania kolejnego aneksu do umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r. przedłużającego termin realizacji jego robót wskazując na opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych. Z treści wezwania wyraźnie wynikało, iż owo opóźnienie wynika z nieterminowego wykonania prac budowlanych m.in. w postaci braku płytek w sanitariatach i prysznicach, braku sufitów podwieszanych, braku pomalowania ścian, czy braku wylewek (skrzydło wschodnie), które uniemożliwiają terminowe rozpoczęcie i zakończenie robót będących przedmiotem umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r. Pismo zaś zostało odebrane osobiście przez pracownika pozwanego ad. 1. Co więcej wezwanie zostało ponowione pismem z dnia 24 września 2010 r. Sąd pierwszej instancji zważył także, że pozwany ad. 5 nie odniósł się w żaden sposób także do pisma z dnia 29 września 2010 r., którym powód wezwał pozwanego ad. 1 do zwołania narady koordynującej z udziałem przedstawiciela inwestora oraz wszystkich wykonawców robót - celem ostatecznego ustalenia terminowego harmonogramu prac poszczególnych wykonawców. W treści przedmiotowego pisma wskazano wyraźnie, iż oczekiwanie na front prac (budowlanych) powoduje, że pracownicy powoda zmuszeni byli pozostawać w gotowości uniemożliwiającej podjęcie innych robót. Powód podniósł także, iż w okresie od 6 do 20 września 2010 r. był zmuszony opuścić budowę z uwagi na uniemożliwienie mu wykonania prac tzw. „białego montażu". Nadto o braku

zawinienia ze strony powodowej świadczy w ocenie Sądu Okręgowego treść protokołu odbioru z dnia 11 października 2010 r., w którym to po dokonaniu oględzin stwierdzono, iż ze względu na brak mediów nie ma możliwości wykonania rozruchów instalacji c.o., cwu. i elektryki, to jest prac do których zobowiązany był powód, z jednoczesnym wskazaniem, iż dostawa mediów leży po stronie inwestora. Sądu Okręgowy miał także na uwadze fakt, iż już pismem z dnia 26 sierpnia 2010 r. powód poinformował pozwanego ad. 1 i ad. 2, o konieczności powiadomienia inwestora (pozwanego ad. 5) o potrzebie podpisania przez niego umowy na dostarczanie wody, odbiór ścieków oraz dostarczanie energii, gdyż podpisanie powyższych umów jest warunkiem niezbędnym do uzyskania protokołów przyłączeniowych i odbiorów sieci wodno – kanalizacyjnej.

Biorąc pod uwagę fakt, że prace wskazane w protokole odbioru z dnia 11 października 2010 r. zostały wykonane w wyznaczonym terminie, to jest w dniu 15 października 2010 r. - Sąd Okręgowy ocenił, że opóźnienie w realizacji prac w żadnym stopniu nie było zawinione przez stronę powodową jako podwykonawcę prac instalacyjnych, a co za tym idzie przesłanki aktualizujące obowiązek zapłaty przez powoda kary umownej nie zostały spełnione.

Z uwagi zaś na niekwestionowanie przez pozwanego ad. 5 wysokości roszczenia głównego, Sąd Okręgowy wskazał, iż nie badał kwestii zasadności naliczenia kwot wskazanych w pozwie (fakturach VAT). W kwestii zaś zarzutu, iż roszczenie odsetkowe wobec Gminy M. C. może być ewentualnie naliczone od dnia następnego od dnia wezwania do zapłaty, to jest od dnia 11 marca 2011 r., wskazał, że zarzut powyższy w kontekście art. $647^1$ § 2 k.c. oraz okoliczności przedmiotowej sprawy nie zasługiwał na uwzględnienie. Przepis art. $647^1$ k.c. ustanawiający solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, powoduje, że inwestor odpowiada za zapłatę wynagrodzenia w taki sam sposób, jak bezpośredni kontrahent podwykonawcy, czyli - wykonawca, z którym podwykonawca związany jest umową o podwykonawstwo. Sąd Okręgowy podkreślił przy tym, że w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy, z uwagi na okoliczność, iż data płatności pierwszej dochodzonej niniejszym pozwem faktury VAT została oznaczona na dzień 17 września 2010 r., a inwestor o zakresie wykonywanych prac przez powoda został poinformowany przed tą datą, to jest najpóźniej w dniu 14 lipca 2010 r., a dodatkowo pismem z dnia 16 sierpnia 2010 r., dowiedział się o fakcie, że wykonawca (pozwany ad. 1) nie wywiązał się ze swojego obowiązku uregulowania wymaganych należności - uznał, iż inwestor miał realny wpływ na terminowe spełnienie świadczenia na rzecz podwykonawcy – K.-I., a zatem inwestor odpowiada w tych samych granicach, co do wysokości należności i związany jest terminem zapłaty, tak jak zostało ustalone w umowie łączącej wykonawcę z podwykonawcą.

