

Sygn. akt I ACa 1286/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Grzegorz Krężolek (spr.)
Sędziowie:	SSA Sławomir Jamróg SSO del. Beata Kurdziel
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **M. S. (1)**

przeciwko **J. P. (1) i Gminie B.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 28 maja 2015 r. sygn. akt VII GC 51/14

1. zmienia zaskarżony wyrok nadając mu treść:

„I. zasądza od pozwanego J. P. (1) na rzecz Powoda M. S. (1) kwotę 80 442 zł (osiemdziesiąt tysięcy czterysta czterdzieści dwa złote) z ustawowymi odsetkami od:

- kwoty 15 252 zł od dnia 13 grudnia 2013r.,**
- kwoty 16 297,50 zł od dnia 18 grudnia 2013r.,**
- kwoty 16 297,50 zł od dnia 19 grudnia 2013r.,**
- kwoty 16 297,50 zł od dnia 20 grudnia 2013r.,**
- kwoty 16 297,50 zł od dnia 4 lutego 2014r.**

II. zasądza od strony pozwanej Gminy B. na rzecz powoda M. S. (1) kwotę 80 442 zł (osiemdziesiąt tysięcy czterysta czterdzieści dwa złote) z ustawowymi odsetkami od dnia 7 marca 2014r.,

przy czym odpowiedzialność Gminy w zakresie świadczenia z tytułu należności głównej jest odpowiedzialnością solidarną z odpowiedzialnością pozwanego J. P. (1),

III. w pozostałym zakresie powództwo, wobec obydwu pozwanych oddala,

IV. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 6 031 zł (sześć tysięcy trzydzieści jeden złotych) tytułem kosztów procesu.”

2. w pozostałych zakresach apelacje pozwanych oddala;

3. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 384 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;

4. przyznaje od Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Kielcach na rzecz radcy prawnego W. C. kwotę 3 321 zł, w tym 621zł podatku od towarów i usług, tytułem wynagrodzenia za pomocy prawną udzieloną pozwanemu J. P. (1) z urzędu w postępowaniu apelacyjnym.

SSA Sławomir Jamróg SSA Grzegorz Krężolek SSO(del.) Beata Kurdziel

Sygn. akt : I ACa 1286 /15

UZASADNIENIE

M. S. (1) wniósł o zasądzenie od pozwanych J. P. (1) i Gminy B. solidarnie kwoty 102.606,60 zł. wraz z odsetkami od kwoty 4.821,60 zł od dnia 14 listopada 2013 r., od kwoty 16.297,50 zł od dnia 7 grudnia 2013 r., od kwoty 16.297,50 zł od dnia 13 grudnia 2013 r., od kwoty 16.297,50 zł od dnia 18 grudnia 2013 r., od kwoty 16.297,50 zł od dnia 19 grudnia 2013 r., od kwoty 16.297,50 zł od dnia 20 grudnia 2013 r., od kwoty 16.297,50 zł od dnia 20 grudnia 2013 r., od kwoty 16.297,50 zł od dnia 7 lutego 2014 r.. Domagał się również obciążenia pozwanych kosztami procesu.

Motywuując żądanie wskazał, że na podstawie umowy z J. P. (1), prowadzącym jednoosobowo Zakład (...), realizował roboty polegające wykonaniu pokrycia dachowego wiaty na Placu (...) w B. przy ul. (...) oraz roboty dodatkowe w postaci deskowania jej na powierzchni 196 m². Pomimo prawidłowego wykonania prac zamawiający nie zapłacił powodowi umówionego wynagrodzenia. Pozwany J. P. (1) był wykonawcą całości prac, w ramach przebudowy placu targowego w B., będąc związany umową z pozwaną gminą B.. Gmina wiedziała o realizowaniu prac przez powoda, w ramach tej inwestycji, a skoro tak to jej odpowiedzialność za spełnienie świadczenia z tytułu wynagrodzenia dla powoda ma swoją podstawę, w brzmieniu art. 647¹ §2 i 5 kc.

Gmina B., odpowiadając na pozew, wносиła o oddalenie powództwa wobec niej oraz obciążenia M. S. (1) kosztami postępowania.

Przyznała, że w dniu 12 marca 2013r zawarła z J. P. (1) umowę o wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową i przebudową placu targowego przy ul. (...) ale nigdy nie wyrażała zgody na to, aby prace te, chociażby w części, realizowali podwykonawcy. Gmina nie wiedziała także o tym, że jednak są one w ten sposób wykonywane. Nie była również w trakcie realizacji umowy informowana przez kogokolwiek o tym, że M. S. (1) ma taki status. Podkreśliła ani on ani jego przedstawiciele nigdy nie uczestniczyli w naradach roboczych poświęconych wykonywanym pracom, ani też w czynnościach odbiorowych.

