

Sygn. akt I ACa 1257/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący : SSA Władysław Pawlak

Sędziowie : SSA Regina Kurek

SSA Robert Jurga – sprawozdawca

Protokolant : st. sekr. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 09 grudnia 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Budownictwo (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przeciwko Województwu (...) - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 6 czerwca 2014 r. sygn. akt IX GC 820/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

I ACa 1257/14

UZASADNIENIE

Strona powodowa Budownictwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. domagała się zasądzenia od strony pozwanej Województwa (...) – Zarządu Dróg Wojewódzkich kwoty 1 732 170,51 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od 68 0067,40 zł od 5 sierpnia 2011 r., od 204 896,91 zł od 4 września 2011 r., od 391 355,25 zł od 6 października 2011 r., od 485 346,32 zł od 5 listopada 2011 r. i od 582 504,63 zł od 5 grudnia 2011 r. oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu powodowa spółka podała, że 12 lipca 2010 r. jako podwykonawca zawarła z (...)Spółką Akcyjną w K. umowę o wykonanie podbudowy, stabilizację podłoża i frezowanie nawierzchni bitumicznej w ramach wykonywanej przez (...)modernizacji drogi wojewódzkiej nr (...). (...) modernizował drogę wojewódzką (...) na podstawie umowy zawartej z Województwem (...). Powodowa spółka przedłożyła własne receptury laboratoryjne dotyczące podbudowy, które zostały przekazane inwestorowi. Po wykonaniu części prac powodowa spółka przeprowadziła w swoim laboratorium badania wykonanych prac a ich wyniki przekazano inwestorowi. Inwestor miał świadomość wykonywania prac przez powodową spółkę i akceptował ten fakt. Powodowa spółka uczestniczyła w naradach koordynacyjnych z udziałem przedstawicieli inwestora. Początkowo (...) płacił wynagrodzenie powodowej spółce w terminie. W czerwcu 2011 r. (...)wstrzymał płatności na rzecz powodowej spółki. Dlatego 1 sierpnia 2011 r.

powodowa spółka odstąpiła od umowy. Następnie powodowa spółka porozumiała się z(...), cofnęła oświadczenie o odstąpieniu od umowy i zawarła z (...) aneks do umowy określający nowy termin wykonania robót. Zaległości spółki (...) zostały częściowo spłacone. W dniu 18 sierpnia 2011 r. (...) zgłosił inwestorowi powoda jako podwykonawcę a inwestor nie zgłosił sprzeciwu. Powodowa spółka wystawiła (...) faktury za wykonane roboty, jednakże od lipca 2011 r. (...) zaprzestał płacić powodowej spółce wynagrodzenie. Strona powodowa zawarła z (...) umowę przelewu wierzytelności przysługujących (...) wobec inwestora. W dniu 20 października 2011 r. inwestor zwrócił się do (...) o wykaz wszystkich podwykonawców i zobowiązań w stosunku do tych podwykonawców. W odpowiedzi (...) poinformował inwestora o częściowym spłaceniu długów wobec podwykonawców. Inwestor ponownie zwrócił się do (...) o przedstawienie takiego wykazu 1 grudnia 2011 r. (...) przekazał inwestorowi zestawienie podwykonawców wraz z zadłużeniem 5 grudnia 2011 r. Zestawienie to obejmuje powodową spółkę. W dniu 29 lutego 2012 r. ogłoszono upadłość likwidacyjną spółki(...) Jako podstawę prawną roszczenia powodowa spółka wskazała art. 647⁽¹⁾ Kc.

W odpowiedzi na pozew strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu. Strona pozwana przyznała, że zawarła z Konsorcjum, w skład którego wchodziła spółka (...) oraz spółka (...) Projektowanie(...) A. i R. G. i spółka (...), umowę o modernizację drogi wojewódzkiej nr (...). Strona pozwana zarzuciła, że umowa została zawarta w trybie zamówienia publicznego. Wykonawcy składający ofertę obowiązani byli wskazać tę część przedmiotu zamówienia, której wykonanie powierzą podwykonawcom, nie jest bowiem możliwe, aby roboty były wykonywane przez podwykonawców, jeżeli zamawiający zastrzegł samodzielną realizację przedmiotu umowy. Strona pozwana nie wyrażała zgody na wykonywanie robót przez spółkę (...) poprzez podwykonawców.

Wyrokiem z dnia 6 czerwca 2014 r. Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 1 732 170,51 zł z ustawowymi odsetkami od 7 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty(pkt. I), oddalając dalej idące powództwo (pkt. II) i zasądzając od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 93 981 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt. III).

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 20 sierpnia 2008 r. spółka (...) spółka (...) i spółka(...)Projektowanie(...) A. i R. G.zawarły umowę konsorcjum w celu wspólnego złożenia oferty i wspólnej realizacji kontraktu na modernizację drogi wojewódzkiej nr (...) K. – P. – O.. W dniu 17 listopada 2008 r. Województwo (...) – Zarząd Dróg Wojewódzkich jako zamawiający i konsorcjum w składzie (...). M.i (...) Projektowanie (...) A. i R. G. jako wykonawca po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego w trybie określonym przez Prawo zamówień publicznych zawarli umowę o wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji drogi wojewódzkiej nr (...) K. – P. – O.. Termin zakończenia robót ustalono na 33 miesiące od daty zawarcia umowy. Strony postanowiły, że wykonawca nie może powierzyć do wykonania podwykonawcom wykonania robót drogowych bitumicznych. Umowę zawarto po przeprowadzeniu postępowania przetargowego, w którym Konsorcjum w składzie(...) M. i (...) Projektowanie (...) A. i R. G. złożyło ofertę, w której oświadczyło, że przedmiot zamówienia Konsorcjum zrealizuje siłami własnymi. Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. w pismach z 15 czerwca 2010 r., 17 czerwca 2010 r. i 5 lipca 2010 r. skierowanych do inspektora nadzoru inwestorskiego wyraził negatywne stanowisko co do zatrudnienia w ramach realizowanej modernizacji drogi wojewódzkiej nr (...) K. – P. – O. podwykonawcy budowy sieci wodociągowej, przekładki sieci wodociągowej oraz przebudowy sieci gazowej średniego ciśnienia, przebudowy sieci teletechnicznych oraz obsługi geodezyjnej. W dniu 12 lipca 2010 r.(...)jako zamawiający i Budownictwo (...) jako wykonawca zawarli umowę, w której wykonawca zobowiązał się wykonać podbudowę z mieszanki MCE metodą recyklingu, stabilizację podłoża Lipidurem oraz frezowanie nawierzchni bitumicznej w ramach realizowanego przez zamawiającego zadania pod nazwą (...) K. – P. – O.. Inwestorem robót był Zarząd Dróg Wojewódzkich w K.. Termin zakończenia robót ustalono na 18 lipca 2011 r. Ceny jednostkowe za wykonanie przedmiotu umowy zawierał załącznik nr (...) do umowy. Wstępne wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalono na kwotę 5 777 716 zł, do której należało doliczyć podatek od towarów i usług. Ostateczne rozliczenie miało nastąpić w oparciu o stałe ceny jednostkowe określone w Kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr(...) do umowy i rzeczywiste ilości wykonanych robót potwierdzone przez wykonawcę i odebrane przez zamawiającego. W dniu 24 maja 2011 r. strony przedłużyły termin wykonania robót do 19 sierpnia 2011 r. W piśmie z 21 lipca 2010 r. do (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. poinformował, że wyklucza możliwość zatrudnienia podwykonawców. W lipcu 2010 r. na pierwszej naradzie