Na podstawie art. 98 k.p.c. Sąd Okręgowy zobowiązał Gminę M. C. do zwrotu powodowi kosztów, które były niezbędne do dochodzenia swoich praw, to jest kosztów opłaty od pozwu w kwocie 18.855 złotych, zastępstwa procesowego zgodnie z § 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokatów oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez adwokata ustanowionego z urzędu – 14.400 złotych oraz opłaty od pełnomocnictwa - 17 złotych w łącznej 33.272 złotych.

***Apelację*** od powyższego wyroku wniósł pozwany - Gmina M. C. zaskarżając orzeczenie w części i podnosząc następujące zarzuty:

1. błędów w ustaleniach faktycznych poprzez brak wykazania związku przyczynowego pomiędzy przebywaniem na placu budowy pracowników powoda, a wyrażeniem zgody na wykonywanie prac zgodnie z treścią umowy jaka łączyła powoda z firmą (...) sp. z o.o..

2. naruszenia przepisów postępowania oraz przepisów prawa materialnego, co miało istotny wpływ na treść orzeczenia w niniejszej sprawie.

- art. $647^1$ § 5 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i nieuwzględnienie wszystkich obiektywnych i subiektywnych czynników składających się na ocenę postępowania pozwanego.

- art. 233 § 1 k.p.c., art. 258 k.p.c., art.278 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i dokonanie dowolnej oceny dowodów w tym zaniechanie wszechstronnego uwzględnienia wszystkich okoliczności określających zgodę pozwanego.

- art. 455 k.c. poprzez błędną jego wykładnię i przyjęcie nieprawidłowej daty wymagalności roszczenia, a w szczególności zasądzenie żądanych kwot z odsetkami

- art.328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie pisemnego uzasadnienia wyroku bez wskazania przyczyn, dla których Sąd części dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, a także bez właściwego wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku w zakresie zasądzenia pełnej kwoty należności głównej i odsetek od pozwanego,

- art.233 § 1 k.p.c. polegającej na dokonaniu przez Sąd pierwszej instancji dowolnej, a nie swobodnej oceny zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego polegającej na

a) błędnym przyjęciu, że pozwana dokonała odbioru przedmiotu umowy w rozumieniu art. 647 k.c. podczas gdy załączone przez powoda do pozwu protokoły stanowiły jedynie potwierdzenie odbioru od firmy (...) sp. z o.o., a nie od powodowej spółki,

b) błędnym przyjęciu, że pozwana nie udowodniła braku wiedzy o wykonywanych przez powoda pracach, w szczególności, iż okoliczność ta nie wynika z zeznań inżyniera kontraktu podczas, gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że świadkowie stwierdzili jedynie, że na budowie byli obecni pracownicy powoda, co w konsekwencji doprowadziło do uznania przez Sąd, że pozwany wyraził zgodę na wykonywanie tych prac przez powoda.

