

Sygn. akt I ACa 1520/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Struzik
Sędziowie:	SSA Anna Kowacz-Braun SSA Teresa Rak (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 23 stycznia 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa K. D.

przeciwko Gminie R.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 14 maja 2014 r. sygn. akt VII GC 164/13

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 1520/14

UZASADNIENIE

Powód K. D. wniósł o solidarne zasądzenie od pozwanych Ł. W. (1) i Gminy R. kwoty 94.456,95 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu.

Na uzasadnienie żądania powód podał, że w dniu 23 marca 2011 roku pozwani zawarli umowę na wykonanie robót pn. „(...)w Ż. wraz z poprawą infrastruktury edukacyjnej Gminy R. poprzez przebudowę Publicznej Szkoły Podstawowej w Ż.”. Natomiast w dniu 28 marca 2011 roku powód zawarł z pozwanym Ł. W. (1) umowę podwykonawczą, która obejmowała wykonanie określonych robót. W czerwcu 2011 roku pozwany Ł. w. zapłacił powodowi za wykonanie robót kwotę 9.000 zł, a następnie 1 lipca 2011 r. 22.271,48 zł. 24 sierpnia 2011 roku pozwana Gmina odstąpiła od umowy

zawartej z pozwanym sporządzając w dniu 30.08.2011 r. protokół inwentaryzacji dotychczas wykonanych robót, a w dniu 10 listopada 2011 roku Ł. W. (1) odstąpił od umowy z powodem i obciążył go karą umowną. Pozwani pomimo wezwań nie dokonali zapłaty na rzecz powoda.

Pozwany Ł. W. (1) nie zajął stanowiska w sprawie i nie stawił się na pierwszą rozprawę. Sąd Okręgowy w dniu 11 lutego 2014 roku wydał wyrok zaoczny przeciwko temu pozwanemu. Zasądził na rzecz powoda 95.456,95 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 18 listopada 2011 roku i kosztami procesu. Dalej idące żądanie zasądzenia odsetek Sąd oddalił.

Pozwana Gmina R. wniosła o oddalenie powództwa. Przede wszystkim podniosła, że w postępowaniu przetargowym pozwany Ł. W. (1) złożył pisemne zapewnienie, że nie będzie korzystał z podwykonawców, a w umowie zawartej przez pozwaną nie było przewidzianego zakresu robót dla podwykonawcy. Ani powód, ani pozwany nie przedłożyli Gminie umowy podwykonawczej i nie była ona Gminie znana. Również w trakcie realizacji robót, na naradach Ł.w.zapewniał, że osoby pracujące na budowie są jego pracownikami. W dzienniku budowy nie ma żadnych wpisów dotyczących podwykonawcy, a gmina nie odebrała od niego żadnych robót. W konsekwencji pozwana nie miała wiedzy, że K. D. jest podwykonawcą wykonawcy robót Ł. W. (1). Ponadto pozwana gmina podniosła, że powód nie wykazał również żadnym dokumentem, że dochodzona kwota mu się należy.

Wyrokiem z dnia 14 maja 2014 roku Sąd Okręgowy w Kielcach oddalił powództwo w stosunku do Gminy R. i zasądził od powoda na rzecz Gminy R. 3.600 zł tytułem kosztów procesu.

Ustalił Sąd Okręgowy, że w dniu 23 marca 2011 roku Ł. W. (1) zawarł jako wykonawca z inwestorem Gminą R. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie termomodernizacji Szkoły Podstawowej w Ż. wraz z poprawą infrastruktury edukacyjnej Gminy R. poprzez przebudowę Publicznej Szkoły Podstawowej w Ż.. Wynagrodzenie ustalone zostało na kwotę 1.445.145,80 zł. brutto. Na etapie postępowania przetargowego, w następstwie skierowanego przez Gminę R. wezwania do złożenia wyjaśnień, Ł. W. (1) udzielił odpowiedzi, że przy wykonywaniu robót nie będzie korzystał z podwykonawców.

