

## UZASADNIENIE

Powód (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., aktualnie z siedzibą w D. (KRS k. 361) wniósł przeciwko Skarbowi Państwa-Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. pozew o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym nakładającego obowiązek zapłaty kwoty 238 723,13 zł wraz z należnymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztami sądowymi w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu wskazał, że w dniu 29 marca 2011 r. (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. zawarły umowę na podstawie, której powód zobowiązał się jako podwykonawca do wykonania robót budowlanych obejmujących całościowe wykonanie kładki (z wyłączeniem dostawy betonu) dla pieszych KP-1 w km 368+592 autostrady (...).

Przedmiotowe prace budowlane były wykonywane w ramach umowy z dnia 28 września 2009 r. na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 365+261,42 (od węzła S. I bez węzła) do km 394 + 500 oraz na odcinku od km 411 + 465,8 do km 431 + 500" zawartej pomiędzy pozwanym, a konsorcjum w skład którego wchodziła między innymi (...) Sp. z o.o.

W ramach powołanej wyżej umowy powód wykonał między innymi roboty budowlane objęte: fakturami VAT załączonymi do pozwu potwierdzonymi w protokołach zaawansowania robót.

Zgodnie z § 4 umowy z dnia 29 marca 2011 r. z każdej faktury miała być potrącana kwota 5% netto tytułem gwarancji oraz innych należności Zleceniodawcy, które miały być zwrócone pod odbiorze obiektu. Powód ustalając wysokość roszczenia pomniejszył dochodzoną kwotę zgodnie z powołanym postanowieniem umownym.

Powód wywodził, że będący inwestorem pozwany wiedział o wykonywaniu przez powoda robót budowlanych, o czym świadczą wpisy w dzienniku budowy, bezpośredni odbiór prac przez pozwanego, a nie za pośrednictwem D.. Na dowód wskazał kserokopie Dziennika Budowy z wpisami powoda, protokoły zaawansowania robót, pismo pozwanego z dnia 25.07.2011 r. informujące powoda o wypowiedzeniu umowy na generalne wykonawstwo z dnia 28 września 2009 r.. Zgoda może być wyrażona przez każde zachowanie inwestora, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 kc).

Nakazem zapłaty z dnia 17 stycznia 2012 r. wydanym w postępowaniu upominawczym Sąd Okręgowy w Łodzi, sygn. akt II Nc 9/12 uwzględnił żądanie pozwu (nakaz zapłaty k. 31).

W sprzeczności od niniejszego (k. 220 i n.) pozwany Skarb Państwa -Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad podnosząc zarzut niewłaściwości miejscowej Sądu wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Pozwany zakwestionował powództwo, co do zasady jak i co do wysokości.

Pozwany potwierdził, iż ze spółką (...), która wchodziła w skład konsorcjum zawarł umowę z dnia 28 września 2009 r. we wskazanym przez powoda przedmiocie. Podniósł jednak, iż umowa ta przewidywała tryb, w jakim prace będą zlecane podwykonawcom zgodnie z S. 4.4 Warunków Ogólnych Kontraktu zmienionych przez Warunki Szczególne Kontraktu. Zgodnie z umową Wykonawca był zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu za pośrednictwem Inżyniera Kontraktu informacji o zamiarze zatrudnienia podwykonawcy, jak również projektu umowy z podwykonawcą do akceptacji.

Powyższe znajduje potwierdzenie w umowie pomiędzy powodem a spółką (...) w jej §1 ust. 2 i §2 ust 5.

W ocenie pozwanego powód był świadomy i miał wiedzę, że do rozpoczęcia robót niezbędna jest zgoda Inwestora. Ponadto spełnienie warunku zgody zamawiającego zgodnie z § 1 ust. 2 umowy podwykonawczej stanowiło o rozpoczęciu jej obowiązywania. Wobec niespełnienia tego warunku umowa nie weszła w życie.