c) błędnym przyjęciu, że powód wykonał terminowo wszystkie prace objęte umową, na którą się powołał, podczas, gdy spółka (...) już pozostawała w zwłoce w wykonywaniu prac wobec pozwanej Gminy i została obciążona karami umownymi z tytułu zwłoki w przedmiocie wykonania umowy, co miało istotny wpływ na treść wydanego wyroku (wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie w sprawie VGC 63/11) oraz na liczeniu przez (...) sp. z o.o. kar umownych w wysokości 190.869,00zł z tytułu

d) błędnym przyjęciu, że powód udowodnił wysokość przysługującego mu względem pozwanego roszczenia, podczas, gdy w przedmiotowej sprawie przedłożył on dowód na okoliczność, jaka zapłata należałaby mu się od firmy (...) nie uwzględniając faktycznie zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, która nie była okolicznością sporną i nie przedstawił na tę okoliczność wyceny biegłego rzeczoznawcy.

3. art. 278 § 1 k.p.c. w związku z art. 217 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy powód w trakcie przedmiotowego postępowania nie udowodnił zakresu i wartości wykonywanych przez siebie robót, których żądał zapłacenia przez pozwaną Gminę, a ustalenie powyższych okoliczności wymagało wiadomości specjalnych, co miało istotny wpływ na treść wydanego wyroku.

Na podstawie art. 382 k.p.c. pozwany wniósł o przeprowadzenie tych dowodów przez Sąd drugiej instancji.

Na podstawie wskazanych powyżej zarzutów pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części poprzez oddalenie powództwa w części tj. kwoty 190.869 zł i oddalenie odsetek ustawowych za zwłokę w zapłacie od całej dochodzonej pozwem kwoty oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania przed Sądem pierwszej i drugiej instancji wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie zmianę wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

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

Apelacja powoda okazała się częściowo uzasadniona, ale jedynie w zakresie dotyczącym części zasądzonych przez Sąd I instancji odsetek za opóźnienie od należności głównej. W pozostałym zakresie apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu.

Przede wszystkim wskazać należy, że w procesie inwestycyjnym, z którym mamy do czynienia w niniejszej sprawie, pozwana Gmina M. C. była inwestorem, konsorcjum trzech firm ( (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o.) - generalnym wykonawcą, (...) sp. z o.o. - podwykonawcą generalnego wykonawcy, zaś powód (...) sp. z o.o. był podwykonawcą firmy (...). Wszystkie powyższe podmioty zostały przez powoda pozwane solidarnie o zapłatę kwoty 377 092,54 zł wraz z ustawowymi odsetkami. Wyjaśnienia wymaga również, że w toku procesu przed Sądem I instancji w stosunku do R. zapadł prawomocny wyrok zaoczny, uwzględniający powództwo w całości (k.221-222), natomiast postępowanie w stosunku do T. (k. 393) i H. (k.527) zostało zawieszone z uwagi na ogłoszenie upadłości. W konsekwencji Sąd Apelacyjny na mocy art. 355 § 1 k.p.c. sprostował wyrok Sądu I instancji poprzez oznaczenie go jako wyrok częściowy, z uwagi na to, że rozstrzyga jedynie o części żądania (w stosunku do (...) sp. z o.o.).

Roszczenie powoda w stosunku do Gminy M. C. zostało oparte na podstawie wynikającej z art. $647^1$ § 5 k.c.

Przepis art. $647^1$ k.c. dotyczy możliwości powierzenia wykonania robót budowlanych podwykonawcy oraz odpowiedzialności m.in. inwestora za wynagrodzenie z tytułu prac wykonanych przez podwykonawcę, z którym nie łączy go żadna umowa.

Solidarna odpowiedzialność inwestora wraz z wykonawcą, określona w art. $647^1$ § 5 k.c., uzależniona jest od zgody inwestora na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą. Taka zgoda, oprócz sytuacji wyrażenia jej wprost, może być wyrażona w sposób opisany w art. $647^1$ § 1 k.c. in fine albo w sposób dorozumiany. W pierwszym przypadku wykonawca winien przedstawić inwestorowi umowę zawartą z podwykonawcą lub jej projekt wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie. Jeżeli inwestor w terminie 14 dni nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

W drugim przypadku - zgodę inwestora można domniemywać na podstawie okoliczności faktycznych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 kwietnia 2008r., III CZP 6/08 (OSNC 2008 nr 11 poz. 121), wyrażenie zgody może nastąpić poprzez takie zachowanie inwestora wykonawcy, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę.