Pozwany J. P. (1) odpowiadając na pozew domagał się oddalenia powództwa oraz przyznania kosztów postępowania.

W swoim stanowisku zarzucał przede wszystkim nie dochowanie przez powoda umownego terminu wykonania prac oraz ich wadliwość.

Wierzytelności dochodzonej pozwem przeciwstawił zarzut potrącenia wierzytelności własnej z tytułu kary umownej , w kwocie 22 164, 60 złotego , wskazując jako jej podstawę fakt nie terminowego wykonania zamówionych prac.

Wyrokiem z dnia 28 maja 2015r , Sąd Okręgowy w Kielcach :

Zasądził od pozwanych J. P. (1) i Gminy B. na rzecz powoda M. S. (1), kwotę 102 606 , 60 zł wraz z ustawowymi odsetkami od

- kwoty 4 821, 60 zł od dnia 14 listopada 2013r ,
- kwoty 16 297, 50 zł od dnia 7 grudnia 2013r ,
- kwoty 16 297, 50 zł od dnia 13 grudnia 2013r ,
- kwoty 16 297, 50 zł od dnia 18 grudnia 2013r,
- kwoty 16 297, 50 od dnia 19 grudnia 2013r ,
- kwoty 16 297, 50 zł od dnia 20 grudnia 2013r
- kwoty 16 297, 50 zł od dnia 7 lutego 2014r .

Ponadto obciążył pozwanych kwotą 8 747 złotych tytułem zwrotu powodowi kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

Gmina B. na podstawie wyników przeprowadzonego postępowania przetargowego , zawarła z pozwanym J. P. (1) , w dniu 12 marca 2013r, umowę w ramach której miał on kompleksowo wykonać roboty budowlane w zakresie zadania inwestycyjnego pod nazwą „ Poprawa warunków sprzedaży bezpośredniej przez przebudowę miejskiego Placu (...) przy ul (...) w B. „

Jak wynikało z umowy, wykonawca miał jej przedmiot zrealizować bez udziału podwykonawców.

Mimo to pozwany zawarł z M. S. (1) , prowadzącym jednoosobowo działalność gospodarczą pod firmą (...) „ , w dniu 5 listopada 2013r , umowę na podstawie której zlecił powodowi do wykonanie pokrycie dachu wiaty na tym placu.

Zgodnie z jej postanowieniami prace miały zostać rozpoczęte w dniu zawarcia umowy, a zakończone do 24 grudnia 2013r. Wykonawca miał otrzymywać wynagrodzenie częściami za każdy ukończony segment pokrycia , w kwotach po 13 250 zł plus Vat , przy czym podstawą zapłaty były faktury , które M. S. mógł wystawić po bezusterkowym odbiorze zakońzonego etapu robót.

Ponadto, w tym samym dniu, strony podpisały także aneks do umowy na podstawie którego zamawiający zlecił powodowi wykonie również odeskowania tego dachu na powierzchni 196 m. kw., za wynagrodzeniem 3 920 zł plus Vat.

W czasie wykonywania robót przez M. S. (1) plac budowy odwiedzali przedstawiciele inwestora - gminy B., a także burmistrz , a częściej wiceburmistrz T. M.. Powód rozmawiał z nimi , a kierownik budowy ze strony wykonawcy J. P. (1), G. D. (1) , informował wiceburmistrza oraz inspektora nadzoru o obecności i rodzaju prac wykonywanych przez S.. Przedstawiciele gminy , będąc zainteresowanymi postępowaniem prac , wyrażali zadowolenie z faktu , że prace posuwają się w ten sposób naprzód.

Obecność pracowników firmy powoda na placu budowy manifestował także samochód z logo firmy (...) „ , który stał przy miejscu wykonywania robót.

Z dalszych ustaleń wynika ,że powód systematycznie zgłaszał J. P. , w okresie pomiędzy 6 listopada 2013r i 7 grudnia 2013r zakończenia poszczególnych etapów wykonania pokrycia dachowego / jego segmentów / jak

również odeskowania. Przeprowadzane odbiory potwierdzały kompletność i prawidłowość jakościową wykonanych robót. Podpisanie każdego z dokumentów odbiorowych dawało podstawę do wystawiania przez M. S. (1) faktur , obejmujących należne mu wynagrodzenie za ukończona i odebrana część prac.

Wobec tego ,że żadna z nich nie została zapłacona , powód , w dniu 23 grudnia 2013r , skierował zarówno do zamawiającego jak i do gminy B. wezwania o zapłatę.