W dniu 28 marca 2011 roku K. D. i Ł. W. (1) zawarli umowę podwykonawczą na podstawie, której powód jako podwykonawca miał wykonać roboty podwykonawcze w zakresie robót polegających na (...)Szkoły podstawowej w Ż. wraz z poprawą infrastruktury edukacyjnej Gminy R. poprzez przebudowę Publicznej Szkoły Podstawowej w Ż., polegające na przebudowie przedszkola, termomodernizacji budynku szkoły, przebudowie sali gimnastycznej, remoncie szkoły (§ (...) umowy). Szczegółowy zakres prac został określony w załączniku, którego powód nie przedłożył. Wynagrodzenie dla podwykonawcy określone zostało na kwotę 796.580,26 zł. netto. Reprezentantem podwykonawcy na budowie miał być M. D., zaś wykonawcy J. S..

W trakcie wykonywania prac od maja do lipca 2011 roku na budowie były organizowane narady. W niektórych uczestniczył M. D. jako kierownik robót lub kierownik budowy. W czasie takiego spotkania w dniu 26 maja 2011 roku odbywającego się z udziałem m.in. wójta Gminy R. A. P., pracowników Gminy Ł. W. (2), E. C., inspektora nadzoru J. J. pozwany Ł. W. (1) oświadczył, że załoga pracująca na budowie nie jest jego podwykonawcą. W spotkaniu tym nie uczestniczył powód K. D. ani M. D.. Natomiast podczas spotkania w dniu 7 lipca 2011 roku, w którym uczestniczył także M. D. jako kierownik robót, pozwany oświadczył, że osoby pracujące na terenie budowy są pracownikami jego firmy.

24 maja i 8 czerwca 2011 roku po wypadku na budowie inspektor Państwowej Inspekcji Pracy w O. przeprowadził kontrolę w firmie Usługowo-Handlowej (...) w P. w obecności kierownika robót M. D.. Ustalono, że poszkodowany że poszkodowany wykonywał prace na podstawie umowy o dzieło zawartej z firmą Usługowo-Handlową (...). Odbiór protokołu pokwitował M. D.. Po kontroli PIP skierował do firmy (...) wystąpienie zawierające polecenie wyeliminowania stwierdzonych podczas kontroli nieprawidłowości w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. W kontroli prowadzonej przez PIP nie brali udziału przedstawiciele szkoły ani Gminy R., nie otrzymali oni też protokołu z tej kontroli.

Ustalił Sąd nadto, że w dniu 17 czerwca 2011 roku pozwany zapłacił powodowi za wykonane prace kwotę 9.000 zł, a w dniu 1 lipca 2011 roku 22.271,48 zł.

W dniu 11 sierpnia 2011 roku dyrektor szkoły wystosowała do M. D. jako kierownika robot pismo z żądaniem przestrzegania zasad bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2011 roku Gmina odstąpiła od umowy zawartej z Ł. W. (1), wskazując, że opóźnia się w wykonywaniu robót i stan ich zaawansowania wynoszący na dzień 22 sierpnia 2011 r. 24 %.

W dniu 30 sierpnia 2011 roku inwestor dokonał inwentaryzacji prac wykonanych przez Ł. W. (1) wyceniając ich wartość na kwotę 246.080,82 zł. Stwierdzono, że na placu budowy pozostały rusztowania oraz nie wbudowany styropian. Wykonawcy w czasie inwentaryzacji nie było. 13 września Gmina zwróciła się do wykonawcy o usunięcia pozostawionych na budowie rusztowań i materiałów.

Umowę podwykonawczą powód przedłożył inwestorowi przy piśmie z dnia 19 września 2011 roku.

Pozwany zabrał z placu budowy materiały za wyjątkiem styropianu, który wg jego oświadczenia należał do powoda. Pismem z dnia 24 października 2011 roku Gmina wezwała powoda do zabrania styropianu.

W listopadzie 2011 roku powód wezwał pozwanych do zapłaty.

Pismem z dnia 10 listopada 2011 roku pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy podwykonawczej zawartej z powodem, a notą obciążeniową obciążył K. D. karą umowną w kwocie 293.938,12 zł. z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie podwykonawcy. Wskazał na przerwanie prac przez podwykonawcę i opóźnienie się w ich wykonaniu w stosunku do harmonogramu tak dalece, że nie jest prawdopodobne ukończenie ich w terminie umownym.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków zgłoszony w piśmie z dnia 13 marca 2014 roku Sąd uznał za spóźniony w świetle art. 207 § 6 kpc.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo skierowane przeciwko Gmi nie R. na uwzględnienie nie zasługuje.