Pozwany wskazał, że w załączonych do pozwu dokumentów określonych, jako (...), w sprzeczności pozostaje, kto był faktycznym wykonawcą robót. Co więcej w nagłówku pisma wskazuje się, jako wykonawcę konsorcjum, natomiast podpis składa niezidentyfikowana osoba.

Pozwany podniósł, że nie otrzymał wymaganej umową informacji o podwykonawcy, zaprzeczył jakoby wiedział o obecności powoda na budowie oraz jakoby wyraził zgodę na zawarcie Umowy Podwykonawczej

Postanowieniem z dnia 8 maja 2012 r. Sąd Okręgowy w Łodzi przekazał sprawę niniejszą do rozpoznania tut. Sądu ( postanowienie k. 316).

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w dniu 28 września 2009 r. zawarł z konsorcjum firm, w skład którego wchodziły:

1. China (...) Co. Ltd siedzibą w P.,
2. S. (...) ( (...)) G. Co. z siedzibą w S.,
3. China (...) Co. Ltd z siedzibą w L.
4. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.

umowę w przedmiocie wykonania „Projektu i budowy autostrady (...) S. - K. na odcinku od km 365+261,42 (od węzła S.1 bez węzła) do 394+500.

Zgodnie z §2 tej umowy w jej skład wchodziły:

1. Warunki Szczególne Kontraktu
2. Warunki Ogólne Kontraktu ( część I)
3. Program Funkcjonalno Użytkowy
4. Załącznik do Oferty
5. Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami,
6. Wniosek Wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu
7. Wyceniony Wykaz Cen
8. Wszelkie inne dokumenty dołączone do Kontraktu.

Zgodnie z Subklauzulą 4.4 Warunków Ogólnych Kontraktu zmienionych przez Warunki Szczególne Kontraktu:

Wykonawca nie podzleci innych Robót niż wskazane w Ofercie Wykonawcy, bez zgody Zamawiającego

Usunięta całą treść punktów (a), (b) i i.c) Subklauzuli 4.4 i zastąpiono następującą

(a) Powierzenie innych prac Podwykonawcy aniżeli wskazanych w ofercie musi być uzasadnione przez Wykonawcę na piśmie i zaakceptowane przez Zamawiającego.

Każdorazowo w przypadku planowanego skierowania do realizacji Robót Podwykonawcy:

i. Wykonawca nie później niż 28 dni przed terminem złożenia do Zamawiającego dokumentów wymaganych zgodnie z Kodeksem cywilnym dla akceptacji : - Podwykonawcy, przedłoży Zamawiającemu, za pośrednictwem Inżyniera, informację o zamiarze zatrudnienia Podwykonawcy, określając zakres prac przewidzianych do podzlecenia.

ii. Zamawiający po otrzymaniu opinii inżyniera, która zostanie przekazana Zamawiającemu przez Inżyniera, w ciągu 3 dni, od otrzymania projektu umowy z Podwykonawcą, podejmie decyzję, wyrażając zgodę lub sprzeciw wraz z uzasadnieniem podstaw odmowy na zawarcie tejże umowy. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedłożenia mu projektu umowy z Podwykonawcą nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem podstaw odmowy, uważać się będzie, że wyraził zgodę na zawarcie umowy."

(a) Po uzyskaniu zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z Podwykonawcą lub jeżeli Zamawiający nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy w powyższym terminie, Wykonawca przed skierowaniem Podwykonawcy do wykonania Robót przedłoży Zamawiającemu zawartą umowę z Podwykonawcą.

(b) W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji Robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą,

Jeżeli zatwierdzony przez Zamawiającego zgodnie z pkt (a) ii powyżej Podwykonawca- wystąpi na piśmie z oświadczeniem do Zamawiającego, że Wykonawca nie dokonuje płatności za wykonane roboty, które zostały odebrane i poświadczone do zapłaty w Świadectwie Płatności przez inżyniera, to Zamawiający wezwie Wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni od daty doręczenia takiego powiadomienia dowodów, że sumy należne Podwykonawcy za roboty, które były poświadczone przez inżyniera, zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż-poprzez zapłatę.