W odpowiedzi, pozwany J. P. (1) wskazał , że żądanie jest przedwczesne albowiem nie doszło jeszcze do końcowego odbioru prac a ponadto powód zrealizował niepełny ich zakres.

Podnosił także wadliwość wykonawczą niektórych spośród prac , w szczególności przecieki dachu . Powołana wspólnie przez strony komisja stwierdziła jednak , że przecieki są wywołane przyczynami za które M. S. (1) nie odpowiada .

Do końcowego odbioru robót zamówionych przez J. P. (1) u powoda nigdy formalnie nie doszło ale w dniu 28 stycznia 2014r , Gmina B. jako inwestor odebrała prace , które na podstawie umowy z 12 marca 2013r miał wykonać na jej rzecz pozwany.

W ramach tego odbioru nie została zakwestionowana jakość i kompletność prac , które wykonywał powód.

Jak wynika także z ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy, odpowiedzią gminy na wezwanie powoda datowane na 23 grudnia 2013r , było jej pismo w którym domagała się przedstawienia umowy jaka łączyła go z J. P. (1) , a nadto wskazała , że zgodnie z umową z wykonawcą nie mógł on korzystać , w ramach realizowania jej przedmiotu z pracy podwykonawców . Gmina zaznaczyła , że nie wyraża i nie wyrażała zgody na tę rolę M. S. (1) na placu budowy.

Rozważania prawne rozpoczął Sąd I instancji od dokonania kwalifikacji prawnej umowy jaka zawarł powód z J. P. (1). W konkluzji szerokiej w tej materii rozważań, stanął na stanowisku , iż umowa zawarta w dniu 5 listopada 2013r zmieniona aneksem nr (...) z tego samego dnia była umową o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 kc.

Z kolei przechodząc do oceny tego czy M. S. (1) może skutecznie dochodzić niezapłaconego przez zlecającego roboty wynagrodzenia od inwestora - gminy B. , uznał to za uzasadnione w świetle okoliczności faktycznych , które towarzyszyły wykonywaniu prac przez powoda , a w tym szczególności, zachowania pracowników gminy i wiceburmistrza na placu budowy , którzy nie wyrażając w sposób wyraźny sprzeciwu wobec obecności tam pracowników firmy powoda ale aprobując wręcz taką sytuację , Pozwala to , w jego ocenie na przyjęcie , że inwestor , w sposób dorozumiany wyraził zgodę na taką rolę powoda w procesie inwestycyjnym oraz na warunki na jakich roboty te , w charakterze podwykonawcy J. P. (1), wykonywał. Podkreślił przy tym również , że prace M. S. (1) stanowiły element przedmiotu świadczenia , które na podstawie umowy z dnia 12 marca 2013r , wykonał pozwany na rzecz gminy, a ta przyjęła je bez zastrzeżeń.

W konsekwencji ponosi ona , zdaniem Sądu I instancji, solidarną odpowiedzialność z zamawiającym za spełnienie na rzecz powoda świadczenia z tytułu wynagrodzenia za zrealizowane prace.

Oceniając zarzut potrącenia zgłoszony przez pozwanego J. P. , Sąd Okręgowy uznał go za niezasadny. Po pierwsze dlatego , iż jego zdaniem pozwany nie zdołał w sporze wykazać , że dysponuje wobec powoda wierzycelnością wzajemną , wobec wierzycelności dochodzonej pozwem. Ponadto oświadczenie procesowe o potrąceniu nie mogło być przez niego dokonane skutecznie albowiem pełnomocnik procesowy M. S. (1) , wobec którego oświadczenie to , zawarte w odpowiedzi na pozew , zostało złożone, nie był uprawniony do jego odbioru ze skutkiem dla reprezentowanego.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach procesu była norma art. 98 §1 i kpc i wynikająca z niej, dla wzajemnego rozliczenia tych kosztów pomiędzy stronami , zasada odpowiedzialności za wynik sprawy.

Apelacje od tego orzeczenia złożyli zarówno J. P. (1) jak i gmina B..

Pozwany objął zakresem środka odwoławczego tę część orzeczenia z dnia 28 maja 2015r, która dotyczyła jego obowiązków i w jego wniosku domagał się zreformowania zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa wobec niego w całości jak również obciążenia powoda kosztami postępowania.

Ponadto pełnomocnik skarżącego , ustanowiony z urzędu ,na wypadek nie uwzględnienia apelacji, domagał się przyznania na jego rzecz ze środków budżetowych Skarbu Państwa wynagrodzenia za pomoc prawną , która nie została opłacona przez reprezentowanego nawet w części.