Jednakże trzeba mieć na względzie charakter prawny odpowiedzialności inwestora wynikającej z art. $647^1$ § 5 k.c. Jest to solidarna odpowiedzialność gwarancyjna za cudzy dług, co powoduje, że zobowiązany musi mieć wiedzę odnośnie zakresu swej odpowiedzialności, a co za tym idzie, posiadać wiedzę, co najmniej o essentialia negotii umowy łączącej generalnego wykonawcę z podwykonawcą.

W niniejszym przypadku Sąd I instancji prawidłowo ustalił fakt zgody pozwanego na zatrudnienie podwykonawcy udzielonej w sposób co najmniej dorozumiany oraz posiadania przez niego wiedzy na temat warunków umowy łączącej spółkę (...) z powodem. Nie potwierdziły się zarzuty skarżącego dotyczące naruszenia przepisów prawa procesowego, w tym art. 233 § 1 k.p.c., art. 258 k.p.c., 278 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c.

Uzasadnienie Sądu I instancji zawiera wszystkie elementy wymagane przez art. 328 § 2 k.p.c. t.j. wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd I instancji poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny podziela i uznaje za swoje. Materiał dowodowy został oceniony wszechstronnie i wnikliwie. W orzecznictwie przyjmuje się, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i ważąc ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (tak np.: uzasadnienie Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980r., II URN, OSNC 1980/10/200). Jeśli tylko z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski

logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne. Jedynie wówczas, gdy brak jest logiki w wysnuwaniu wniosków ze zgromadzonego materiału dowodowego lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza reguły logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (wyrok SN z 27 września 2002 r. sygn. II CKN 817/00, Lex nr 56906; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. I ACa 21/11).

Pozwany zarzucając Sądowi I instancji przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, w istocie nie przedstawił błędów w logice jego rozumowania, ponowił jedynie swoje dotychczasowe stanowisko. Tymczasem wnioski Sądu znajdują odzwierciedlenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym. Prawidłowe było ustalenie Sądu Okręgowego, że w dniu 20 maja 2010r. powodowa spółka skierowała do pozwanego pismo, w którym poinformowała, że 14 kwietnia 2010r. podpisała z (...) sp. z o.o. w W. umowę na podwykonawstwo na zadaniu inwestycyjnym pod nazwą „Wykonanie robót instalacyjnych modernizacji miejskiego basenu rekreacyjnego przy ul. (...) w C.". Do przedmiotowego pisma została załączona umowa wraz z zakresem robót i harmonogramem (k.116). Pozwany poinformował powoda, że pozostawia sprawę bez rozpatrzenia (k.118), jednakże w dniu 15 lipca 2010r. skierował pismo do T. sp. z o. w W., w którym podał, że z umowy z dnia 14 kwietnia 2010r. zawartej pomiędzy powodem a R. wynika stosunek podwykonawstwa oraz, że za wykonane prace powód ma otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 908 900 zł brutto. Jednocześnie wezwał T. do zgłoszenia wszystkich podwykonawców w terminie 3 dni (k.119-120). Powód informował pozwanego również o tym, że za wykonane prace nie otrzymał zapłaty (k.125, 126, 127). Pozwany udzielił odpowiedzi, że „z powodu znacznych opóźnień w realizacji zadania, naliczone Wykonawcy robót kary umowne za nieterminowe wykonanie zadania przekroczyły kwotę zabezpieczonych przez zamawiającego na ten cel środków finansowych z ostatnich faktur. Wobec powyższych faktów, zgodnie z ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jednostka samorządu terytorialnego musi w pierwszej kolejności zabezpieczyć własne należności powstałe z tytułu naliczonych kar umownych."