Jeżeli po takim wezwaniu Wykonawca nie dostarczy dowodów, że sumy należne Podwykonawcy zostały zapłacone, albo też nie przedstawi racjonalnych i uzasadnionych zarzutów wobec Podwykonawcy to:

i. Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z Art. 6471 §5 k.c, będzie miał prawo potrącić kwotę równą tej należności z: wierzytelności Wykonawcy względem "Zamawiającego, zgodnie z zapisami Subklauzuli 2.5 (Roszczenia Zamawiającego).

ii. Po dokonaniu zapłaty przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, Wykonawca nie będzie uprawniony do powoływania się wobec-Zamawiającego na te zarzuty wobec Podwykonawcy, o których Zamawiający nie został poinformowany przez Wykonawcę w terminie 7 dni po doręczeniu wezwania opisanego powyżej.

(d) Umowy z Podwykonawcami, które zawierać będzie Wykonawca działający, jako Konsorcjum, zawierane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum.

(dowód kopia umowy z dnia 28 września 2009 wraz ze Szczególnymi Warunkami k. 227 i n.).

W dniu 29 marca 2011 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...) sp. z o.o. zawarły umowę w której wskazały, że D. jako członek Konsorcjum - lider: China (...) Co. Ltd. (...): S. (...) ( (...)) G. Co., China R. T. (...) Co. Ltd.; (...) Sp. z o.o., jest wykonawca robót związanych z realizacją kontraktu pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 365+261,42 (od węzła S. I bez węzła) do km 394+500" oraz na odcinku od km 411 +465,8 do km 431+500.

Strony zastrzegły, że warunkiem wejścia w życie niniejszej umowy podwykonawczej zawartej w związku z w/w kontraktem ze Skarbem Państwa-Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad, a której przedmiotem jest „Projekt i budowa autostrady (...) S.-K.” jest zgoda Zamawiającego.(§ 1 ust 12 umowy)

Wykonawca miał niezwłocznie poinformować Podwykonawcę o akceptacji niniejszej umowy przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązał się do przedstawienia Zamawiającemu niniejszej umowy w terminie 7 dni od jej podpisania. ( §1 ust. 3 i 4 umowy)

Ponownie w §2 ust. 3 pkt 1 umowy strony zastrzegły, że warunkiem rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy jest spełnienie warunków, o których mowa w § 1 umowy tj. zgoda Zamawiającego.

Także rozpoczęcie realizacji przedmiotu umowy strony uzależniły od zgody inwestora (§3 ust 1 pkt1 umowy).

Strony wskazały, że przedmiotem umowy jest (szczegółowy zakres wg załącznika nr 2 i 3) dostawa materiałów z wyłączeniem betonu, wykonanie, przeprowadzenie testów i odbioru przez Zamawiającego kładki dla pieszych KP-1 w km 368+592 autostrady (...) (§2 ust 1 umowy).

Wszelkie ustalenia, sugestie, uwagi i wszelka inna korespondencja między Wykonawcą i Podwykonawcą dotycząca prowadzonych robót powinna mieć formę pisemną. (§2 ust 7 umowy).

Podwykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową, treścią umowy, sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami prawa; zapewnienia obsługi geodezyjnej dla robót objętych niniejszą umową, zorganizowania zaplecza technicznego i socjalnego dla własnych pracowników, wykonywania prac zgodnie z przepisami BHP i p.poż., zapewnienia stałego nadzoru nad prowadzonymi robotami przez osobę posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie w odpowiedniej specjalności, przygotowania dokumentacji powykonawczej, przygotowanie programu (...) i (...) na bazie opracowanych przez Wykonawcę.