koordynacyjnej po podpisaniu umowy przez (...) i Budownictwo (...) obecny był członek zarządu Budownictwa (...) W. Ś. (1). Na naradzie przedstawiciele Zarządu Dróg Wojewódzkich w K. oświadczyli, że inwestor nie wyraża zgody na zawarcie przez (...) umów z podwykonawcami. Dlatego w protokole z narady nie wpisano przedstawiciela Budownictwa (...). Po zawarciu umowy przez (...) i Budownictwo (...) W. Ś. (1) będący członkiem zarządu spółki Budownictwo (...) rozmawiał z M. M., która była dyrektorem wydziału inwestycji w Zarządzie Dróg Wojewódzkich. M. M. powiedziała W. Ś. (2), żeby w sprawach robót przy modernizacji drogi wojewódzkiej (...) rozmawiał z A. G., który był naczelnikiem wydziału Zarządu Dróg Wojewódzkich, któremu podlegała modernizacja drogi wojewódzkiej nr (...). W dniu 27 sierpnia 2010 r. inspektor nadzoru inwestorskiego zatwierdził receptę laboratoryjną pod nazwą (...) opracowaną przez Budownictwo (...). W dniu 14 września 2010 r. inspektor nadzoru inwestorskiego zatwierdził receptę laboratoryjną pod nazwą „(...)” opracowaną przez Budownictwo (...). Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. w piśmie z 28 września 2010 r. kierowanym do inspektora nadzoru inwestorskiego podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z 5 lipca 2010 r. stwierdzające, że zatwierdzenie podwykonawców wymagałoby wcześniejszej zmiany umowy z (...) W dniach 23 marca 2011 r. i 1 kwietnia 2011 r. spółka Budownictwo (...) wykonała zestawienie badań mieszanki MCE wykorzystanej przy modernizacji drogi wojewódzkiej nr (...). Jak dalej ustalił Sad Okręgowy spółka (...) zatrudniała przy modernizacji drogi wojewódzkiej (...) wielu podwykonawców, z których największym pod względem wartości robót była spółka Budownictwo (...). Na wiosnę 2011 r. (...) zaprzestał płacić należne Budownictwu (...) wynagrodzenie za wykonane roboty. Spółka Budownictwo (...) wstrzymała roboty a jej pracownicy zeszli z budowy. W lipcu 2011 r. A. G. będący naczelnikiem wydziału w Zarządzie Dróg Wojewódzkich w K., któremu podlegała modernizacja drogi wojewódzkiej nr (...), rozmawiał z członkiem zarządu spółki Budownictwo (...) W. Ś. (1) telefonicznie, aby spółka Budownictwo (...) wznowiło roboty, ponieważ wstrzymanie robót przez spółkę Budownictwo (...) grozi niedotrzymaniem terminu zakończenia modernizacji drogi wojewódzkiej nr (...) z tej przyczyny, że roboty wykonywane przez spółkę Budownictwo (...) wymagają właściwych warunków atmosferycznych i nie mogą być wykonywane jesienią. A. G. oświadczył, że zapłata za te roboty nie jest zagrożona, ponieważ z każdej faktury wystawionej przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich zatrzymuje 10 % wartości a nadto na zabezpieczenie roszczeń wobec spółki(...)została ustanowiona gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa. A. G. podał, że do zapłaty przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. pozostała ostatnia faktura wystawiona przez (...) na kwotę 1 650 000 zł. Z tej kwoty część Zarząd Dróg Wojewódzkich zapłacić chciał spółce (...) a pozostałą część spółce Budownictwo (...). A. G. poprosił W. Ś. (1), aby spółka Budownictwo (...) zintensyfikowała roboty tak, aby można było wprowadzić na (...) spółkę (...). W dniu 1 sierpnia 2011 r. spółka Budownictwo (...) poinformowała spółkę (...) że do 1 sierpnia 2011 r. mimo ustalonych terminów spółka (...) nie spłaciła zadłużenia w wysokości 1 156 411,77 zł bez odsetek. I że za dwa dni wymagalne staną się kolejne faktury opiewające na kwotę 1 500 000 zł. Dlatego Budownictwo (...) odstępuje od umowy z (...) Spółka Budownictwo (...) podała, że oświadczenie o odstąpieniu może zostać cofnięte w przypadku spłaty całości zadłużenia. W dniu 18 sierpnia 2011 r. spółka (...)i spółka Budownictwo (...) zawarły aneks nr (...) do umowy z 12 lipca 2010 r. Strony ustaliły termin zakończenia robót na 15 października 2011 r. Spółka (...) zobowiązała się do spłaty wymagalnych bezspornych należności wobec spółki Budownictwo (...) w kwocie 100 000 zł do 24 sierpnia 2011 r., w kwocie 700 000 zł do 6 września 2011 r., w kwocie 300 000 zł do 20 września 2011 r., w kwocie 800 000 zł do 4 października 2011 r. i w kwocie 1 500 000 zł do 4 listopada 2011 r. a do 30 listopada wszelkie należności wynikające z realizacji umowy a powstałe po zawarciu aneksu. Budownictwo (...) oświadczyło, iż odstępuje od obciążenia (...) odsetkami za zwłokę w zapłacie dotychczasowych należności pod warunkiem, że (...)będzie bez jakichkolwiek opóźnień płacił należności. Budownictwo (...) cofnęło swoje oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy. W dniu 18 sierpnia 2011 r. (...)poinformował Zarząd Dróg Wojewódzkich, że do wykonania podbudowy z mieszanki MCE, wykonania stabilizacji podłoża i frezowania nawierzchni bitumicznej w ramach realizowanego zadania zatrudniła podwykonawcę spółkę Budownictwo (...). W dniu 30 czerwca 2011 r. Budownictwo (...) wystawił (...) fakturę nr (...) na kwotę 1 506 676,88 zł z terminem płatności do 4 sierpnia 2011 r. Załącznikiem do faktury był protokół odbioru robót podpisany przez przedstawiciela spółki (...) i przedstawiciela spółki Budownictwo (...) stwierdzający, że zakres wykonanych robót objęty protokołem jest zgodny z zapisem w księdze obmiaru i że na podstawie protokołu odebrano frezowanie nawierzchni i wykonanie mieszanki MCE o łącznej wartości 1 224 940,55 zł, do której należy doliczyć podatek od towarów i usług. Stwierdzono, że jakość wykonanych robót jest dobra i że roboty zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem. W dniu 30 lipca 2011 r. Budownictwo (...) wystawiło (...) fakturę nr (...) na kwotę 204 896,91 zł z terminem płatności do 3 września 2011

r. Załącznikiem do faktury był protokół odbioru robót podpisany przez przedstawiciela spółki (...) i przedstawiciela spółki Budownictwo (...) stwierdzający, że zakres wykonanych robót objęty protokołem jest zgodny z zapisem w księdze obmiaru i że na podstawie protokołu odebrano frezowanie nawierzchni i wykonanie mieszanki MCE o łącznej wartości 166 582,85 zł, do której należy doliczyć podatek od towarów i usług. Stwierdzono, że jakość wykonanych robót jest dobra i że roboty zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem. W dniu 2 września 2011 r. Budownictwo (...) wystawiło(...) fakturę nr (...) na kwotę 391 355,25 zł z terminem płatności do 5 października 2011 r. Załącznikiem do faktury był protokół odbioru robót podpisany przez przedstawiciela spółki (...) i przedstawiciela spółki Budownictwo (...) stwierdzający, że zakres wykonanych robót objęty protokołem jest zgodny z zapisem w księdze obmiaru i że na podstawie protokołu odebrano wykonanie mieszanki MCE o łącznej wartości 318 175 zł, do której należy doliczyć podatek od towarów i usług. Stwierdzono, że jakość wykonanych robót jest dobra i że roboty zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem. W dniu 30 września 2011 r. Budownictwo (...) wystawiło (...) fakturę nr (...) na kwotę 485 346,32 zł z terminem płatności do 4 listopada 2011 r. Załącznikiem do faktury był protokół odbioru robót podpisany przez przedstawiciela spółki (...) i przedstawiciela spółki Budownictwo (...) stwierdzający, że zakres wykonanych robót objęty protokołem jest zgodny z zapisem w księdze obmiaru i że na podstawie protokołu odebrano wykonanie mieszanki MCE o łącznej wartości 394 590,50 zł, do której należy doliczyć podatek od towarów i usług. Stwierdzono, że jakość wykonanych robót jest dobra i że roboty zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem. W dniu 30 października 2011 r. Budownictwo (...) wystawiło (...) fakturę nr (...) na kwotę 582 504,63 zł z terminem płatności do 4 grudnia 2011 r. Załącznikiem do faktury był protokół odbioru robót podpisany przez przedstawiciela spółki (...) i przedstawiciela spółki Budownictwo (...) stwierdzający, że zakres wykonanych robót objęty protokołem jest zgodny z zapisem w księdze obmiaru i że na podstawie protokołu odebrano wykonanie mieszanki MCE o łącznej wartości 473 581 zł, do której należy doliczyć podatek od towarów i usług. Stwierdzono, że jakość wykonanych robót jest dobra i że roboty zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem. Sąd Okręgowy ustalił, że Budownictwo (...) zakończyło roboty przy modernizacji drogi wojewódzkiej (...) do połowy października 2011 r. W dniu 29 listopada 2011 r. spółka Budownictwo (...) jako cesjonariusz i spółka (...) jako cedent zawarły umowę przelewu wierzytelności w celu zabezpieczenia zapłaty wierzytelności cesjonariusza wobec cedenta do kwoty brutto 1 732 668,20 zł z tytułu zapłaty należności za wykonane przez cesjonariusza prace budowlane opisane w umowie z 12 lipca 2010 r. i rozliczone fakturami niekwestionowanymi przez cedenta. W celu zapłaty wierzytelności cesjonariusza cedent przelał na cesjonariusza swą przysługą i jeszcze niewymagalną wierzytelność w stosunku do Zarządu Dróg Wojewódzkich w K. do kwoty brutto 1 732 668,20 zł, która to wierzytelność powstanie z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez cedenta na podstawie przedłożonej faktury w ramach inwestycji Modernizacja drogi wojewódzkiej nr (...) K. – P. – O.. Cesjonariusz przyjął przelew wierzytelności i zobowiązał się, że z przelanej wierzytelności będzie zaspokajał wyłącznie wymagalne należności wynikające z umowy z 12 lipca 2010 r. W dniu 20 października 2011 r. inspektor nadzoru inwestorskiego powołując się na ustalenia z narady koordynacyjnej nr 30 wezwał (...) do przedłożenia zaktualizowanej listy podwykonawców, oświadczenia o niezaleganiu z zobowiązaniami wobec podwykonawców i kopii umów z podwykonawcami. W piśmie z 28 października 2011 r., które dotarło do adresata 31 października 2011 r., spółka (...) poinformowała Zarząd Dróg Wojewódzkich w K., że uregulowała do 28 października 2011 r. zobowiązania w stosunku do podwykonawców zatrudnionych i zgłoszonych na zadaniu Modernizacja drogi wojewódzkiej nr (...) K. – P. – O., w tym uregulowała zobowiązanie wobec spółki Budownictwo (...) na kwotę 450 000 zł. Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. 1 grudnia 2011 r. zwrócił się do spółki (...) o dostarczenie w terminie do 6 grudnia 2011 r. aktualnych oświadczeń o zobowiązaniach finansowych w stosunku do podwykonawców zawierających szczegółowy wykaz wszystkich firm biorących udział jako podwykonawcy w realizacji robót, wykazu wszystkich zobowiązań i zobowiązań wymagalnych w stosunku do podwykonawców oraz kopii wszystkich umów zawartych z podwykonawcami. W dniu 6 grudnia 2011 r. (...) przedłożył Zarządowi Dróg Wojewódzkich w K. sporządzony 5 grudnia 2011 r. wykaz firm biorących udział jako podwykonawcy w realizacji robót wraz z wymagalnymi zobowiązaniami i kopiami umów i zleceń, w tym zobowiązań wobec spółki Budownictwo (...) w wysokości 1 732 295,34 zł. W dniu 9 grudnia 2011 r. inspektor nadzoru inwestorskiego przekazał Zarządowi Dróg Wojewódzkich w K. zaktualizowane zestawienie podwykonawców zgłoszonych pisemnie przez (...) do 5 grudnia 2011 r. W dniu 12 grudnia 2011 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich skierował do spółki (...) pismo, w którym podał, że w umowie (...) zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu zamówienia siłami własnymi, co wynika z oferty przetargowej. W dniu 13 grudnia 2011 r. (...) przekazał Zarządowi Dróg Wojewódzkich w K. listę podwykonawców, w