Apelacja J. P. (1) została oparta na następujących zarzutach :

- naruszenia prawa procesowego, w sposób mający istotny wpływ na wynik sprawy , wobec nieprawidłowego zastosowania następujących norm :

a/ art. 233 §1 kpc , w następstwie przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów w drodze zastąpienia jej oceną dowolną i w konsekwencji nietrafnego przyjęcia , że apelującemu nie przysługiwała wzajemna wobec wierzytelności dochodzonej pozewem , wierzytelność z tytułu kary umownej przewidzianej w umowie z 5 listopada 2013r za nie dochowanie przez wykonawcę terminu zakończenia prac,

b/ art. 299 w zw z art. 302 §1 kpc , jako konsekwencji nie przeprowadzenia dowodu z przesłuchania J. P. (1) w charakterze strony , mimo , że przeszkoda ku temu miała charakter przemijający , a wiadomości , którymi dysponował były doniosłe dla rozstrzygnięcia sprawy.

- naruszenia prawa materialnego wobec nie uwzględnienia przez Sąd Okręgowy

1/ art. 60 i 65 §1 kc i nieprawidłowego uznania , że dla oceny skuteczności zarzutu potrącenia , którym bronił się pozwany, nie jest wystarczające jego oświadczenie woli zawarte w nocie księgowej przesłanej do M. S. (1) , prowadzące do umorzenia wzajemnych zobowiązań stron,

2/ art. 61 §1 kc , jako następstwa wyrażenia niepoprawnego prawnie wniosku , że oświadczenie o potrąceniu wierzytelności wzajemnej , które zostało zawarte przez skarżącego w odpowiedzi na pozew , złożone wobec pełnomocnika procesowego M. S. (1) nie wywołało skutku wobec reprezentowanego , mimo , że co najmniej w dniu następnym od daty doręczenia odpowiedzi powód mógł się z tym oświadczeniem byłego kontrahenta zapoznać.

Gmina B. , zaskarżając wyrok , w części , która odnosiła się do niej , domagała się oddalenia powództwa M. S. (1) oraz obciążenia go kosztami procesu za obydwie instancje .

Jako wniosek ewentualny sformułowała żądanie uchylecia rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego, w zaskarżonym zakresie i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Apelacja pozwanej została oparta na następujących zarzutach :

- naruszenia prawa procesowego , w sposób doniosły dla rozstrzygnięcia , tj.:

a/ art. 233 §1 kpc , w następstwie przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów polegającego na obdarzeniu wiarygodnością relacji świadków - pracowników powoda , osobiście zainteresowanych pozytywnym rozstrzygnięciem sporu na rzecz M. S. (1), przy równoczesnym odmówieniu tej cechy relacjom świadków - pracowników gminy , co do tego , że strona pozwana nie była świadoma charakteru udziału powoda w procesie inwestycyjnym związanym z przebudową placu targowego. Wada ta miała także polegać , w ocenie skarżącej, na nieuwzględnieniu przez Sąd treści dokumentów , w tym w szczególności umowy jaka wiązała gminę z J. P. (1) , a z której wynikało , że nie może on realizować przedmiotu umowy za pośrednictwem podwykonawców.

b/ art. 299 kpc , jako konsekwencji nie przeprowadzenia dowodu z przesłuchania w charakterze strony pozwanego mimo , że miał on istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia informacje, a na termin wyznaczony dla przeprowadzenia tego dowodu nie stawiał się z przyczyn zdrowotnych .

- błędy w ustaleniach faktycznych mającego polegać na nietrafnym przyjęciu przez Sąd Okręgowy , iż gmina wiedziała o tym , że w ramach realizacji przedmiotu umowy przez pozwanego P. , M. S. (1) ma status jego podwykonawcy.

- naruszenia prawa materialnego, w następstwie niepoprawnego zastosowania przez Sąd I instancji art. 647¹ §2 i 5 kc ,które wyraziło się w przyjęciu solidarnej odpowiedzialności inwestora - gminy - za wypełnienie obowiązku umownego zapłaty za wykonane roboty przez M. S. (1) mimo , że prawidłowo zinterpretowane okoliczności ustalone w sprawie nie dawały dla przypisania tej odpowiedzialności stronie skarżącej , dostatecznej podstawy. Szczególnie , że gmina nie знаła treści umowy zawartej pomiędzy S. i P., a kiedy został on jej udostępniony, wyraziła sprzeciw wobec tego aby prace określone umownie, powód wykonywał jako podwykonawca właściciela Zakładu (...) „

Rozpoznając apelacje pozwanych , Sąd Apelacyjny rozważył :

Środek odwoławczy gminy B. jest w części usprawiedliwiony, jakkolwiek nie z przyczyn , które stanowią zarzuty tworzące jego konstrukcję.