Wynika z powyższego, że pozwana Gmina znała treść umowy łączącej R. z powodem - w tym również zakres zleconych prac i wysokość wynagrodzenia, które powód miał otrzymać. Pozwany wiedział, że prace są przez powoda wykonywane, akceptował to i nie zgłosił sprzeciwu, co więcej - odmowa zapłaty wynagrodzenia wynikała jedynie z okoliczności przekroczenia budżetu przeznaczonego na inwestycję.

Istotne w sprawie jest również, że pozwany w apelacji nie kwestionował swojej odpowiedzialności co do zasady, lecz jedynie w zakresie należności głównej w zakresie kwoty 190 869 zł oraz odsetek za opóźnienie - w całości. W tej sytuacji uznać należy, że odpowiedzialność pozwanej Gminy jako inwestora na podstawie art. $647^1$ § 5 k.c. została przez niego przyznana.

Kwestionowana przez pozwanego kwota 190 869 zł to wysokość kary umownej naliczonej przez R.. Możliwość naliczenia kar umownych wynikała z § 13 ust. 1 i 2 pkt a ppkt i oraz ii umowy łączącej R. z powodem. Kary miały być naliczane w następujący sposób:

1. 0,25 wartości wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy do 1 miesiąca, jeżeli zwłoka powstała z przyczyn zależnych od podwykonawcy, lecz nie więcej niż 20% wartości brutto kontraktu,

2. 1,0 % wartości wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy powyżej 1 miesiąca, jeżeli zwłoka powstała z przyczyn zależnych od podwykonawcy, lecz nie więcej niż 20% wartości brutto kontraktu.

Jak wynika natomiast z § 3 ust 3 pkt b i d umowy podwykonawca będzie zwolniony z dotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy m.in. w przypadku przestojów i opóźnień zawinionych przez inwestora oraz w przypadku opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych, które uniemożliwiają wykonanie robót instalacyjnych, a

opóźnienia zostaną zgłoszone przez podwykonawcę na naradach koordynacyjnych oraz zostaną potwierdzone wpisem do Dziennika budowy. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego w toku realizacji projektu z uwagi na powstałe opóźnienia w udostępnieniu powodowi jako podwykonawcy frontu robót, R. i powód w dniu 10 czerwca 2010 r. podpisali Aneks nr (...) do Umowy Nr (...) zawartej dnia 14 kwietnia 2010 r. – ustalając nowy termin zakończenia prac na dzień 31 lipca 2010 r. Następnie w dniu 19 lipca 2010 r. podpisano Aneks nr (...) – ustalając nowy termin zakończenia prac na dzień 31 sierpnia 2010 r. Z uwagi na zaistniałe opóźnienia w realizacji prac budowlanych od 20 kwietnia do 22 lipca 2010 r. zwoływane było kolejno przewidziane umową z dnia 14 kwietnia 2010 r. narady koordynacyjne. W toku tych narad wskazywano wyraźnie, na opóźnienia prac w stosunku do przyjętego harmonogramu, widząc przy tym ryzyko zagrożenia wykonania inwestycji z założonym terminem odbioru końcowego na dzień 30 czerwca 2010 r. Jednocześnie Inspektor Nadzoru Budowlanego – A. C., wskazywał, iż celowym będzie maksymalne przyspieszenie prac budowlanych, od realizacji których de facto uzależnione było prowadzenie prac zleconych powodowi. W naradach brali udział zarówno przedstawiciele powoda, R. i T., w tym w naradzie z dnia 11 czerwca i 22 lipca 2010 r. brał udział również działający z ramienia pozwanej Gminy – S. G.. Istotne jest również, że inspektor nadzoru oraz kierownik budowy wpisami do dziennika budowy wstrzymywali prowadzone prace budowlane w dniach: 5 maja, 13-18 maja, 20 maja, 2 czerwca 14 czerwca, 15 czerwca oraz 23 czerwca 2010 r. wskazując wyraźnie, iż intensywne opady uniemożliwiają one prowadzenie prac budowlanych. Z zeznań świadków Z. M., Ł. K., A. C. i Z. D. wynika, że przedmiotowy dziennik został usunięty na okres około miesiąca (sierpień - wrzesień), co uniemożliwiło dokonanie wpisów w przedmiocie braku warunków do wykonania zakresu prac, do których został zobowiązany powód na mocy umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r. Istotne jest również, że pismem z dnia 3 września 2010 r. powód wezwał R. (...) do podpisania kolejnego aneksu do umowy z dnia 14 kwietnia 2010 r. przedłużającego termin realizacji jego robót wskazując na opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych. Z treści wezwania (k.75) jednoznacznie wynika, że uniemożliwienie terminowego rozpoczęcia i zakończenia robót będących przedmiotem umowy jest nieterminowe wykonanie prac budowlanych m.in. w postaci braku płytek w sanitariatach i prysznicach, braku sufitów podwieszanych, braku pomalowania ścian, czy braku wylewek (skrzydło wschodnie). Pismem z dnia 27 września 2010 r., powód wezwał R. do zwołania narady koordynującej z udziałem przedstawiciela inwestora oraz wszystkich wykonawców robót - celem ostatecznego ustalenia terminowego harmonogramu prac poszczególnych wykonawców. W treści przedmiotowego pisma wskazano wyraźnie, iż oczekiwanie na front prac (budowlanych) powoduje, że pracownicy powoda zmuszeni byli pozostawać w gotowości uniemożliwiającej podjęcie innych robót. Powód podniósł także, iż w okresie od 6 do 20 września 2010 r. był zmuszony opuścić budowę z uwagi na uniemożliwienie mu wykonania prac tzw. „białego montażu". Istotna jest również treść protokołu odbioru z dnia 11 października 2010 r. (k.90), w którym to po dokonaniu oględzin stwierdzono, że ze względu na brak mediów nie ma możliwości wykonania rozruchów instalacji c.o., cwu. i elektryki, to jest prac do których zobowiązany był powód, z jednoczesnym wskazaniem, iż dostawa mediów leży po stronie inwestora. Pismem z dnia 26 sierpnia 2010 r. powód poinformował R. i T., o konieczności powiadomienia inwestora o potrzebie podpisania przez niego umowy na dostarczanie wody, odbiór ścieków oraz dostarczanie energii, gdyż podpisanie powyższych umów jest warunkiem niezbędnym do uzyskania protokołów przyłączeniowych i odbiorów sieci wodno – kanalizacyjnej.