której ujęto między innymi Budownictwo (...) z wierzytelnością w wysokości 1 732 295,34 zł. W dniu 16 grudnia 2011 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich skierował do spółki Budownictwo (...) pismo, w którym podał, że nie wyrażał zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą przez (...) o roboty przy modernizacji drogi wojewódzkiej (...). W dniu 4 kwietnia 2012 r. Budownictwo (...) zgłosiło do Sądu Rejonowego dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie w postępowaniu upadłościowym spółki (...) wierzytelność w kwocie 1 846 684,41 zł, na którą składa się kwota 1 732 295,34 zł oraz odsetki. W dniu 1 października 2012 r. (...) poinformował Budownictwo (...), że we wniosku o ogłoszenie upadłości została ujęta wierzytelność Budownictwa (...) w wysokości 1 735 279,52 zł. W dniu 8 grudnia 2011 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. poinformował (...) w związku z otrzymaniem od (...) umów przelewu wierzytelności na rzecz spółki (...) oraz na rzecz spółki Budownictwo (...), że z umów przelewu nie wynika, z których umów dotyczących modernizacji drogi wojewódzkiej nr (...) zostały przelane wierzytelności. Pracownicy Budownictwa (...) wykonywali pracę w ubraniach roboczych z logo (...) a maszyny i pojazdy spółki Budownictwo (...) miały oznaczenia z nazwą lub logo (...). W dzienniku budowy dla rozbudowy drogi wojewódzkiej nr (...) nie ma wpisów pochodzące od spółki Budownictwo (...). Wpisy o robotach wykonywanych przez Budownictwo (...) były dokonywane przez osoby zatrudnione przez (...) ponieważ pracownicy Budownictwa (...) wiedzieli, że Zarząd Dróg Wojewódzkich nie godzi się na wykonywanie robót przez podwykonawców. W protokołach narad koordynacyjnych nie było wśród uczestniczących przedstawicieli spółki Budownictwo (...). Na naradzie koordynacyjnej 8 października 2010 r. poinformowano uczestniczących, że według inwestora umowa zawarta przez inwestora ze spółką (...) nie dopuszcza zatrudniania podwykonawców i dlatego ich zgłaszanie Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. uznaje za bezzasadne.

Zarządem Dróg Wojewódzkich kieruje jednoosobowo i reprezentuje go na zewnątrz Dyrektor powołany i odwoływany przez Zarząd Województwa (...). Dyrektor oraz Zastępcy Dyrektora wykonują zadania Zarządcy dróg w rozumieniu ustawy o drogach publicznych, na podstawie upoważnienia w drodze uchwały Zarządu Województwa (...) lub Marszałka Województwa. Kierownicy wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych nie mających osobowości prawnej działają jednoosobowo na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez zarząd. Pismem z 18 października 2011 r. spółka (...) poinformowała Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. o zawarciu ze spółką (...) jako cesjonariuszem umowy przelewu wierzytelności z 17 października 2011 r. w celu zabezpieczenia zapłaty wierzytelności cesjonariusza wobec spółki (...) w kwocie 1 851 878,40 zł za wykonane przez cesjonariusza prace budowlane przy modernizacji drogi wojewódzkiej nr (...). Pismem z 20 października 2011 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. oświadczył, iż przyjął do wiadomości fakt zawarcia umowy przelewu wierzytelności na rzecz spółki (...). W dniu 29 grudnia 2011 r. został sporządzony protokół odbioru końcowego robót, w którym po dokonaniu oględzin technicznych wykonanego zadania i zapoznaniu się z dokumentami przedstawiciel spółki (...) uznał roboty wykonane przez spółkę (...) za zakończone i wykonane zgodnie z warunkami umowy i odebrał je od spółki (...). Całkowita wartość wykonanych robót przez spółkę (...) zgodnie z kosztorysem powykonawczym wynosiła 2 752 519,21 zł. Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. w piśmie z 24 kwietnia 2012 r. skierowanym do spółki (...) oświadczył, że potrącił swoje wierzytelności wobec cedenta – konsorcjum spółek (...), M.i (...) Projektowanie (...) A. i R. G. z tytułu wymaganych kar umownych za odstąpienie od umowy z 17 listopada 2008 r. z winy wykonawcy w kwocie 9 295 997,32 zł z należnością przysługą i jeszcze niewymagalną objętą umową przelewu wierzytelności w łącznej kwocie 2 442 453,77 zł. W dniu 26 października 2011 r. Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. zapłacił spółce (...) kwoty 900 000 zł, 964 999,17 zł i 900 000 zł.

W swoich rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy przyjął, że powodowa spółka przystąpiła do wykonywania umowy zawartej z (...) mając świadomość braku zgody strony pozwanej na zatrudnianie przez (...) podwykonawców. Już na pierwszej naradzie koordynacyjnej członek zarządu powodowej spółki został o tym poinformowany. Brak zgody strony pozwanej na zawarcie umowy przez (...) z powodową spółką nie był jednak dla nikogo problemem tak długo, jak długo (...) płacił stronie powodowej należne jej wynagrodzenie. Świadomość obecności podwykonawców na budowie, jaką ma inwestor, nie ma dla odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawców znaczenia, jeżeli inwestor w sposób nie budzący wątpliwości oświadcza podwykonawcy, że na jego obecność na budowie w charakterze podwykonawcy się nie godzi. Oświadczenie inwestora o zgodzie na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą jak i sprzeciw przeciwko zawarciu takiej umowy może być wyrażony w każdy sposób, który ujawnia wolę inwestora w sposób dostateczny. W niniejszej sprawie sytuacja zmieniła się w chwili, gdy (...) przestał płacić wynagrodzenie powodowej spółce a następnie powodowa spółka wstrzymała się z wykonywaniem robót. Po tych zdarzeniach doszło do rozmowy