Zgodnie z utrwalonym , akceptowanym przez Sąd Apelacyjny , w składzie rozpoznającym sprawę , stanowiskiem Sądu Najwyższego , wypracowanym na tle wykładni przepisu art. 233 §1 kpc , skuteczne postawienie tego zarzutu wymaga od strony wykazania , w odniesieniu do zindywidualizowanych dowodów , iż sposób postępowania Sądu w zakresie tak samej tej oceny jaki i w konsekwencji w odniesieniu do dokonanych, w oparciu o nią ustaleń faktycznych , które uczynił podstawą wydanego rozstrzygnięcia, był nieprawidłowy.

W szczególności ma dowieść , że wnioski wynikające z tej oceny nie dają się pogodzić czy to z regułami logicznego rozumowania czy też zasadami doświadczenia życiowego albo też opierają się one na nieprawidłowym nadaniu rangi [wagi] poszczególnym dowodom w procesie czynienia ustaleń relewantnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia.

Koniecznym jest także , aby strona formułująca ten zarzut posługiwała się przy tym argumentami jurydycznymi i nie jest wystarczającym by jedynie przeciwstawiła ocenie i ustaleniom dokonany przez Sąd niższej instancji , oceny i ustaleń własnych , jej zdaniem prawidłowych i odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy , opartych na nadaniu innej doniosłości procesowej zgromadzonym w sprawie środkom dowodowym.

Nie można też tracić z pola widzenia tego , że swobodna ocena dowodów jest jednym z podstawowych elementów składających się na jurysdykcyjną kompetencję Sądu , a wobec tego zarzut naruszenia jej zasad musi zostać odparty nawet wówczas, gdy na podstawie zgromadzonego materiału można ,w zakresie ustaleń, wyciągnąć równie usprawiedliwione , przeciwne od dokonanych przez Sąd wnioski na które strona wskazuje. Sąd II instancji w ramach kontroli instancyjnej orzeczenia w takiej sytuacji musi bowiem aprobować sposób ustalenia i same okoliczności wskazane przez Sąd o ile tylko wynikają one z oceny , w ramach której nie zostały naruszone jej kryteria , wskazane w normie art. 233 §1 kpc.

Biorąc pod rozwagę , przedstawione powyżej uwagi natury ogólnej, a za drugiej strony to , jakie argumenty jakie powołała pozwana gmina, by stawiany zarzut uzasadnić , należy uznać ,że jego motywy wyczerpują się właśnie w nierzeczowej polemice zarówno z oceną jak i ustaleniami faktycznymi , które poczynił Sąd Okręgowy.

Oto bowiem, zdaniem skarżącej, Sąd I instancji miał nietrafnie dać wiarę relacjom świadków powołanych przez powoda , których depozycje są niewiarygodne z racji osobistego zainteresowania w pozytywnym dla powoda wyniku procesu , przy równoczesnym , równie nieusprawiedliwionym, odmówieniu tego waloru relacjom świadków skarżącej - pracowników gminy , którzy nie tylko takiego osobistego stosunku do wyniku sporu nie mając , są tym bardziej wiarygodni, skoro mają status pracowników samorządowych , od lat zajmując się prowadzeniem inwestycji.

Stawiając ten zarzut strona pozwana pomija, że Sąd I instancji wskazał przyczyny dla których dokonał takiej właśnie oceny dowodów, która mieści się, wbrew odmiennemu zapatrywaniu gminy, w granicach oceny swobodnej.

Nie bierze także pod rozwagę, że podstawą ustaleń faktycznych ustalonych przez Sąd Okręgowy były nie tylko relacje pracowników M. S. (1)/ k. 270 v -271 akt / ale także kierownika budowy ze strony zamawiającego J. G. D. /k.260 v – 261 akt, który wprost potwierdził, że informował inspektora nadzoru ze strony gminy T. N., pracownika gminy M. P. oraz obecnego wielokrotnie na placu budowy wiceburmistrza T. M. o tym, że M. S. (1) jest podwykonawcą oraz jaki jest zakres powierzonych mu prac. Co więcej, także z relacji powoda / k. 271 akt /, [której wiarygodności pozwana również nie neguje, podważając w ramach omawianego zarzutu tylko relacje świadków - pracowników M. S. (1) - wynika, że wielokrotnie rozmawiał w wiceburmistrzem M. i inspektorem nadzoru, przedstawiając się jako podwykonawca P., a ci wyrażali zadowolenie z jego obecności, licząc, że w ten sposób prace nabiorą tempa i zostaną w terminie zakończone.

Z treści relacji powoda wynikało także, że zabiegał u zamawiającego o formalnie zgłoszenie go wobec inwestora jako podwykonawcy, a ten zapewniał go, iż inwestor jest wiadomy roli jaką na placu budowy ma wykonawca robót ciesielskich i dekarских przy dachu wiaty.