Wskazał Sąd, że podstawą żądania powoda skierowanego przeciwko Gminie R. jest przepis art. 647¹ § 5 kc stanowiący o solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy względem podwykonawcy. § 2 tego przepisu wymaga zgody inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej. Inwestor w terminie 14 dni od przedstawienia mu umowy podwykonawczej lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie ma prawo zgłosić na piśmie sprzeciw lub zastrzeżenia. Jeśli tego nie uczyni przyjmuje się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Gmina zaprzeczyła by otrzymała umowę podwykonawczą, powód zaś nie wykazał, by w trakcie realizacji robót umowę tę przedłożył inwestorowi, bądź umowę tę miał przedłożyć Gminie wykonawca Ł. W. (1). Nie dał Sąd wiary zeznaniom świadka M. D., że umowę tę przedłożył na jednej z porad budowy w trakcie realizacji robót, na żądanie inspektora nadzoru J. J.. Świadek J. zaprzeczył by umowa taka została mu przedłożona. Zaprzeczył też, by zgłoszono mu podwykonawców robót. Przedłożeniu umowy zaprzeczyli też inni uczestnicy spotkań i porad. Nadto okoliczność ta nie wynika z notatek ze spotkań i protokołów z porad. Z pisma Gminy do powoda z dnia 11 października 2011 roku wynika, że umowę podwykonawczą gmina otrzymała dopiero w dniu 22 września 2011 roku wraz z pismem z dnia 10 września 2011 roku zawierającym wezwanie do zapłaty skierowane do inwestora. Żądaniu temu Gmina odmówiła, wskazując, że nie była poinformowana o podwykonawcy. Zwrócił Sąd uwagę, że 23 sierpnia 2011 roku Gmina odstąpiła od umowy zawartej z pozwanym Ł. W. (1), a w dniu 20 sierpnia 2011 roku wykonawca opuścił teren budowy. W chwili dostarczenia inwestorowi umowy podwykonawczej prace nie były więc już wykonywane. Powód nie wykazał także by Gmina wyraziła zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej ex post czy już po zaprzestaniu

wykonywania robót. Podkreślił też, że dla oceny wiedzy i zgody inwestora na wykonywanie robót przez podwykonawcę znaczenie ma okoliczność, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca zapewniał, że przy wykonywaniu robót nie będzie korzystał z podwykonawców.

Warunkiem solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i inwestora wobec podwykonawcy jest zgoda inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej. Zgoda ta może być wyrażona przez brak pisemnego sprzeciwu, a także w każdej innej formie (art. 60). Może to nastąpić poprzez czynności faktyczne takie jak dokonywanie odbiorów robót od podwykonawcy, dopuszczenie podwykonawcy do udziału w naradach budowy, tolerowanie obecności podwykonawcy na budowie. W takich przypadkach zgoda inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej nie jest uzależniona od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą wraz z częścią dokumentacji. Powód nie wykazał również, by w trakcie wykonywania przez niego robót Gmina wyraziła zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej poprzez określone czynności faktyczne. Brak jest protokołów odbioru robót z których wynikałoby, że inwestor odbierał wykonane prace od podwykonawcy K. D.. Nie ma też protokołu przekazania przez Gminę placu budowy podwykonawcy w sytuacji w której świadek M. D. twierdzi, że taki protokół istnieje. Osoby uczestniczące w naradach zeznały, że K. D. nie znali i nie był on na budowie. Potwierdzają to pisemne notatki, z których wynika, że K. D. w naradach na budowie nie uczestniczył. Również wójt Gminy zaprzeczył by znał powoda. Uczestniczącym w naradach znany był M. D. jako majster bądź kierownik robót lub kierownik budowy reprezentujący wykonawcę Ł. W. (1). Z żadnego dokumentu z narad nie wynika, by M. D. reprezentował powoda. Także w dzienniku budowy, za wyjątkiem wpisu z dnia 5.04.2011 r. dokonanego przez kierownika budowy J. S., o tym że kierownikiem robót będzie M. D., nie ma żadnych wpisów dokonanych przez podwykonawcę robót lub świadczących o jego udziale w realizowanych pracach.

Z notatek wynika także, że pozwany Ł. W. (1) w obecności przedstawicieli inwestora, w tym wójta Gminy R., zaprzeczył aby osoby pracujące na budowie były jego podwykonawcami zapewniając, że są to jego pracownicy. Zapewnienie takie padło także w obecności M. D., który temu nie zaprzeczył. Z zeznań świadka E. C. wynika nadto, że osoby pracujące na budowie informowały ją, że są pracownikami Ł. W. (1).