A. G. z W. Ś. (1). Zachowanie pozwanej strony do tej rozmowy w sposób wyraźny świadczy o braku zgody strony pozwanej na zawarcie umowy przez (...) z powodową spółką. W ocenie Sądu Okręgowego rozmowa A. G. z W. Ś. (1) powinna być odczytana jako zmiana stanowiska pozwanej strony co do zgody na wykonywanie robót przez podwykonawcę. Prośba o powrót na budowę jest konkludentnym oświadczeniem woli o zgodzie na umowę pomiędzy (...) a powodową spółką. Oczywistym jest, że inwestor może zmienić zdanie i po początkowym sprzeciwie wobec zawarcia umowy przez wykonawcę z podwykonawcą może na tę umowę wyrazić zgodę. Może to uczynić także po zawarciu umowy przez wykonawcę z podwykonawcą. Inna ocena rozmowy A. G. z W. Ś. (1) prowadzi do trudnych do zaakceptowania wniosków, oznaczałoby to bowiem, że strona pozwana nie godzi się na wykonywanie robót przez powodową spółkę ale jednocześnie prosi powodową spółkę o to, by powodowa spółka wbrew jej woli roboty wykonywała. Strona powodowa ostatecznie w sposób wyraźny oświadczyła, że nie godzi się na zawarcie umowy przez powodową spółkę z (...) jednakże ze złożeniem tego oświadczenia odczekała do zakończenia prowadzenia robót przez powodową spółkę. Pozwana otrzymała na piśmie informację o powierzeniu robót powodowej spółce przez (...) jednakże z tą informacją nie zrobiła nic aż do zakończenia robót przez powodową spółkę. Dopiero po zakończeniu robót strona pozwana zaczęła dopytywać się o zadłużenie (...) wobec powodowej spółki i innych podwykonawców oraz zażądała przedłożenia umów zawartych przez (...) z powodową spółką i innymi podwykonawcami. Oczywistym jest, że zgoda inwestora na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą powinna być poprzedzona zapoznaniem się inwestora z tą umową. Jednakże wystarczającym jest, aby inwestor miał możliwość zapoznania się z umową, a to, czy z tej możliwości skorzysta, zależy tylko od niego. Skoro strona pozwana podjęła działania w celu zapoznania się z umową zawartą przez (...) z powodową spółką po zakończeniu robót przez powodową spółkę, to mogła takie działania podjąć wcześniej, a więc już w chwili, kiedy A. G. poprosił W. Ś. (1) a to, aby powodowa spółka powróciła na budowę. Strona pozwana w swojej argumentacji powołała się na orzeczenie Sądu Najwyższego z 6 października 2010 r., II CSK 210/10. Stan faktyczny tej sprawy był jednak szczególny – w tej sprawie inwestor zwrócił się do wykonawcy i podwykonawcy o przedłożenie umowy przez nich zawartej, jednak wykonawca i podwykonawca odmówili powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji Sąd Najwyższy przyjął, że inwestor nie odpowiada solidarnie z wykonawcą wobec podwykonawcy, ponieważ nie mógł, mimo że tego chciał, zapoznać się z umową zawartą przez wykonawcę z podwykonawcą. Stan faktyczny niniejszej sprawy jest jednak inny – strona powodowa nie próbowała zapoznać się z umową zawartą przez powodową spółkę z Budostalem-5, mimo że o tej umowie wiedziała i mogła podjąć czynności zmierzające do zapoznania się z treścią tej umowy. Inwestor może wyrazić zgodę na zawarcie umowy przez wykonawcę i podwykonawcę w każdy sposób, który ujawnia jego wolę w sposób dostateczny, w tym poprzez czynności konkludentne. Czynności dorozumiane to forma oświadczenia woli. Oświadczenie to musi być złożone przez osoby do tego umocowane. Pozwana strona jest osobą prawną, która działa przez organy oraz przez pełnomocników. A. G. w okolicznościach sprawy należy uznać za pełnomocnika. M. M., która była dyrektorem do spraw inwestycji w Zarządzie Dróg Wojewódzkich, w rozmowie z W. Ś. (1) wskazała A. G. jako osobę, z którą ma się kontaktować powodowa spółka. Tę rozmowę należy uznać za udzielenie A. G. pełnomocnictwa do reprezentowania strony pozwanej.

Zgodnie z art. 57 ust. 3 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa czynność prawna, z której wynika zobowiązanie pieniężne, wymaga do jej skuteczności kontrasygnaty głównego księgowego budżetu województwa lub osoby przez niego upoważnionej. Zgoda województwa jako inwestora na zawarcie umowy przez podwykonawcę z wykonawcą nie rodzi nowego zobowiązania pieniężnego po stronie województwa. Co do zasady wynagrodzenie należne podwykonawcom wykonawcy mieszczą się w wynagrodzeniu należnym wykonawcy ze strony województwa jako inwestora i przez to nie wymagają do swej skuteczności kontrasygnaty skarbnika (analogiczny pogląd co do kontrasygnaty skarbnika gminy wyrażony został przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 14 marca 2013 r., V ACa 3/13).

Wysokość wynagrodzenia należnego powodowej spółce wynika z protokołów odbioru robót podpisanych przez przedstawiciela (...) pisma (...) do strony pozwanej, oświadczenia (...) o ujęciu takiej wierzytelności powodowej spółki we wniosku o ogłoszenie upadłości oraz zgłoszenia wierzytelności w postępowaniu upadłościowym.

Strona pozwana zarzuciła, że wypłaciła całe należne spółce (...) wynagrodzenie, w tym wynagrodzenie za te roboty, które wykonała strona powodowa. Rozliczenia pomiędzy inwestorem a wykonawcą nie mają wpływu na

odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawcy (uchwała Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2006 r., III CZP 36/06). Pozwana strona nie może więc zasłaniać się przed odpowiedzialnością tym, że zapłaciła całe wynagrodzenie (...).

Pozwana spółka zarzuciła także, iż roszczenie powodowej spółki jest przedwczesne, ponieważ powodowa spółka w pierwszej kolejności powinna szukać zaspokojenia w majątku Budostalu-5 oraz pozostałych konsorcjantów. Przepis art. 647⁽⁽¹⁾⁾ § 5 Kc stanowi o solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Według art. 366 Kc kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani. Odpowiedzialność solidarna z art. 647⁽⁽¹⁾⁾ § 5 Kc nie jest odpowiedzialnością subsydiarną. Dlatego podwykonawca nie musi dochodzić zaspokojenia swojego roszczenia w pierwszej kolejności od wykonawcy a od inwestora dopiero w przypadku bezskuteczności egzekucji przeciwko wykonawcy. Z tego też względu nie było podstaw do wezwania spółki (...) syndyka tej spółki, spółki (...) i spółki (...) do udziału w sprawie na podstawie art. 194 § 1 zd. 1 Kpc Przepis ten stanowi, że jeżeli okaże się, że powództwo nie zostało wniesione przeciwko osobie, która powinna być w sprawie stroną pozwaną, sąd na wniosek powoda lub pozwanego wezwie tę osobę do wzięcia udziału w sprawie. Powództwo zostało wniesione przeciwko osobie, która mogła być stroną pozwaną. W sprawie mógłby mieć zastosowanie art. 194 § 3 Kpc, gdyby przyjął, że umowa konsorcjum jest umową spółki cywilnej, jednakże wezwanie do udziału w sprawie na podstawie art. 194 § 3 Kpc może nastąpić tylko na wniosek powoda a nie na wniosek pozwanego. Dlatego sąd oddalił wniosek strony pozwanej o wezwanie spółki (...), syndyka tej spółki, spółki (...) i spółki (...) do udziału w sprawie w charakterze pozwanych.

Przepis art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dlatego zawarcie umowy o roboty budowlane w trybie Prawa zamówień publicznych nie wyłącza stosowania art. 647¹ Kc.

Zobowiązanie inwestora wobec podwykonawcy do zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę ma charakter bezterminowy (wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2012 r., IV CSK 91/12). Dlatego strona pozwana powinna zapłacić powodowej spółce wynagrodzenie niezwłocznie po wezwaniu do zapłaty zgodnie z regułą wyrażoną w art. 455 Kc Powodowa spółka nie wezwała strony pozwanej do zapłaty przed wytoczeniem powództwa. Dlatego za wezwanie do zapłaty należało uznać pozew. Pozew doręczono 22 listopada 2012 r. (karta 150). Zwrot „niezwłocznie” nie oznacza natychmiastowości lecz czas bez zbędnej zwłoki, w którym pozwana mogła i powinna była spełnić swe świadczenie. Dlatego sąd przyjął, że niezwłoczność w okolicznościach sprawy oznacza dwa tygodnie. Stronie powodowej należą się odsetki od 7 grudnia 2012 r.

W złożonej apelacji strona pozwana zaskarżyła powyższy wyrok :

- w części określonej w pkt. I sentencji wyroku, tj. : zasądzającym od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 1.732.170,51 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 7 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty,
- w części określonej w pkt. III tj. : zasądzającym od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 93.981 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Strona pozwana zarzuciła zaskarżonemu wyrokowi :

I. naruszenie prawa materialnego

1/. art. 38 Kc w zw. z art. 96 Kc i w zw. z art. 56 ustawy o samorządzie województwa oraz art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że w przedmiotowej sprawie doszło do skutecznego złożenia przez pozwane Województwo (...) oświadczenia woli tj. wyrażenia zgody przez inwestora na realizację robót przez wykonawcę – powoda, gdy w istocie taka czynność nie miała miejsca i do takiego oświadczenia nie doszło, w tym strona pozwana zarzuciła :

a/ pominięcie i niezastosowanie art. 56 ustawy o samorządzie województwa – ustawy ustrojowej regulującej sposób działania pozwanego i zawierającej się w jego strukturach jednostki organizacyjnej jaką jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w K.,

b/ pominięcie i niezastosowanie art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych – ustawy regulującej sposób wydatkowania środków publicznych oraz sposób i formy umocowania do zaciągania zobowiązań finansowych w imieniu pozwanego, wobec braku umocowania do dokonywania takiej czynności zarówno po stronie zastępcy dyrektora Zarządu Dróg Wojewódzkich (p. M. M.) jak i jego pracownika (p. A. G.),

2/. art. 56 ustawy o samorządzie województwa w zw. z art. 21 ust. 1 a ustawy o drogach publicznych oraz art. 106 Kc poprzez ich niezastosowanie, co skutkowało bezpodstawnym i sprzecznym z przepisami przyjęciem, że zastępca kierownika jednostki organizacyjnej województwa t, Zarządu Dróg Wojewódzkich w K. (ZDW) i pracownik ZDW umocowany był do udzielenia dalszego pełnomocnictwa dla pracownika ZDW do składania oświadczeń woli w imieniu pozwanego – Województwa (...),

3/. Art. 60 i 65 Kc poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i błędną wykładnię, co skutkowało bezpodstawnym przyjęciem, że :

a/ zastępca Dyrektora ZDW pani M. M. mogła w rozmowie telefonicznej (przy założeniu jej przeprowadzenia) udzielić jakiegokolwiek pełnomocnictwa, w tym dalszego pełnomocnictwa do działania w imieniu zarządcy drogi – p. A. G. – Naczelnikowi Wydziału Inwestycji ZDW w K., który w strukturach organizacyjnych jej podlegał, z pominięciem trybu i formy uchwały zarządu województwa, o których mowa w art. 21 ust. 1 a ustawy o drogach publicznych,

b/ zachowanie p. A. G. i p. M. M. miało cechy oraz znamiona wystarczające dla przyjęcia, iż stanowiły czynność prawną o walorach dorozumianego oświadczenia woli, jak i, że wyrażało wolę dokonania czynności prawnej o treści przyjętej przez Sąd I instancji, przy braku obok wyjaśnień strony powodowej innych okoliczności, które w sposób pośredni, czy też domniemany z okoliczności towarzyszących, umożliwiałyby przyjęcie zaistnienia faktu wyrażenia takiej dorozumianej woli z zamiarem wywołania skutków prawnych, o których mowa w art. 647¹ § 2 i 5 Kc.