Prace wskazane w protokole odbioru z dnia 11 października 2010 r. zostały wykonane w wyznaczonym terminie, to jest w dniu 15 października 2010 r. (k.31). Z tego względu zasadnie Sąd I instancji uznał, że opóźnienie w realizacji prac nie było zawinione przez stronę powodową jako podwykonawcę prac instalacyjnych. Przesłanki aktualizujące obowiązek zapłaty przez powoda kary umownej nie zostały spełnione, stąd naliczenie przez R. i oświadczenie o potrąceniu kary umownej było bezpodstawne. Z tych względów prawidłowe było zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda całej należnej kwoty t.j. 377 092,54 zł.

Natomiast ma rację skarżący, że Sąd I instancji błędnie przyjął datę początkową naliczania odsetek za opóźnienie. Zobowiązanie inwestora do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy ma charakter bezterminowy. Zastosowanie winien znaleźć przepis art. 455 k.c., z którego wynika, że jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Wezwanie do zapłaty skierowane do pozwanego zostało wysłane w dniu 14 marca 2011r., określono w nim termin płatności na dzień 24 marca 2011r. (k.135-136). W tej sytuacji powód mógł żądać odsetek za opóźnienie na mocy art.

481 § 1 i 2 k.c. od dnia 25 marca 2011r. do dnia zapłaty. Z tych przyczyn na mocy art. 386 § 1 k.p.c. wyrok Sądu I instancji podlegał zmianie poprzez oddalenie powództwa co do pozostałej części dochodzonych przez powoda odsetek za opóźnienie.

W pozostałym zakresie apelacja powoda podlegała oddaleniu na mocy art. 385 k.p.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego oparto na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Wynagrodzenie pełnomocnika powoda ustalono na mocy § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015r. poz. 1800 ze zm.).