Dowodem na wyrażenie zgody na podwykonawcę przez pozwaną Gminę nie jest również fakt przeprowadzenia przez Państwową Inspekcję Pracy kontroli na budowie w dniach 24 maja i 8 czerwca 2011 r. w wyniku wypadku przy pracy, któremu uległ jeden z pracowników firmy powoda. Fakt wypadku i kontroli znany był dyrektor szkoły E. W. i jednemu z pracowników Gminy E. C.. Jednakże nie świadczy to o wyrażeniu zgody przez Gminę na wykonywanie prac przez podwykonawcę. Osoby te zaprzeczyły aby miały brać udział w tej kontroli i znały jej wnioski, co potwierdza treść protokołu z kontroli sporządzonego przez inspektora PIP w dniu 8 czerwca 2011 r. Wynika z niego, że kontrola odbyła się w obecności M. D. pełniącego funkcję kierownika robót i on też otrzymał w dniu 8 czerwca 2011 r. protokół kontroli. Powód nie wykazał by protokół PIP z dnia 8 czerwca 2011 roku został doręczony Gminie. Także pismo skierowane przez Dyrektora Szkoły do M. D. jako kierownika robót, zawierające zalecenia przestrzegania zasad bezpieczeństwa i higieny pracy na budowie nie świadczy o wiedzy pozwanej Gminy o osobie podwykonawcy. Nie świadczy też o tym okoliczność, że powód był właścicielem styropianu, który po zakończeniu przez wykonawcę robót pozostał na placu budowy i który to materiał został przez niego odebrany w następstwie pisma Gminy.

Stwierdził Sąd Okręgowy nadto, że powód nie wykazał, by to jemu inwestor przekazał plac budowy przed rozpoczęciem robót. Powód nie uczestniczył także w czynnościach inwentaryzacyjnych po odstąpieniu Gminy od umowy zawartej z pozwanym Ł. W. (1).

Wszystkie te okoliczności przemawiają, zdaniem Sądu, za przyjęciem, że powód nie udowodnił aby pozwana Gmina miała wiedzę o jego osobie jako podwykonawcy robót budowlanych, o zakresie jego prac i ich wartości, a także aby wyraziła zgodę na umowę podwykonawczą. Brak jest więc podstaw by przypisać Gminie solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty wraz z wykonawcą robót Ł. W. (1) na podstawie art. 647¹ § 5 kc.

Za uzasadniony uznał Sąd nadto zarzut pozwanej Gminy, że powód nie wykazał, by wykonał roboty, za które miałby otrzymać wynagrodzenie w kwocie 95.456,95 zł. Powód by to udowodnić nie przedłożył żadnych dokumentów, w szczególności protokołów odbioru robót, faktur, kosztorysów. Z kolei wykonana przez pozwaną Gminę inwentaryzacja

powykonawcza obejmuje prace wykonane przez wykonawcę robót Ł. W. (1). Z inwentaryzacji nie wynika jakie prace wykonał powód, tym bardziej że z samej umowy podwykonawczej nie wynika jaki był zakres wykonywanych przez niego robót.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc, stosownie do wyniku rozstrzygnięcia.

Apelację od wyroku wniósł powód. Zaskarżając wyrok w części dotyczącej pozwanej Gminy R. zarzucił naruszenie prawa materialnego, a to obrazę art. 647¹ § 5 kc w zw z art. 647¹ § 2 kc poprzez uznanie, że przepisy te nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie, a pozwana Gmina jako inwestor nie ponosi odpowiedzialności solidarnej z Ł. W. (1) będącym wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia powodowi za wykonane roboty budowlane z powodu braku zgody Gminy R. na zawarcie umowy podwykonawczej. Zarzucił też naruszenie przepisów postępowania, a to:

- art. 233 § 1 kpc poprzez nierozważenie w sposób wszechstronny i bezstronny zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności poprzez odmowę wiarygodności zeznaniom świadka M. D. dotyczących przedłożenia przez niego umowy podwykonawczej na jednej z porad budowy w toku realizacji robót na żądanie inspektora nadzoru J. J., a także wiedzy Gminy R., o tym że pracujące na budowie osoby są pracownikami powoda, zweryfikowanej przez osobiste rozpytanie pracowników oraz wynikającej ze znanych pracownikom gminy ustaleń Państwowej Inspekcji Pracy,