4/. art. 648 § 1 Kc w związku z art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 73 Kc poprzez ich niezastosowanie, co skutkowało przyjęciem dopuszczalności zmiany umowy o roboty budowlane zawartej w trybie ustawy Prawo o zamówieniach publicznych w formie dorozumianej, bez pisemnego aneksu do umowy, pomimo, że ustawodawca przewidział dla umów o zamówienie publiczne i tym samym ich zmian, formę szczególną w stosunku do przewidzianej w Kc tj. formę pisemną pod rygorem nieważności.

5/. art. 648 § 2 Kc w związku z art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 73 i 74 ust. 1 i 2 Kc, poprzez dopuszczenie dowodów osobowych na okoliczność zmiany umowy o roboty budowlane zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo zakazu przewidzianego w/w przepisami,

6/. art. 647¹ § 2 i 5 Kc poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że w przedmiotowej sprawie pomimo nieprawidłowego zgłoszenia podwykonawcy – powoda, doszło do powstania solidarnej odpowiedzialności pozwanego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy,

7/. art. 647¹ § 2 zdanie drugie Kc poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dla przyjęcia skuteczności zgłoszenia podwykonawcy inwestorowi, wystarczające jest zapewnienie inwestorowi możliwości zapoznania się z umową jaką wykonawca zawarł z podwykonawcą, bez konieczności przedstawienia jej inwestorowi, w tym chociażby jej istotnych postanowień,

8/. art. 647¹ § 2 i 5 Kc w zw. z art. 6 Kc poprzez błędne przyjęcie, że powód wykazał i udowodnił, że umowę o podwykonawstwo zawarł z Wykonawcą umowy nr. (...), w rozumieniu nadanym art. 647¹ § 2 Kc oraz art. 141 ustawy

Prawo zamówień publicznych, której stronami był pozwany i łącznie podmioty, które zawarły umowę Konsorcjum firm dla celów jej wykonania tj. (...) SA, (...) Sp. jawna i (...) sp. z o.o.,

9/. art. 647¹ § 5 w zw. z art. 371 i art. 455 Kc poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że odpowiedzialność inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, przy przyjęciu istnienia solidarnej odpowiedzialności pozwanego, obejmuje oprócz wynagrodzenia również obowiązek zapłaty odsetek z tytułu opóźnienia jak również obejmuje wynagrodzenie za roboty wykonane także przed skierowaniem do pozwanego pisma z dnia 18 sierpnia 2011 r., informującego o zatrudnieniu powoda, tj. wynikające z faktur nr :(...)

II. naruszenie prawa procesowego tj

1/. art. 231 Kpc, 232 Kpc oraz 233 Kpc poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i błędną – dowolną oraz wybiórczą ocenę materiału dowodowego oraz sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji przyjęcie odpowiedzialności pozwanego,

2/. art. 231 Kpc w zw. z art. 233 Kpc poprzez oparcie orzeczenia na domniemaniach faktycznych nie dających się wyprowadzić z zebranego w sprawie materiału dowodowego i naruszenie tym samym zasady swobodnej oceny dowodów.

Strona pozwana zarzuciła naruszenie w/w przepisów w tym w szczególności poprzez :

1/. naruszenie art. 231 § 1 Kpc poprzez wyprowadzenie wniosków sprzecznych z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego, jak również obowiązujących pozwanego procedur, poprzez błędne ustalenie, że z faktu przeprowadzenia rozmowy telefonicznej (przy założeniu, że rozmowa taka miała miejsce) pomiędzy Zastępcą Dyrektora ZDW – panią M. M. i członkiem zarządu powodowej spółki – panem W. Ś. (1) można wyprowadzić fakt upoważnienia pracownika ZDW w K. – pana A. G. do składania oświadczeń woli w imieniu pozwanego, w sytuacji gdy pan W. Ś. (1) zeznał na rozprawie w dniu 21 marca 2014 r., że pani M. M. wskazała pana A. G. do „rozmów technicznych”,

2/. naruszenie art. 231 § 1 Kpc poprzez błędne ustalenia, że z faktu przeprowadzenia rozmowy telefonicznej pana A. G. z panem W. Ś. (1) w lipcu 2011 r. można wyprowadzić fakt zmiany dotychczasowego stanowiska pozwanego, w zakresie zakazu zatrudniania podwykonawców a nadto wyrażenia zgody na wykonywanie robót przez powoda wraz z udzieleniem im powodowi gwarancji zapłaty (zapewnienia) za wykonane roboty, w sytuacji gdy oferta wykonawcy i umowa z wykonawcą zawarta w trybie ustawy o zamówieniach publicznych nie przewidywała ani prawa wykonywania robót przez wykonawców a tym samym nie przewidywała ani prawa wykonywania robót przez podwykonawców a tym samym nie przewidywała możliwości zapłaty wynagrodzenia wprost podwykonawcom, jak przyjął to sąd,

3/. naruszenie art. 233 § 1 Kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, polegających na zupełnym pominięciu dla oceny składanych w lipcu 2011 r. oświadczeń przez pozwanego, faktu dotychczasowego konsekwentnego braku zgody pozwanego na zatrudnianie podwykonawców wyrażanej zarówno przed lipcem 2011 r. (co potwierdza dowód k. 191 – 194, zeznania świadka A. G., I. N. k. 190 i 198) jak również po lipcu 2011 (dowód k. 184,187, 477) w konsekwencji błędne przyjęcie na etapie subsumcji jak i wyrokowania, że w lipcu 2011 r. pozwany zmienił zdanie w kwestii zatrudniania podwykonawców, i w tym przedmiocie wyraził swoją wolę, czy też akceptację dla zatrudnienia powoda,

4/. naruszenie art. 233 § 1 Kpc poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego z pominięciem jego istotnej części tj. dokumentów urzędowych takich jak : Statut Województwa (...), Statut ZDW, Regulamin Organizacyjny ZDW (k. 583, 604 ,605 - 624), z których jednoznacznie wynika, że pracownicy ZDW – w tym naczelnicy wydziałów, nie są umocowani do reprezentacji pozwanego i składania w jego imieniu oświadczeń woli.,

5/. naruszenie art. 233 § 1 Kpc poprzez oparcie wyroku wyłącznie na zeznaniach jednej osoby pana W. Ś. (1), pomimo, że osoba ta jako członek zarządu powoda, jest osobą bezpośrednio zainteresowaną w sprawie i jej korzystnym

rozstrzygnięciu, przy jednoczesnym pominięciu pozostałego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, który nie potwierdza fakty zmian stanowiska pozwanego w zakresie zatrudniania podwykonawców przy realizacji inwestycji, oraz wątpliwej wiarygodności złożonych wyjaśnień,

6/. naruszenie art. 233 § 1 Kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny materiału dowodowego w sprawie wyrażającej się w odmowie wiarygodności i mocy dowodowej zeznań świadka pana A. G., jedynie dlatego, że osoba ta nie pamiętała dokładnej treści rozmowy telefonicznej z lipca 2011 r., chociaż pozostały zebrany materiał dowodowy sprawy nie potwierdza, że treść tej rozmowy oraz „upoważnienie” pracownika „do spraw technicznych” uprawniał go do reprezentacji pozwanego i wyrażania zgody na zmianę jego stanowiska w sprawie zatrudniania podwykonawców, a w tym bardziej zaciągania zobowiązania w przedmiocie zapewnienia i udzielenia gwarancji zapłaty powodowi.

Powołując się na powyższe zarzuty strona pozwana wniosła :

- o zmianę zaskarżonego wyroku w części obejmującej pkt. I i III sentencji poprzez oddalenie powództwa w całości, co do tej części rozstrzygnięcia ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w części obejmującej pkt. I i III sentencji i przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia Sądowi Okręgowemu i rozstrzygnięcia o kosztach,

- o zasądzenie na rzecz strony powodowej na rzecz strony pozwanej kosztów postępowania za I i II instancję, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Ponadto na podstawie art. 368 § 1 w zw. z art. 227 i 232 Kpc strona pozwana wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie przed sądem II instancji nowego dowodu :

1/. uchwały nr. (...) Zarządu Województwa (...) z dnia 12 października 2010 r. w sprawie upoważnienia Dyrektora i zastępców Dyrektora ZDW w K. – pana G. S., pani M. M., pani G. K. do załatwiania spraw w imieniu Zarządu Województwa (...), a w szczególności do wydawania decyzji administracyjnych, postanowień i zaświadczeń oraz podejmowania czynności prawnych i składania oświadczeń woli w zakresie zadań zarządcy dróg określonych ustawą o drogach publicznych na okoliczność zakresu upoważnienia oraz zasad reprezentacji Zarządu Województwa (...) przez Dyrektora oraz Zastępców Dyrektora ZDW.