Wykonawca zaś zobowiązał się do zapewnienia obsługi geologicznej i geodezyjnej w zakresie wytyczenia obiektu, odbioru prawidłowo wykonanych robót, terminowej zapłaty należnego Podwykonawcy wynagrodzenia zgodnie z zapisami umowy.

W §4 umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe Podwykonawcy w wysokości: 1 150 000 PLN netto powiększona o podatek VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Wynagrodzenie miało być płatne w terminie 21 dni od daty przyjęcia faktury przez Wykonawcę, przelewem na konto Podwykonawcy określone na fakturze VAT. Fakturowanie miało odbywać się raz w miesiącu za zakończone elementy robót. Podstawą wystawienia faktury stanowił protokół zaawansowania robót sporządzony każdego ostatniego dnia miesiąca, podpisany przez obie strony.

Z każdej faktury potrącone zostanie 5% jej wartości netto tytułem Kwot Zatrzymanych. Kwoty te miały być zwolnione po odbiorze obiektu przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego podwykonawca miał prawo zafakturować zakupione materiały przed ich wbudowaniem na podstawie faktur zakupowych.

( umowa z dnia 29 marca 2011 r. k. 6 -10).

Powód wykonując w/w umowę podwykonawczą wystawił faktury: w dniu 12 maja 2011 r. fakturą VAT nr (...) na kwotę (...) zł brutto, następnie w dniu 30 maja 2011 r. fakturą VAT nr (...) na kwotę (...) zł brutto (kopie faktur k. 20,21); następnie wezwaniem do zapłaty z 15.06.2011 r. ponaglił Spółkę (...) do zapłaty z w/w faktur (pismo k. 19).

Następnie w dniu 10 sierpnia 2011 r. powód wystawił fakturą VAT nr (...) na kwotę (...) zł brutto (k.22).

W Dzienniku Budowy prowadzonym dla przedmiotowej inwestycji, jako jeden z kierowników budowy istnieje wpis G. W. pracującego z ramienia powoda z podaniem adresu zamieszkania i uprawnień budowlanych. Ponadto, istnieją trzy wpisy G. W., jako kierownika budowy z dnia 18 kwietnia 2011 r., 18 maja 2011 i 20 maja 2011 r. dotyczące stosownie do kolejności:

- wykonania podłoża pod strony fundamentowe Nr F1,F2,F3 ,S1,S22,S3,S4,S5,
- zgłoszenia do obioru zbrojenia i deskowanie stóp fundamentowych 17 szt., od S1 do S12 i od F1 do F3, P1 i P2,
- zabetonowania fundamentu S1do S6 i P1,F1,

( kopia Dziennika Budowy k. 11-15, zeznania świadka G. W. k. 407-412 )

Protokoły zaawansowania robót nr od 01- do 03 dotyczące kładki dla pieszych KP -1 określają nazwę kontraktu zgodnie z przedmiotem określonym w umowie z inwestorem oraz wskazują konsorcjantów, jako wykonawców robót. W pierwszym z nich, w miejscu wykonawcy widnieje podpis nieczytelny, w drugim pieczętka z parafą G. W., w trzecim złożono nieczytelny podpis. W drugim dopisano ręcznie nazwę powoda w miejscu podpisu wykonawcy, zaś w trzecim nazwa ta została dodrukowana. Świadek był jedynie przedstawiony konsorcjantom, jako działający z ramienia powoda następnie w ramach swoich obowiązków kontaktował się jedynie z powodem. Każdy z protokołów został podpisany przez E. D. reprezentującego inwestora, który uznawał G. W., jako kierownika budowy z ramienia wykonawcy (kopie protokołów zaawansowania robót k. 16-18, zeznania świadka G. W. k. 407-412, zeznania świadka E. D. k. 349-355).

Powód nie został zgłoszony inwestorowi jako podwykonawca, nie uczyniła tego spółka (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wskazując, iż miało tego dokonać kierownictwo konsorcjum (zeznania świadka J. F. k. 409 -412); brak jest również protokołu wprowadzenia powoda na plac budowy.