W tych okolicznościach eksponowane w ramach tego zarzutu przez skarżącą to, iż treść umowy pomiędzy nią a J. P. (1) wykluczała możliwość posłużenia się przez niego podwykonawcami jak i że M. S. nie uczestniczył w naradach roboczych związanych z inwestycją [w ramach których, zgodnie z relacją G. D., kwestia udziału podwykonawców w procesie inwestycyjnym była poruszana] nie jest wystarczającą podstawą do uznania, że ocena dowodów przeprowadzona przez Sąd I instancji jest nieprawidłowa.

Nie można także, z przyczyn wyżej wskazanych upatrywać podstawy do uwzględnienia tego zarzutu w tym, że Sąd jednej grupie świadków dał wiarę, a drugiej [zeznających odmienne], tej cechy odmówił. Był bowiem uprawniony do jej sformułowania, a skoro dokonał jej nie naruszając reguł oceny swobodnej należy ją, wbrew stanowisku apelującej zaakceptować, zarzut uznając za chybiony.

Nie ma racji strona pozwana, stawiając zarzut naruszenia art. 299kpc, mającego być zrealizowanym przez to, że Sąd nie przesłuchał J. P. (1) w charakterze strony.

Zawracając uwagę, że dowód z przesłuchania stron ma charakter subsydiarny, trzeba po pierwsze zauważyć, że okoliczności, które, jak wynika z motywów tego zarzutu, miałyby być zdaniem skarżącej za pośrednictwem jego dowodu potwierdzone [niemożność formalnego zgłoszenia S. w charakterze podwykonawcy, wobec wyraźnego zakazu w umowie pomiędzy gmina a P.], w świetle przyjętej przez Sąd I instancji przesłanki odpowiedzialności inwestora wobec powoda [tzw. zgoda czynna w formie dorozumianej], jawi się jako okoliczność nie doniosła dla rozstrzygnięcia.

Wobec nietrafności zarzutu procesowego naruszenia art. 233 §1 kpc, należy uznać za bezzasadny, bezpośrednio z nim związany zarzut błędu w dokonanych ustaleniach faktycznych, skoro jak wynika z jego motywów, miałby on zastać zrealizowany w następstwie przyjęcia, iż skarżący inwestor wiedział o obecności powoda i jego pracowników na placu budowy i jego statusu w ramach procesu inwestycyjnego.

Uznanie, omówionych zarzutów jako niezasadnych ma m. in. tę konsekwencję, że ustalenia poczynione przez Sąd I instancji jako poprawne, Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne.

Wymagają one uzupełnienia, o pewne okoliczności, które wynikają z treści dokumentów i dowodów osobowych, których wiarygodności nie podważała żadna ze stron ale będzie o tym mowa, w ramach oceny środka odwoławczego J. P. (1).

Nietrafny jest również prawno materialny zarzut naruszenia art. 647¹ §2 i 5 kc.

Jak wynika z treści motywów powołanych dla jego uzasadnienia , miałby on zostać zrealizowany przez to , że Sąd I instancji przyjął solidarną odpowiedzialność gminy w zakresie obowiązku zapłaty za wykonane przez M. S. (1) prace mimo , że inwestor nie wiedział o zawarciu umowy , która jest źródłem roszczenia powoda , a jej treść poznał już po zakończeniu robót , wyrażając wówczas sprzeciw wobec jej postanowień.

Z ustaleń poczynionych w sprawie wynika , że rzeczywiście z treści umowy zawartej pomiędzy gminą B. a J. P. (1) na wykonawstwo rozbudowy placu targowego przy ul. (...) w tym mieście wynikało ,że powierzone prace pozwany ma realizować sam, bez udziału podwykonawców.

Wynika z nich także , że mimo zapewnień wobec M. S. (1) jego kontrahent nigdy formalnie nie zgłosił go w tym charakterze inwestorowi, a treść umowy na podstawie której powód wykonywał zadanie wiaty i odeskowanie zaczęła być znana gminie , już po zakończeniu robót , kiedy na jej wezwanie , M. S. (1) przesłał pozwanej jej odpis. Wówczas złożyła wobec jej treści formalny sprzeciw , chociaż było już po tym , kiedy podwykonawca zwrócił się do niej o zaspokojenie roszczenia z tytułu wynagrodzenia , którego nie spełnił wobec niego J. P. (1).