2/. pisma wykonawcy inwestycji tj. podmiotów tworzących Konsorcjum firm z dnia 4 stycznia 2012 r. znak L.dz. (...) o cofnięciu pełnomocnictwa do reprezentacji Konsorcjum firm przez (...) SA na okoliczność, że umowa zawarta pomiędzy powodem, a (...) SA zawarta była prze (...)SA w imieniu własnym, a nie w imieniu wykonawcy Inwestycji – Konsorcjum firm.

W złożonej odpowiedzi na apelację strona powodowa domagała się oddalenia apelacji i zasądzenia na jej rzecz od strony pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja strony pozwanej aczkolwiek w części uzasadniona nie jest w stanie doprowadzić do wzruszenia prawidłowego rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego. W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy przeprowadził postępowanie dowodowe prawidłowo, dokonując trafnych ustaleń faktycznych w oparciu o analizę należycie zgłoszonych w sprawie dowodów. Sąd I instancji wyciągnął zasadne wnioski z okoliczności ujawnionych w toku przewodu sądowego, co odpowiada prawidłowości i logiczności rozumowania, a także zasadom swobodnej oceny dowodów. Wobec tego Sąd Apelacyjny przyjął za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy. Sąd Apelacyjny nie podziela jednak wszystkich poglądów prawnych prezentowanych przez Sąd Okręgowy aczkolwiek ich częściowa wadliwość nie podważa trafności zaskarżonego wyroku.

Za błędny i nie mający umocowania w zgromadzonych w sprawie materiale dowodowym należy uznać pogląd Sądu Okręgowego o udzieleniu pracownikowi strony pozwanej A. G. pełnomocnictwa do jej reprezentowania przez innego jej pracownika – M. M.. Szereg zarzutów zgłaszanych w apelacji przez stronę pozwaną tak dotyczących naruszenia prawa materialnego jak i procesowego a odnoszących się do tego poglądu Sądu Okręgowego jest w

pełni uzasadnionych. Brak jest podstaw do przyjęcia, że po pierwsze M. M. była uprawniona do udzielania takiego pełnomocnictwa jak i że pełnomocnictwo zostało udzielone. Z samego faktu wskazania przez nią A. G. jako pracownika, z którym strona powodowa może się kontaktować z całą pewnością nie wynika przekazanie w jakimkolwiek zakresie prawa do decydowania o dopuszczalności podzlecenia przez niego robót budowlanych imieniu strony pozwanej a jedynie oznaczenie osoby, która posiada merytoryczną wiedzę na temat wykonywania umowy będącej przedmiotem zainteresowania strony powodowej. Za zasadne należy uznać dotyczące tej kwestii zarzuty apelacji strony pozwanej opisane w pkt. I 1 a i b, 2 a, II 1,4. Strona pozwana posiada złożoną strukturę organizacyjną, gdzie kompetencje decyzyjne są jasno określone. Ich ewentualne przekazanie na niższy szczebel musi być wyraźne i nie może budzić wątpliwości. Trudno zaakceptować pogląd, że przy tak jasno skonkretyzowanych kompetencjach jakiegokolwiek decyzje istotne dla losów złożonego procesu inwestycyjnego należeć będą do jej pracowników niższego szczebla na podstawie pełnomocnictw udzielanych w ramach rozmów z potencjalnymi kontrahentami. W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny oddalił także wniosek dowodowy strony pozwanej o dopuszczenie i przeprowadzenie przed sądem II instancji nowego dowodu a to uchwały nr. (...) Zarządu Województwa (...) z dnia 12 października 2010 r. w sprawie upoważnienia Dyrektora i zastępców Dyrektora ZDW w K. – pana G. S., pani M. M., pani G. K. do załatwiania spraw w imieniu Zarządu Województwa (...), a w szczególności do wydawania decyzji administracyjnych, postanowień i zaświadczeń oraz podejmowania czynności prawnych i składania oświadczeń woli w zakresie zadań zarządcy dróg określonych ustawą o drogach publicznych na okoliczność zakresu upoważnienia oraz zasad reprezentacji Zarządu Województwa (...) przez Dyrektora oraz Zastępców Dyrektora ZDW z dwóch przyczyn. Po pierwsze okoliczności, które miały by być wykazane powyższymi dokumentami zostały już w istotnej dla sprawy części dowiedzione w toku postępowania przed Sądem I instancji a zatem ich przeprowadzenie było zbędne. Ponadto nie było przeszkód aby dokumenty te zostały przedstawione przed Sądem I instancji. Wniosek o przeprowadzenie dowodu z powyższych dokumentów był zatem nie tylko bezzasadny ale także spóźniony.

Powyższe uwagi nie oznaczają bynajmniej, że rozmowy przedstawiciela strony powodowej z M. M. i następnie z A. G. nie mają żadnego znaczenia prawnego. W ocenie Sądu Apelacyjnego mają one doniosłe znaczenie dla oceny zasadności wystąpienia strony powodowej (zwłaszcza rozmowa z A. G.) ale powinny być oceniane z uwzględnieniem całego materiału dowodowego jako okoliczności, które wspólnie z innymi pozwalają na przyjęcie, iż inwestor wyraził zgodę na podzlecenie prac stronie powodowej.

Kluczowe znaczenie dla oceny czy strona pozwana (inwestor) powinna ponosić odpowiedzialność za wynagrodzenie strony powodowej (podwykonawca) ma ustalenie czy doszło do podzlecenia prac tej ostatniej w okolicznościach pozwalających na przyjęcie, że strona pozwana wyraziła na to zgodę. Dodatkowa ochrona wynikająca z przepisu art. 647¹ Kc związana z odpowiedzialnością solidarną inwestora, nie przysługuje bowiem wszystkim podwykonawcom, którym generalny wykonawca lub inny podmiot powierzył część prac. Jest to ochrona przewidziana tylko dla tych podwykonawców, którzy wykonują prace na podstawie umów, na których zawarcie inwestor wyraził zgodę.

Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób :

- bierny poprzez niewyrażenie przez inwestora sprzeciwu w terminie 14 dni po dostarczeniu mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z odpowiednią dokumentacją. Przy czym przedłożenie powyższych dokumentów musi być działaniem kierunkowym, którego celem jest umożliwienie inwestorowi zapoznania się co najmniej z projektem konkretnej, zindywidualizowanej pod względem podmiotowym i rzeczowym umowy o podwykonawstwo, jej zakresu i umówionego wynagrodzenia. Realizacja tego obowiązku wymaga wskazania adresatowi przyczyny dostarczenia mu zestawu dokumentów. Aby można przyjąć, że milczenie inwestora (wykonawcy) 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.

- wyrażenie zgody przez inwestora w sposób czynny na umowę z podwykonawcą, tj. zgoda inwestora na umowę między wykonawcą a podwykonawcą, może być wyrażona w dowolny sposób dostatecznie ją ujawniający (art. 60 Kc). i nie ma wówczas zastosowania art. 63 § 2 Kc Jeżeli zatem ogólne zasady wykładni oświadczeń woli pozwalają na stwierdzenie, że inwestor wyraził zgodę na konkretną umowę, z której wynika zakres jego odpowiedzialności solidarnej, to okoliczność ta jest wystarczająca dla uznania skuteczności tej zgody. Inwestor musi znać istotne postanowienia tej umowy lub mieć możliwość zapoznania się z nimi; inwestor nie musi w takim przypadku znać treści całej umowy, ale musi mieć wiedzę z dowolnego źródła o istotnych postanowieniach umowy podwykonawczej i nie musi być ona ukierunkowana na wyrażenie zgody na zawarcie umowy podwykonawczej. Informacje te nie muszą wynikać z dokumentu umowy, ale z różnych innych źródeł. Znajomość przez inwestora konkretnych postanowień umowy podwykonawczej nie musi być ukierunkowana na wyrażenie zgody na zawarcie tej umowy, a samą wiedzę o umowie podwykonawczej inwestor może uzyskać w dowolnym czasie - zarówno przed zawarciem umowy jak i po jej zawarciu, czy też w okresie jej wykonywania. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor zgodę w sposób czynny wyraża, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny. Poglądy takie w pełni aprobowane przez Sąd Apelacyjny prezentowane były w wyrokach Sądu Najwyższego : z dnia 3 października 2008 r., I CSK 123/08, LEX nr 491463, z dnia 2 lipca 2009 r., V CSK 24/09, LEX nr 527185, z dnia 6 października 2010 r., II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59, z dnia 4 lutego 2011 r. III CSK 152/10, LEX nr 1102865). W tym ostatnim wyroku Sąd Najwyższy, wskazał również, iż ten sposób wyrażenia zgody przez inwestora może przybrać różne formy. Może także nastąpić poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Zbliżone poglądy co do możliwej formy podzlecenia prac w przypadku wyrażenie zgody przez inwestora w sposób czynny prezentują Sądy Apelacyjne : we Wrocławiu (wyrok z dnia 17 grudnia 2012 r. I ACa 665/12 Lex 1238510), w Poznaniu (wyrok z dnia 18 grudnia 2013 r. I ACa 1031/13 LEX nr 1416226, i w Szczecinie (wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r. I ACa 30/14 LEX 1466930).