Powód nie był znany inspektorowi nadzoru robót konstrukcyjno budowlanych przy budowie kładki dla pieszych KP1 jako podwykonawca tych prac. Powód nie został w ramach procedur przyjętych przez inwestora zatwierdzony i ujęty w jego rejestrach podwykonawców. Kopię umowy z powodem inwestor otrzymał po odstąpieniu od umowy głównej z konsorcjantami (zeznania świadka E. D. (k.349-355 i świadka A. M. k. 352-355).

Pismem z dnia 27 czerwca 2011 r. pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z głównym wykonawcą (oświadczenie wraz z pismem powiadającym k. 401-406).

Powód pismem z 15 września 2011 r. wezwał pozwanego zapłaty za wykonane roboty budowlane i pismem z 6 października 2011 r. strona pozwana odpowiedział powodowi, iż sprawę przekazano do centrali (k. 22,23).

Powód jako podwykonawca pismem z 21 października 2011 r. wezwał pozwanego jako dłużnika solidarnego do uiszczenia kwoty 238 723,13 zł (pisma powoda k.25).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o w/w dowody. Złożone dokumenty i zeznania świadków są spójne i logiczne oraz wzajemnie się uzupełniają. W szczególności zeznania świadków G. W. i E. D. nie przeczą sobie wzajemnie. Kontakt tych świadków w ramach prowadzenia procesu budowlanego wskazuje, iż G. W. nie był uznawany, jako działający z ramienia powoda. Potwierdzają to zeznania samego G. W., który wskazał, iż w ramach swoich obowiązków kontaktował się z powodem. Świadek został przedstawiony jedynie konsorcjantom (głównemu wykonawcy) nie zaś inwestorowi. Potwierdzają to zeznania świadka A. M., który pracując u inwestora prowadził rejestr podwykonawców. Powód, w tym rejestrze nie widnieje. G. W. potwierdził jedynie jeden z trzech podpisów złożonych na protokole zaawansowania robót (k. 17) i to w zakresie pieczęci określającej jego indywidualne dane oraz jego parafę. Pozostałych podpisów nie potwierdził. Świadek E. D. stanowczo stwierdził, iż dopiski wskazujące na nazwę powoda w tychże protokołach musiały zostać dopisane, bowiem jako inspektor nadzoru na tej inwestycji nawet nie zetknął się z nazwą powoda.

Zeznania świadka T. K. (prezesa zarządu powodowej Spółki w okresie zawarcia i wykonywania przedmiotowej umowy podwykonawczej k. 443) nie wniosły do sprawy istotnych okoliczności.

### **Sąd zważył co następuje:**

Powództwo podlega oddaleniu.

Powód domagał się zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace na podstawie umowy podwykonawczej z dnia 29 marca 2011 r.

Pozwany przeczył wyrażeniu zgody na podwykonawstwo powoda, jak również kwestionował wysokość żądanego wynagrodzenia poprzez negację faktu wykonania robót.

Zgodnie z art. 647<sup>1</sup>§1-5 k.c. w umowie o roboty budowlane zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców.

Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis odnośnie sprzeciwu stosuje się odpowiednio.

Umowy te powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

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

W orzecznictwie przyjmuje się konstrukcję zgody inwestora na umowę wykonawcy z podwykonawcą wyrażoną w sposób czynny tj. wprost, a także zgody wyrażonej w sposób bierny, dorozumiany ukonstytuowaną w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c.( wpływ terminu na sprzeciw czy zastrzeżenia).

Po początkowych wątpliwościach ugruntowało się w orzecznictwie stanowisko, iż zgoda inwestora na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą może być wyrażona przez każde zachowanie inwestora, która ujawnia zgodę w sposób dostateczny, zgodnie z art. 60 k.c., w tym przez czynności faktyczne, jak na przykład tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, odbieranie od niego robót, czynienie ustaleń z podwykonawcą i może być wyrażona w dowolnym momencie przed zakończeniem robót, przy czym wiedza inwestora o istotnych elementach umowy podwykonawczej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą może pochodzić z różnych źródeł, czy też inwestor mógł posiadać taką wiedzę z łatwością.

Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą winna dotyczyć konkretnej umowy lub projektu umowy zindywidualizowanych zarówno, co do strony podmiotowej, jak i przedmiotowej, w tym co do zakresu robót i ustalonego wynagrodzenia w umowie z podwykonawcą, przy czym ciężar udowodnienia zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą ciąży na podmiocie powołującym się na solidarną odpowiedzialność inwestora z wykonawcą.

Zgoda inwestora może być wyrażona w dowolnym czasie, jednakże do chwili zakończenia robót budowlanych.

Wiedza inwestora musi dotyczyć nie tylko osoby podwykonawcy, ale również warunków istotnych umowy, w zakres których wchodzi rodzaj wykonywanych przez podwykonawcę prac i wysokość umówionego z nim wynagrodzenia. Jest to o tyle istotne dla inwestora, że aby można było mówić o powstaniu solidarnej odpowiedzialności inwestora

realizującej się z mocy ustawy, jego świadomość musi obejmować pełny zakres tej odpowiedzialności, a zatem wobec kogo powstaje, za jakie czynności i w jakiej wysokości. Tylko w takim przypadku inwestor może wyrazić zgodę świadomie.

Zgoda nie może mieć charakteru blankietowego, a więc, że inwestor wyraża zgodę, zwłaszcza w sposób dorozumiany, na każdą wysokość wynagrodzenia, nawet takiego, które przewyższałoby wynagrodzenie generalnego wykonawcy.

Obowiązek ustalenia w umowie z generalnym wykonawcą rzeczowego zakresu robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą wykonawców (art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c.), nie przekłada się wprost na wiedzę inwestora o warunkach istotnych umowy z podwykonawcą, która rodziłaby jego solidarną odpowiedzialność. Jak wyjaśnił to Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III CZP 6/08). Zgoda inwestora (wykonawcy) ma dotyczyć zawarcia przez wykonawcę (podwykonawcę) umowy o roboty budowlane z podwykonawcą, a więc konkretnej umowy, o określonej treści, zawartej lub przynajmniej wstępnie uzgodnionej ze zindywidualizowanym podmiotem w zakresie wszystkich istotnych postanowień, szczególnie tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia. Zestawienie § 1 i § 2 w art. 647<sup>1</sup> k.c. wskazuje, że nie wystarczy udzielona z góry zgoda blankietowa na umowę o jakiegokolwiek treści z jakimkolwiek wykonawcą, przepisy regulujące wymaganie zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą znajdują bowiem zastosowanie także wówczas, gdy w umowie między wykonawcą a inwestorem, zgodnie z wymaganiami art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c., określono zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał angażując podwykonawców. Za taką interpretacją, co podkreślano w orzecznictwie, przemawia potrzeba zapewnienia należytej ochrony także inwestorowi, wyrażona zgoda ma bowiem zasadnicze znaczenie dla obciążenia go odpowiedzialnością solidarną. Zgoda inwestora w każdym wypadku będzie zatem skuteczna tylko wtedy, gdy będzie dotyczyła konkretnej umowy /.../ Aby można przyjąć, że milczenie inwestora oznacza jego zgodę, treść przedłożonej umowy lub jej projektu powinna obejmować wszystkie postanowienia istotne przy określaniu zakresu odpowiedzialności solidarnej inwestora; jej uzupełnieniem jest odpowiednia część dokumentacji, obejmująca roboty będące przedmiotem przedstawianej umowy (projektu). Treść dostarczonej umowy (projektu) wyznacza granice solidarnej odpowiedzialności inwestora (wykonawcy), milczące wyrażenie zgody odnosi się bowiem jedynie do zobowiązań wynikających z przedłożonych dokumentów.