- art. 207 § 6 kpc w zw. z art. 217 § 2 i art. 227 kpc poprzez oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, uznając go za spóźniony, pomimo że dopuszczenie tego dowodu nie spowodowałoby zwłoki w rozpoznaniu sprawy, a okoliczność na którą został zgłoszony dowód miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Nadto zarzucił powód błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, co miało istotny wpływ na jego treść, a polegające w szczególności na błędnym i zasadniczo dowolnym przyjęciu, że Gmina R. nie miała wiedzy, o tym że na budowie pracuje jako podwykonawca firma powoda i zatrudnieni przez niego pracownicy i to pomimo treści pisma wystosowanego przez dyrektor Szkoły w Ż. E. W. do M. D. jako kierownika robót, w których stwierdza się brak widocznych postępów w pracach remontowych oraz autorka w imieniu pozwanej zażądała przestrzegania zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, a nadto pomimo kontroli PIP, której ustalenia znane były dyrektor szkoły i pracownikowi Gminy E. C., która relacjonowała je na naradzie w dniu 26 maja 2011 roku.

Wniósł powód o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Kielcach oraz o zasądzenie od powanej Gminy na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.

Wniósł też powód o dopuszczenie dowodu z faktury VAT nr (...) z 5 lipca 2011 roku na okoliczność kosztów poniesionych przez firmę powoda w związku z wykonaniem robót objętych rozszczeniem dochodzonym w niniejszej sprawie.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda na uwzględnienie nie zasługuje.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów dotyczących postępowania dowodowego, oceny dowodów i ustaleń faktycznych, bowiem dopiero prawidłowe ustalenia faktyczne mogą stanowić podstawę do dokonania oceny prawnej.

Podnoszone w tym względzie przez powoda zarzuty są nieuzasadnione.

Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji są prawidłowe i znajdują oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym, Sąd Apelacyjny ustalenia te podziela i przyjmuje za własne. Sąd Okręgowy dokonał wszechstronnej analizy zebranych dowodów, nie naruszając zasad logiki i doświadczenia życiowego. Nie naruszył

więc Sąd zasad oceny swobodnej. Zarzut naruszenia art. 233 kpc nie może więc zostać uwzględniony. Skuteczne postawienie takiego zarzutu wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest wystarczające natomiast przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (tak np. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 6 listopada 1998 r. II CKN 4/98 – niepublikowane).

Naruszenia art. 233 kpc powód przede wszystkim upatruje w tym, że Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka M. D. w zakresie w jakim zeznał, że na jednej z narad na budowie przedłożył umowę podwykonawczą, a także zapewnił, że istnieje protokół przekazania przez inwestora placu budowy podwykonawcy, co miałyby świadczyć o wiedzy inwestora i wyrażeniu zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą.

Sąd pierwszej instancji dokładnie przeanalizował wszystkie dowody w sprawie i podzielić należy jego ocenę zeznań świadka M. D.. Zeznania te są całkowicie odosobnione, a nadto nie znajdują też potwierdzenia w żadnym dokumencie. Istnienie protokołu przekazania placu budowy podwykonawcy nie zostało w żaden sposób wykazane. Skoro taki protokół istniał, to powód winien był złożyć go do akt sprawy, czego nie uczynił.

Uzasadnione było przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że Gmina R. nie posiadała wiedzy o podwykonawcy. Co więcej przez wykonawcę była utwierdzana w przekonaniu, że wykonawca prace wykonuje własnymi siłami. Niesporne w sprawie było i wykazane dokumentem, że już na etapie przetargu Ł. W. (1) wezwany o wyjaśnienie wyraźnie wskazał, że z podwykonawców nie będzie korzystał. Takie stanowisko wykonawcy znalazło potwierdzenie także w notatkach czy protokołach z narad. W notatce służbowej z dnia 26 maja 2011 roku odnotowano, że wykonawca oświadczył, że „załoga pracująca na budowie nie jest podwykonawcą”. Z kolei w protokole ze spotkania na budowie (...) znajduje się zapis o treści: „ponownie stwierdzono, że osoby znajdujące się na terenie budowy tj. pracownicy są pracownikami Z U H Ł. W. (1).” Istotnie w protokole tym przez słowem „są” znajduje się skreślenie, które nie zostało parafowane, jednakże nie ma podstaw by twierdzić, że protokół ten został sfalszowany. Gdyby przyjąć tak jak chce powód, że tym skreślonym słowem jest „nie” co zmieniałoby sens zdania, w ten sposób że wynikałoby z niego, że pracownicy nie są pracownikami Ł. W. (1), to zwrócić należy uwagę na sformułowanie „ponownie stwierdzono”, co ma sens tylko w przypadku zapisu, że pracownicy są pracownikami Ł. W. (1), bowiem już we wcześniejszej notatce była mowa o tym, że nie są to podwykonawcy, natomiast nigdy wcześniej nie było mowy o tym, by nie byli to pracownicy Ł. W. (1). W tym drugim przypadku na naradzie był obecny M. D. i nic nie wskazuje by temu stwierdzeniu zaprzeczył. Z żadnej notatki czy protokołu nie wynika też, by M. D. na naradach reprezentował powoda, a nie wykonawcę jako majster czy kierownik robót.