Z ustaleń tych wynika jednak także , że :

a/ prace zrealizowane przez M. S. (1) weszły w skład obiektu budowlanego , który miał wykonać J. P. (1) na podstawie umowy z gminą , będąc elementem świadczenia wykonawcy , do którego był zobowiązany wobec inwestora.

b/ świadczenie to zostało / także w zakresie wykonanym przez powoda/ przyjęte przez gminę , w uznaniu go za kompletne i wykonane niewadliwie,

c/ pomimo wskazanego wyżej zastrzeżenia umownego, przedstawiciele inwestora, w osobach pracowników urzędu , inspektora nadzoru i wiceburmistrza , którzy wielokrotnie przebywali na placu budowy podczas realizacji prac przez powoda , byli informowani tak przez niego , jak i kierownika budowy z ramienia wykonawcy - J. P. o roli jaką ma na nim M. S. (1) , oraz jakie i w jakim zakresie rzeczowym prace wykonuje.

d/ nie tylko nie wyrażali wobec tej sytuacji faktycznej sprzeciwu ale z aprobatą odnosili się do obecności podwykonawcy na placu targowym , licząc , iż w ten sposób dojdzie do zakończenia robót w terminie.

Przy takich ustaleniach faktycznych zasadniczym dla oceny tego zarzutu jest to , czy można stwierdzić , że taki sposób postępowania reprezentantów inwestora może zostać oceniony jako prowadzący do uznania , że w ten sposób gmina wyraziła w sposób czynny, dorozumiany , zgodę na zawarcie umowy podwykonawczej.

Zgodnie z ukształtowanym stanowiskiem orzecznictwa sądowego , na tle wykładni art. 647¹ kc , a w szczególności §2 i 5 tej normy, powszechnie przyjmuje się , że zgoda inwestora może zostać wyrażona nie tylko przed zawarciem umowy podwykonawczej , w trakcie jej realizacji ale także po jej zakończeniu , przybierając formę jej potwierdzenia.

Gdy chodzi o sposób jej wyrażenia przyjmuje się , że może on przybrać dwie formy: bierną [pasywna] i czynną [aktywną] , w ramach której zgoda taka może zostać wyrażona w sposób wyraźny [na piśmie , ustnie] albo też poprzez takie zachowanie reprezentantów inwestora w procesie inwestycyjnym , którego elementem jest taka umowa , które w sposób dostateczny wskazuje na wyrażenie woli aprobaty dla jej zawarcia.

W tym ostatnim przypadku [zgody czynnej , niezależnej od jej formy] , dla powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora za spełnienie świadczenia podwykonawcy z tytułu wynagrodzenia nie jest konieczne aby została mu przedłożona uprzednio sama umowa czy też elementy dokumentacji określającej zakres i sposób realizacji obowiązków umownych przez dochodzącego zapłaty wynagrodzenia nie uiszczonego przez zamawiającego.

/ por. bliżej w tej materii , powołane jedynie dla przykładu judykaty Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2015r , sygn. II CSK 327/14, a także uchwała [7] z 29 kwietnia 2008r , sygn. IIICZP 6/08 , , z dnia 4 lutego 2011r , sygn. III CSK 152/10 i z 27 marca 2013r , sygn. III CSK 298/12 , wszystkie powołane za zbiorem Legalis ./

Powołane wyżej fakty dają dostateczną podstawę do oceny, że sposób zachowania przedstawicieli gminy na miejscu wykonywania prac renowacyjnych placu targowego przy ul. (...) w B., a to: aprobata dla obecności powoda i jego pracowników na placu budowy, prowadzenie rozmów z powodem na temat wykonywanych prac, w sytuacji gdy zarówno kierownik budowy jak i M. S. (1) informowali ich, a w szczególności wiceburmistrza T. M. o tym kim, w procesie inwestycyjnym jest powód, posługiwanie się przy tym przez podwykonawcę pojazdem z nadrukowanym logo firmy, który stał w bezpośredniej bliskości miejsca wykonywania robót, przez cały okres obecności pracowników powoda na placu, jak również wyrażanie przez reprezentantów gminy zadowolenia z postępów robót uzyskanych staraniem właśnie powoda, pozwalają na uznanie, że tym samym pozwana wyrażała czynną, chociaż dorozumianą zgodę, na zawarcie umowy podwykonawczej, która jest podstawą roszczenia powoda

W ten sposób wyrażona zgoda, w trakcie realizacji przez M. S. (1) obowiązków umownych powoduje, że gmina jest odpowiedzialna za spełnienie świadczenia z tytułu wynagrodzenia, nawet mimo tego, że później, już po zakończeniu robót, w sytuacji zgłoszenia wobec niej roszczenia przez podwykonawcę wyraziła formalny sprzeciw wobec treści umowy, której odpis został jej przesłany. Sprzeciw ten był bowiem jedynie wyrazem chęci uniknięcia tej odpowiedzialności, wobec jednoznacznie określonego roszczenia podwykonawcy.