Nie jest sporne między stronami, że w ani w dzienniku budowy ani w protokołach z narad koordynacyjnych nie ma informacji o udziale w realizacji tej inwestycji strony powodowej. Co więcej strona pozwana kilkakrotnie w tym także pisemnie informowała tak inspektora nadzoru inwestorskiego, wykonawcę - (...) a także na końcu samą stronę powodową, że nie wyrażała zgody na zawarcie umów podwykonawczych. Stanowisko strony pozwanej w ten sposób wyrażone mogłoby być uznane za decydujące gdyby nie to, że szereg jej zachowań wskazuje na to, że taki stan rzeczy tj. podzlecenie prac stronie powodowej, strona pozwana akceptowała. Miała świadomość tego kto, i jakie prace w ramach jakich umów realizował jako podwykonawca. Nie sposób przyjąć, że strona pozwana przy realizacji inwestycji wykorzystująca nie tylko obce ale także własne służby inwestycyjne nie wiedziała o tym, że część prac objętych umową a Konsorcjum, którego liderem był (...) jest wykonywana przez inne podmioty wbrew jak chce tego strona pozwana postanowieniom umowy łączącej ją z wykonawcą. Przeciwnie na jednej z narad koordynacyjnych pojawił się przedstawiciel strony pozwanej, który następnie rozmawiał z jej pracownikami : M. M. i A. G. na temat realizacji inwestycji. Jeżeli uznaje się, że umowa z wykonawcą wyklucza możliwość podzlecenia prac a takie stanowisko prezentuje strona pozwana za co najmniej dziwne należy uznać jej zachowanie kiedy to wiedząc o obecności strony powodowej na placu budowy nie podejmuje żadnych kategorycznych działań aby zapobiec ewidentnemu naruszeniu umowy przez (...) do czasu gdy nie tylko podwykonawca wykona swoje prace ale gdy okaże się, że problemy finansowe wykonawcy mogą uniemożliwić rozliczenie podwykonawcy z jego wynagrodzenia.

Strona pozwana nie reagowała dlatego, że priorytetem dla niej było wykonanie remontu drogi. Zdając sobie sprawę z tego, że (...)nie jest w stanie zrealizować wszystkich prac w terminie własnymi siłami świadomie tolerowała przypadki wprowadzania na plac budowy podwykonawców, zdaniem Sądu Apelacyjnego posiadając pełną wiedzę o tym, kim jest podwykonawca i jakie roboty realizuje. Dla strony pozwanej takie rozwiązanie było wygodne gdyż formalnie żadnego podzlecenia prac nie było a zatem teoretycznie nie powinno pojawić się zagrożenie w postaci konieczności ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawcy. Co więcej dbano o to aby informacja o robotach wykonywanych przez podwykonawcę nie pojawiła się w dokumentacji inwestycji. Jak wynika z zeznań świadków : J. C. i S. K. strona pozwana nie pozwalała na dokonywanie wpisów do dziennika budowy przez stronę powodową co nie

przeszkadzało jej w korzystaniu z receptur opracowanych przez nią ani w odbieraniu robót formalnie wykonanych przez (...) a faktycznie przez stronę pozwaną.

Należy zwrócić uwagę na to w jakich okolicznościach doszło do oficjalnego przedstawienia osoby podwykonawcy przez generalnego wykonawcę. Strona pozwana, która nie otrzymała pełnego wynagrodzenia za wykonane dotychczas prace zeszła z placu budowy i dopiero po rozmowie przedstawiciela strony powodowej z A. G. zdecydowała się wrócić. Sporne jest między stronami jak należy oceniać rozmowę tych osób. Strona pozwana kwestionuje jej przebieg i znaczenie jakie nadał jej Sąd Okręgowy. Co do tej ostatniej okoliczności w pełni zasadnie. Nie kwestionuje jednak tego, że taka rozmowa się odbyła i jej przedmiotem była co najmniej ocena sytuacji finansowej (...). Tą okoliczność potwierdził w swoich zeznaniach A. G.. Analizując przebieg tej rozmowy według takiego scenariusza jaki chce jej przypisać strona pozwana nie można nie dostrzec i przejść do porządku dziennego nad jedną okolicznością. Rozmowa dotyczyła przynajmniej sytuacji finansowej kontrahenta strony pozwanej a jednocześnie kontrahenta strony powodowej. W ocenie Sądu Apelacyjnego, rzeczą niespotykaną jest to aby informacje o sytuacji gospodarczej swojego kontrahenta, ktokolwiek przekazywał podmiotowi, z którym go nic nie łączy. Fakt przeprowadzenia takiej rozmowy świadczy o tym, że strona pozwana była świadoma roli jaką w jej inwestycji odgrywa strona powodowa i dlatego taka rozmowa się odbyła. W ocenie Sądu Apelacyjnego miała ona taki przebieg jak ustalił to Sąd Okręgowy opierając się na zeznaniach W. Ś. (1). Zeznania A. G. w tym zakresie były tak labilne, że nie sposób na ich podstawie dokonywać jakichkolwiek ustaleń poza faktem, że taka rozmowa miała miejsce i rozmawiano o sytuacji (...) Treść tej rozmowy ustalona przez Sąd Okręgowy na podstawie zeznań W. Ś. (1) potwierdza postawioną wcześniej tezę o świadomym tolerowaniu podwykonawcy na placu budowy przez stronę pozwaną. Strona pozwana próbuje bagatelizować jej znaczenie dlatego, że ma świadomość, iż fakt jej odbycia potwierdza jej sposób postępowania względem podwykonawców. Oficjalnie nie ma podzlecenia robót ale stronie pozwanej nie przeszkadza to, że wykonują czynności, które ma realizować wykonawca dopóki płaci im wykonawca a zatem strona pozwana nie musi dodatkowo angażować swoich środków. W takich okolicznościach dochodzi do oficjalnego zgłoszenia strony powodowej jako podwykonawcy (18 sierpnia 2011 r.). Strona powodowa wraca na plac budowy i wykonuje prace powierzone jej przez wykonawcę do października 2011 r. Strona pozwana pomimo, że taka sytuacja ma pozostawać w sprzeczności z umową łączącą ją z (...) nie podejmuje żadnych działań aż 12 grudnia 2011r. (wcześniej nie próbuje się zapoznać z umową zawartą między powodową spółką a (...) mimo, że o tej umowie przecież wiedziała), kiedy to informuje (...), że ten zobowiązał się do zrealizowania przedmiotu umowy siłami własnymi a w dniu 16 grudnia 2011 r. informuje stronę powodową, że nie wyrażała zgody na zawarcie umowy podwykonawczej. Oczywiście z ustalonego przez Sąd Okręgowy stanu faktycznego wynika, że pisma te były finałem szeregu działań sprawdzających podejmowanych przez stronę pozwaną od końca października 2011 r. Nie można jednak tracić z pola widzenia tego, że czynności te rozpoczęto w momencie gdy strona powodowa zakończyła swoje prace. Brak reakcji strony pozwanej na zgłoszenie podwykonawcy, ponad wszelką wątpliwość nieprawidłowe i moment podjęcia czynności sprawdzających (po zakończeniu prac przez stronę powodową) po raz kolejny potwierdzają to, że strona pozwana miała pełną świadomość brania udziału przez stronę powodową w realizacji jej inwestycji, zakresu powierzonych jej prac i wynikającej z tego odpowiedzialności. Wymiar finansowy tej odpowiedzialności jest stronie pozwanej znany chociażby z umowy przelewu wierzycelności z dnia 29 listopada 2011 r. Niezależnie od tego strona pozwana pozyskała taką wiedzę na początku grudnia 2011 r. w ramach czynności sprawdzających, o których była już mowa. W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny nie ma wątpliwości, że strona pozwana wyraziła zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej przez wykonawcę ze stroną powodową w sposób czynny akceptując obecność pracowników i sprzętu budowlanego strony powodowej na placu budowy i fakt wykonywania przez nich prac, akceptując dalej wykonywane przez nią recepty laboratoryjne, prowadząc ze stroną powodową rozmowy na temat realizacji i finansowania jej robót (w ramach wynagrodzenia wykonawcy) a także nie podejmując we właściwym czasie działań zmierzających do wyeliminowania obecności podwykonawcy na placu budowy. Ta ostatnia okoliczność także ma znaczenia gdyż podjęcie kategoriycznych działań przez stronę pozwaną w oparciu o umowę łączącą ją z wykonawcą mogło doprowadzić do wyeliminowania podwykonawcy z realizacji inwestycji a zatem solidarnej odpowiedzialności strony pozwanej na jego wynagrodzenie. Konsekwencją sytuacji, gdy roboty budowlane powierzone zostały podwykonawcy bez wyraźnego zaznaczenia tego w umowie pomiędzy inwestorem a wykonawcą, powinno być uznanie, iż zachodzi wykonanie sprzeczne z umową. Zastosowanie winny mieć zatem przepisy art. 636 Kc w zw. z art. 656 § 1 Kc. O ile zatem inwestor nie skorzysta ze wskazanych uprawnień rodzi to jego odpowiedzialność