Również protokół Państwowej Inspekcji Pracy adresowany do firmy powoda został przekazany M. D. jako kierownikowi robót. Z protokołu wynika, że został on sporządzony w dwóch egzemplarzach, z czego jeden otrzymał M. D.. Nie ma więc podstaw do przyjęcia, że protokół otrzymał inwestor, a nawet że się z nim zapoznał.

Nie znajduje Sąd też podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia art. 207 § 6 kpc w zw. z art. 217 § 2 i art. 227 kpc. Powód już przed wszczęciem procesu miał świadomość, że inwestor kwestionuje jego roszczenie i twierdzi, że nie wiedział, że prace wykonuje podwykonawca. Znalazło to potwierdzenie także w odpowiedzi na pozew z 19 listopada 2013 roku. Dlatego też rzeczywiście istniały podstawy do pominięcia dowodów zgłoszonych dopiero w piśmie z dnia 12 marca 2014 roku czyli miesiąc po rozprawie, na której Sąd przesłuchał wszystkich zgłoszonych wcześniej świadków. Zgłaszając ten wniosek dowodowy powód w żaden sposób nawet nie wskazał dlaczego świadków tych nie zgłosił wcześniej. Ponadto nie można też twierdzić, że dopuszczenie tych dowodów nie spowodowałoby zwłoki w rozpoznaniu sprawy. Sąd co prawda w dniu 11 lutego 2014 roku odroczył rozprawę celem przesłuchania stron, jednakże wówczas nie dysponował jeszcze wspomnianym wnioskiem dowodowym, zaś odroczenie w dniu 15 kwietnia 2014 roku nastąpiło tylko celem dołączenia przez pozwanego do akt sprawy oryginałów dokumentów, które wcześniej były złożone w kserokopiach, co kwestionował powód.

W konsekwencji ustalenie, że Gmina nie miała wiedzy, że na budowie pracuje podwykonawca było uprawnione i znajdowało oparcie w zgromadzonych dowodach.

W takiej sytuacji brak było podstaw do zastosowania art. 647¹ kc. Przede wszystkim brak było zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę z podwykonawcą umowy o roboty budowlane. Zgoda ta może być wyrażona w dwojaki sposób, a to bierny oraz czynny. Wyrażenie zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń 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. Ponieważ jednak chodzi o przejęcie przez inwestora odpowiedzialności za cudzy dług, to interes inwestora został zabezpieczony poprzez wprowadzenie obowiązku przedstawienia mu stosownej dokumentacji. Inwestor ma więc przynajmniej możliwość zapoznania się z dokumentacją i ma, bądź powinien posiadać, wiedzę o zakresie robót i wynagrodzeniu uzgodnionym w umowie z podwykonawcą. Wyrażenie zgody w sposób czynny może być wyraźne, pisemnie lub ustnie, albo przez inne zachowanie, które dostatecznie ujawnia wolę inwestora (art. 60 kc). A zatem może to 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. Jeśli zgoda jest wyrażona w sposób czynny, odpowiedzialność inwestora nie jest uzależniona od przedłożenia mu dokumentacji. Wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą inwestor może uzyskać z dowolnego źródła, również w czasie po zawarciu umowy. Zgoda dla swej skuteczności zawsze musi dotyczyć konkretnej umowy, której istotne postanowienia decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi, albo z którymi miał możliwość zapoznania się, przy czym inwestor nie musi znać treści całej umowy.