Nowelizacja kodeksu cywilnego z dnia 14 lutego 2003 roku (Dz.U.2003.49.408) wprowadziła istotne novum dotyczące wyrażenie zgody przez zamawiającego na powierzenie pewnych robót podwykonawcom. Daje to inwestorowi rzeczywiste narzędzie oddziaływania na proces realizacji inwestycji, za pomocą którego może wpływać na wybór podwykonawcy i najkorzystniejszej oferty. Warunkiem takiej zgody jest przede wszystkim znajomość przez inwestora istotnych postanowień umowy o roboty budowlane zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą, a szczególności tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia podwykonawcy (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 06 października 2010 roku, II CSK 210/10, LEX nr 786938).

W wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r. I ACa 792/12 Sąd Apelacyjny w Warszawie wskazał, że skoro zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. inwestor odpowiada za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, a jego solidarna odpowiedzialność z wykonawcą ma charakter ustawowej solidarnej odpowiedzialności gwarancyjnej za cudzy dług, on zaś sam pełni rolę ustawowego poręczyciela gwarancyjnego wykonawcy, to warunkiem tej odpowiedzialności jest to, aby znał lub miał możliwość poznania tych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności.

W świetle art. 6 k.c. w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie pierwsze i § 5 k.c., ciężar udowodnienia tego, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy o roboty budowlane wykonawcy z podwykonawcą, spoczywa na podwykonawcy, on bowiem z tego faktu wywodzi skutki prawne. Jeżeli inwestor twierdzi, że zgody takiej nie wyraził również w sposób dorozumiany oraz że nie znał istotnych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, podwykonawca powinien udowodnić także świadomość inwestora, co do tych okoliczności, wyznaczających zakres jego odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawcy lub to, że z postanowieniami tymi inwestor mógł się zapoznać.

Tut. Sąd w całości to stanowisko podziela.

W rozpoznawanej sprawie inwestor zawierając umowę z wykonawcą przewidział możliwość wykonania robót przez podwykonawców ( tzw. umowa główna) i uregulował tryb uzyskania zgody inwestora.

Strony dopuściły niniejsze jednakże w określonych ramach, zgodnie z procedurą przewidzianą w umowie, która w dużej mierze odzwierciedla przepisy ustawowe.

Powód nie przeczył, iż nie została zachowana procedura przewidziana subklauzuli 4.4. warunków kontraktu stanowiący integralną część umowy z głównym wykonawcą. Nie wskazywał, że został przedstawiony inwestorowi do akceptacji, jako dalszy podwykonawca. Prezes zarządu spółki (...) sp. z o.o. potwierdził, iż nie dokonywał zgłoszenia powoda inwestorowi. Powód nie był ujawniony w prowadzonych przez inwestora rejestrach podwykonawców ( zeznania A. M. k. 352-355).

Tym samym w sprawie było bezspornym, że pozwany nie wyraził zgody na podwykonawstwo powoda w sposób czynny jak też poprzez upływ terminu na złożenia sprzeciwu czy zastrzeżeń do umowy, czy jej projektu.

Powód powoływał się w niniejszej sprawie na wyrażenie zgody inwestora w sposób dorozumiany. Podnosił, że inwestor wiedział o wykonywaniu przez powoda prac budowlanych na przedmiotowej inwestycji. Zakres tychże prac jak i wysokość żadnego wynagrodzenia miała wynikać z faktur wystawionych przez powoda oraz trzech protokołów zaawansowania robót.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie wykazało jednakże brak świadomości inwestora o podwykonawstwie powoda.