solidarną z wykonawcą o ile można uznać, że inwestor wyraził zgodę na umowę podwykonawczą. Pogląd taki wyraził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 9 października 2013 r. I ACa 553/13 LEX nr 1381380 a Sąd Apelacyjny w Krakowie w pełni go podziela. Przepis art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dlatego zawarcie umowy o roboty budowlane w trybie Prawa zamówień publicznych nie wyłącza stosowania art. 647^{((1))} Kc. W ocenie Sądu Apelacyjnego świadome działanie inwestora, który pomimo wprowadzenia ograniczeń podzlecenia prac w umowie z wykonawcą, akceptuje fakt realizacji części inwestycji przez podwykonawcę oznacza, że strona pozwana nie może na te ograniczenia powoływać się w sporze z podwykonawcą zwłaszcza, że jak to ma miejsce w niniejszej sprawie podwykonawca wykonał całość powierzonych mu prac. Odwoływanie się do tych postanowień o ile w ogóle mają one zastosowanie do prac tego konkretnego podwykonawcy, należy postrzegać w kategoriach nadużycia prawa przez stronę pozwaną nie zasługującego na ochronę prawną i stwarzającą możliwość ustalenia relacji prawnych łączących strony z wykorzystaniem wszystkich dostępnych środków dowodowych.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznaje zarzuty apelacji strony pozwanej opisane w pkt. I 2b, 4 - 6, II 2 - 3, 5 - 6 za bezzasadne. Strona pozwana stara się ograniczyć problem wyrażenia przez nią zgody na podzlecenie prac stronie powodowej do oceny zachowań swoich dwóch pracowników : M. M. i A. G. pomijając pozostałe okoliczności, które badał Sąd Okręgowy trafnie przyjmując na podstawie analizy całego materiału dowodowego, że doszło do akceptacji przez stronę pozwaną tej umowy. Co do zgłaszanych przez stronę pozwaną zarzutów naruszenia art. 233 Kpc przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że przepis art. 233 § 1 Kpc statuuje zasadę, wedle której sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Granice swobodnej oceny dowodów zakreślają przepisy prawa procesowego, zasady doświadczenia życiowego i reguły logicznego myślenia. Dlatego też zarzut obrazy cytowanego art. 233 § 1 Kpc można sformułować skutecznie tylko wówczas, gdy sąd oceniając wiarygodność oraz moc przeprowadzonych dowodów uchybi przesłankom wskazanym w tym przepisie (taką linię orzecniczą prezentuje Sąd Najwyższy, a z którą zgadza się Sąd Apelacyjny - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2005 r., III CK 314/05, Lex nr 172176, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2003 r., II CK 293/02, Lex nr 151522). W ocenie Sądu Apelacyjnego nie została naruszona zasada swobodnej oceny dowodów, zebrane dowody wystarczały do rozstrzygnięcia sporu (art. 316 Kpc), przy uwzględnieniu rozkładu ciężaru dowodu, prekluzji dowodowej oraz zasady koncentracji materiału dowodowego i sprawności postępowania. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego, a granice swobodnej oceny dowodów sięgają tak dalece, że nawet w sytuacji, w której z przeprowadzonego dowodu można wywieść jeszcze inne, niż przyjęte przez sąd wnioski, nie można mówić o przekroczeniu granicy omawianej reguły procesowej. Strona pozwana nie dostarczyła materiału dowodowego, który pozwalałby na inną ocenę zeznań świadka A. G.. Zeznania te pozostawały w takim kontraście w pierwszej kolejności do stanowczych i rzeczowych zeznań W. Ś. (1) jak i pozostałego materiału dowodowego, że błędem byłoby dopiero czynienie ustaleń tylko na ich podstawie. Inną sprawą jest tutaj to jakie znaczenie należy nadać tej rozmowie. Była już o tym mowa. Nie jest prawdą jakoby Sąd Okręgowy pominął przy podejmowaniu swojej decyzji okoliczności świadczące o tym, że strona pozwana wyrażała wielokrotnie negatywne stanowisko w przedmiocie zatrudnienia podwykonawców. Okoliczności te zostały prawidłowo ustalone przez Sąd I instancji i wykorzystane w jego rozważaniach prawnych (1 i 2 strona rozważań prawnych Sądu Okręgowego).

Zgłaszając zarzut naruszenia art. 647^{((1))} § 2 i § 5 w zw. z art. 6 Kc opisany w pkt. I 8 apelacji uszła uwadze strony pozwanej treść § 2 umowy Konsorcjum na podstawie, którego liderem Konsorcjum w stosunku do osób trzecich jak i zamawiającego (...), w szczególności do występowania w imieniu i na rzecz każdego i wszystkich uczestników Konsorcjum jest (...). Nie ma zatem podstaw do kwestionowania upoważnienia działania (...) w imieniu pozostałych uczestników Konsorcjum w tym także zawierania przez niego umowy ze stroną powodową. Tym samym zgłoszony zarzut należy uznać za bezzasadny. W złożonej apelacji strona pozwana wniosła także o dopuszczenie dowodu pisma wykonawcy inwestycji tj. podmiotów tworzących Konsorcjum firm z dnia 4 stycznia 2012 r. znak (...) o cofnięciu pełnomocnictwa do reprezentacji Konsorcjum firm przez (...) SA na okoliczność, że umowa zawarta pomiędzy powodem, a (...)SA zawarta była przez (...)SA w imieniu własnym, a nie w imieniu wykonawcy Inwestycji – Konsorcjum firm. Powyższy wniosek został oddalony przez Sąd Apelacyjny z tej przyczyny, że odwołanie pełnomocnictw udzielonych (...) przez pozostałych uczestników konsorcjum nastąpiło w dacie 4 stycznia 2012 r. a

zatem nie tylko po zawarciu ale i po wykonaniu umowy przez stronę powodową. Przeprowadzenie tego dowodu było zatem bezprzedmiotowe.

Bezzasadny jest także zarzut opisany w pkt. I 9 apelacji. Odpowiedzialność wykonawcy oraz inwestora z art. 647

¹ Kc, aczkolwiek solidarna, oparta jest na dwóch różnych podstawach prawnych. Odpowiedzialność wykonawcy znajduje swe źródło w umowie łączącej go z podwykonawcą, natomiast odpowiedzialność inwestora wynika z ustawy. Taka formuła solidarnej odpowiedzialności nie narusza art. 368 Kc. Uwzględniając powyższe nie można przypisać odpowiedzialności inwestorowi z tytułu odsetek za opóźnienie na podstawie umowy o podwykonawstwo, nie wiążą go bowiem terminy określone w umowie. Jego ewentualna odpowiedzialność z tego tytułu jest możliwa wtedy, gdy opóźni się ze spełnieniem swojego świadczenia. Z uwagi na bezterminowy charakter jego zobowiązania, powinno zostać spełnione niezwłocznie po wezwaniu do zapłaty. Jeżeli zapłata nie nastąpi, podwykonawca jest uprawniony do żądania odsetek za opóźnienie. Pogląd o bezterminowym charakterze odpowiedzialności inwestora z art. 647¹ § 5 Kc prezentowany jest w wyrokach: Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lutego 2014 r. V ACa 746/13 LEX nr 1448538 i Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 16 stycznia 2014 r. VI ACa 846/13 LEX nr 1438335. Sąd Okręgowy trafnie ocenił tą część roszczenia strony powodowej (częściowo je uwzględniając a w części oddalając) z zastosowaniem art. 455 Kc. Zdaniem Sądu Apelacyjnego bezzasadny jest powyższy zarzut także w tej części, która dotyczy odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy należne za okres przed jego zgłoszeniem inwestorowi w dniu 18 sierpnia 2011 r. O przyzwoleniu inwestora – strony pozwanej na zawarcie umowy podwykonawczej można mówić od samego początku uczestnictwa strony powodowej w realizacji inwestycji. Oficjalne zgłoszenie strony powodowej jako podwykonawcy w dniu 18 sierpnia 2011 r. jest tylko jednym z elementów pozwalających na ustalenie istnienia zgody strony pozwanej na zawarcie umowy podwykonawczej bynajmniej nie decydującym o jej istnieniu. Wskazana data nie ma zatem znaczenia przy określeniu za jakie prace wykonane przez stronę powodową ma ponosić odpowiedzialność strona pozwana.

W ocenie Sądu Apelacyjnego strona powodowa jest wierzycielem strony pozwanej także na podstawie umowy przelewu wierzytelności z dnia 29 listopada 2011 r. Strona pozwana będąc dłużnikiem cedowanej wierzytelności została poinformowana o jego dokonaniu w dniu 7 grudnia 2012 r. Jeżeli w ogóle była podstawa o zakwestionowania przez stronę pozwaną skuteczności tej umowy z uwagi na jej wątpliwości co do tego jakie wierzytelności zostały przelane na stronę powodową to przestały być one aktualne w dniu 27 grudnia 2011 r., kiedy to strona pozwana otrzymała od (...) tzw. „wskazanie płatnicze” (k. 752).

Mając na uwadze powyższe apelacja strony pozwanej została oddalona w pkt. 1 wyroku na zasadzie art. 385 Kpc.

O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto w pkt. 2 wyroku na podstawie art. 98 § 1 i 3 Kpc w zw. art. 391 § 1 Kpc, zgodnie z którym strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia jego praw i celowej obrony, obejmujące m.in. wynagrodzenie pełnomocnika procesowego strony reprezentowanej przez adwokata bądź radcę prawnego. Na przyznane powodowi koszty złożyła się kwota 5.400 zł stanowiąca zwrot kosztów zastępstwa procesowego ustalonych w wysokości stawki minimalnej określonej według § 13 ust. 1 pkt. 2 w zw. z § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. t.j. z 2013 r., poz. 461).