W niniejszej sprawie do wyrażenia zgody na zawarcie umowy podwykonawczej nie doszło w ogóle. Nie można bowiem mówić o wyrażeniu zgody w sytuacji kiedy inwestor nie miał wiedzy o tym, że na budowie pracuje podwykonawca. Zwrócić należy uwagę, że wykonawca cały czas utwierdzał inwestora w przekonaniu, że nie korzysta z pomocy podwykonawców, najpierw składając oświadczenie w postępowaniu przetargowym, a następnie w czasie trwania prac twierdząc, że pracujący na budowie są jego pracownikami. Co więcej sam powód zeznał, Ł. W. (1) nie chciał z nim zawrzeć umowy podwykonawczej, a umowę o współpracy, na co powód się nie zgodził. Przemawia to także za tym, że wykonawca nie chciał przed inwestorem ujawnić podwykonawcy.

Powód nigdy się na budowie nie pojawiał, a pracujący na budowie jego ojciec, świadek M. D. traktowany był jako majster, czy kierownik robót, pracownik Ł. W. (1), czemu on sam nie przeczył. Twierdzenie tego świadka, jakoby on sam w czasie jednej z narad na budowie przedstawił umowę podwykonawczą nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze jest ono zupełnie odosobnione, a po drugie z owych spotkań i naraz sporządzane były protokoły bądź notatki. Tymczasem w żadnym dokumencie nie ma śladu wskazującego na to, że umowa taka została przedstawiona, czy też przekazana inwestorowi.

Natomiast uzyskanie przez inwestora wiedzy o umowie podwykonawczej, już po tym jak wykonawca i podwykonawca zeszli z budowy, nie dokończywszy robót i po odstąpieniu przez inwestora od umowy z wykonawcą nie może stanowić podstawy do przyjęcia solidarnej odpowiedzialności inwestora, bowiem nie zmienia to oceny, że dopóki prace były wykonywane inwestor nie wiedział o podwykonawcy, a tym samym nie mógł wyrażać zgody na zawarcie umowy podwykonawczej. Zgoda ta bowiem zawsze musi się odnosić do konkretnej umowy i konkretnego wykonawcy.

Konkludując skoro inwestor nie miał wiedzy o wykonywaniu prac przez podwykonawcę, to nie mógł w żaden sposób, ani czynnie, ani biernie wyrazić zgody na jego udział w pracach budowlanych, a w konsekwencji brak jest podstaw do przyjęcia, że inwestor odpowiada solidarnie razem z wykonawcą wobec podwykonawcy na podstawie art. 647¹§ 5 kc.

Na koniec dodatkowo stwierdzić należy, że niezależnie od powyższego powód nie wykazał swojego roszczenia. Podziela Sąd stanowisko Sądu pierwszej instancji, że nie udowodnił powód, że wykonał roboty o wskazanej w pozwie wartości. Istotnie na tę okoliczność powód nie przedstawił żadnych dowodów, choćby w postaci protokołów odbioru robót

wykonanych przez powoda, czy też wystawionych faktur. Poza tym w umowie podwykonawczej jest mowa o załączniku, który określa zakres prac jakie miałby wykonać podwykonawca. Powód załącznika tego nie dołączył, zatem nawet nie wiadomo jakie prace na podstawie umowy z wykonawcą miał wykonać. Zakresu prac wykonanych przez powoda nie da się również wywnioskować z dokumentu inwentaryzacji powykonawczej. Zwrócić też należy uwagę, że tej oceny Sądu powód w apelacji nie kwestionował, odnosząc wszystkie swoje zarzuty do ustaleń i oceny związanych z zastosowaniem art. 647¹ kc.

Powód do apelacji dołączył fakturę VAT z dnia 5 lipca 2011 roku wystawioną dla firmy (...) K. D. za dostawę i montaż stolarki PCV w budynku Szkoły Podstawowej w Ż.. W treści apelacji się jednakże do tego nie odniósł, a w szczególności nie wskazał, by dowodu tego nie mógł powołać przed Sądem pierwszej instancji, bądź by potrzeba jego powołania wynikła później (art. 381 kpc). Dowód ten zatem w świetle wymienionego przepisu należy uznać za spóźniony i jako taki nie zasługujący na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc apelację oddalił.

O kosztach Są orzekł na podstawie art. 98 kpc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.