Bezpośredni inspektor nadzoru nad pracami wskazywanymi przez powoda (świadek E. D.), a dotyczącymi kładki dla pieszych KP-1, działający z ramienia inwestora nie kojarzył nazwy powodowej Spółki. G. W. nie uznawał za kierownika budowy pracującego z ramienia powoda. Niniejsze potwierdzają zeznania samego G. W., który stwierdził, iż w ramach swoich obowiązków kontaktował się jedynie z powodem, a nadto został przedstawiony jedynie głównemu wykonawcy (konsorcjantom), nie zaś inwestorowi. Jego wpisy w Dzienniku Budowy nie wskazują, iż reprezentuje on powoda, wpisy obejmują jedynie imię i nazwisko oraz uprawnienia do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Świadek potwierdził jeden podpis widniejący na jednym z trzech protokołów o nr (...) jako jego własny. Pozostałe zostały złożone przez inne osoby.

Brak jest również odzwierciedlenia faktu podwykonawstwa powoda w rejestrach podwykonawców prowadzonych przez inwestora czy też innych dokumentach wskazujących na powiadomienie inwestora o prowadzeniu prac przez powoda.

Uregulowania umowy, której powód był stroną również przemawiają przeciwko twierdzeniom pozwu. Warunkiem wejścia w życie umowy podwykonawczej, której stroną był powód i zawartej w związku z w/w kontraktem ze Skarbem Państwa-Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad, a której przedmiotem jest „Projekt i budowa autostrady (...) S.-K.” uczyniono zgodę Zamawiającego.(§ 1 ust 12 umowy). Zgodnie z jej §3 ust 4 i 3 to wykonawca, a więc zgodnie z nazewnictwem przyjętym w umowie, (...) sp. z o.o. miała niezwłocznie poinformować podwykonawcę (powoda) o akceptacji niniejszej umowy przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązał się do przedstawienia Zamawiającemu niniejszej umowy w terminie 7 dni od jej podpisania.

Również rozpoczęcie wykonywania przedmiotu umowy, jej realizację uzależniono od uzyskania zgody inwestora (§2 ust. 3 pkt 1,§ 3 ust 1 pkt1 umowy).

Ponadto, strony zastrzegły, iż nastąpi protokolarne wprowadzenie powoda na teren budowy, jako warunek rozpoczęcia wykonywania umowy. Niniejszego dokumentu powód nie przedłożył, co również przemawia przeciwko twierdzeniom pozwu.

Odnosząc faktury złożonych przez powoda, to zaznaczyć należy, iż faktura VAT jest dokumentem prywatnym, co w świetle art. 245 k.p.c. oznacza, że osoba, która ją podpisała złożyła oświadczenie danej treści. Wyłącznie na podstawie faktury VAT nie sposób ustalić, że strony łączyła umowa określonej treści, jak i tego czy i w jakim zakresie umowa ta została zrealizowana. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r. II CNP 129/07 LEX nr 621237). Faktury przedłożone przez powoda zostały przez niego wystawione ze wskazaniem nabywcy usługi, czyli spółki (...) sp. z o.o. W.. W żaden sposób nie dowodzą zgody, chociażby w formie dorozumianej, inwestora na wykonanie robót w nich ujętych. Powód nie wyjaśnił w sposób przekonujący dlaczego trzecia faktura VAT została wystawiona dopiero w dniu 10 sierpnia 2011 r. (k.22) – a więc po odstąpieniu przez pozwanego od umowy z Generalnym Wykonawcą pismem z dnia 27 czerwca 2011 r. (k. 401) - co wskazuje zdaniem Sądu na brak wykazania również wysokości wynagrodzenia dochodzonego przez powoda za część prac wykonanych na podstawie umowy z 29 marca 2011r.

Reasumując, należy stwierdzić, iż powód nie wykazał zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, zgody pozwanego w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. na wykonywanie prac przez powoda w ramach podwykonawstwa, stąd brak jest podstaw do uznania solidarnej odpowiedzialności pozwanego jako inwestora na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane, co skutkowało oddaleniem powództwa.

O kosztach orzeczono na zasadzie art. 98 k.p.c. zasądając na rzecz strony pozwanej zwrot kosztów zastępstwa procesowego.