Nie można także nie zwrócić uwagi na pewną niekonsekwencję w zachowaniu strony pozwanej, która stanowczo w toku całego postępowania twierdziła, iż powód nie może skutecznie wobec niej kierować swojego roszczenia równocześnie zdecydowała się nie wypłacać świadczenia umownego, w zakresie sumy dochodzonej pozwem, J. P. (1), składając jego przedmiot do depozytu sądowego.

Mimo nie uwzględnienia zarzutów apelacyjnych powołanych przez gminę, Sąd II instancji ograniczył zakres obciążającego ją świadczenia, jakkolwiek przyczyną tego było uznanie za w części zasadne, zarzutów apelacji pozwanego J. P. (1), co wpłynęło także na zakres odpowiedzialności gminy.

Przechodząc do oceny apelacji drugiego z pozwanych, w pierwszej kolejności należy dokonać uzupełnienia okoliczności faktycznych będących podstawą rozstrzygnięcia:

Uzupełnienie to przedstawia się następująco :

Zgodnie z postanowieniem (...) umowy z dnia 5 listopada 2013r, zawartej pomiędzy J. P. (1) i M. S. (1), zamawiający był uprawniony do naliczenia wobec wykonawcy kary umownej za każdy dzień opóźnienia w zakończeniu robót, w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego.

Zgodnie z(...)umowy, terminem zakończenia robót była data ostatecznego, bezusterkowego, protokolarnego przyjęcia ich przez zamawiającego.

/ dowód umowa z dnia 5 listopada 2013r k. 18-23 akt /

Do protokolarnego odbioru robót zamówionych u M. S. (1) nigdy nie doszło, a prace te, jako element świadczenia J. P. (1), gmina B., jako inwestor, odebrała w dniu 28 stycznia 2014r

/ okoliczność niesporna /

W dniu 30 stycznia 2014r pozwany, w formie podpisanej przez siebie i wysłanej na adres powoda noty księgowej, złożył oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością M. S. (1) z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty, własnej wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej, naliczonej na podstawie wskazanego wyżej postanowienia § (...)/ umowy stron.

W treści tego dokumentu jednoznacznie wskazał nie tylko, okres opóźnienia [pomiędzy 24 grudnia 2013r a 28 stycznia 2014r] – 36 dni i sumę wierzytelności ale także jej tytuł [podstawę], jak również wskazał, że potrącenie jest dokonywane wobec wierzytelności powoda z tytułu wynagrodzenia.

M. S. (1) w trakcie przesłuchania przyznał, iż oświadczenie to otrzymał, wskazując jednak, że wprawdzie opóźnienie w terminowym zakończeniu robót miało miejsce, tym nie mniej było krótsze niż twierdzi pozwany i spowodowane okolicznościami za które odpowiada J. P. (1), który nie dostarczał na czas wymaganych materiałów, bez których roboty nie mogły być kontynuowane.

/ dowód: zeznanie M. S. (1) w charakterze strony k. 271 akt /

Na podstawie wniosku gminy B., świadczenie dochodzone pozwem zostało złożone do depozytu sądowego.

/ dowód : akta Sądu Rejonowego w B., sygn. I Ns 149/ 14 - załączeniu/

Uzupełnienie to jest podstawą do uznania, że trafnym jest pierwszy z zarzutów procesowych, naruszenia art. 233 §1, w ramach którego pozwany zasadnie podważa trafność wniosku Sądu I instancji o tym, iż apelujący nie dowiódł w postępowaniu, iż wobec wierzytelności dochodzonej pozwem wobec niego służy mu wierzytelność wzajemna z tytułu kary umownej, naliczonej na podstawie(...)umowy stron.

Wierzytelność ta została w opisany wyżej sposób wykazana, a kwestionując ją powód nie dowiódł, a nawet nie starał się tego uczynić, poprzestając jedynie na twierdzeniach ją podważających. Nie wykazał w szczególności tego, iż opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z dnia 5 listopada 2013r, zostało spowodowane przyczynami za które nie odpowiada.

Jako niezasadny, wobec braku wpływu na treść rozstrzygnięcia, zważywszy na jego motywy, jest zarzut procesowy naruszenia art. 299 kpc w zw z art. 302 §1 kpc, skoro okoliczności, które miało potwierdzić przesłuchania skarżącego w charakterze strony, zostały stwierdzone na podstawie innych dowodów, a ustalenia te są zgodne z tezami faktycznymi J. P..

Ma rację apelujący, gdy w ramach pierwszego z zarzutów naruszenia prawa materialnego, kwestionuje pogląd prawny Sądu I instancji zgodnie z którym przesyłając M. S. (1) notę księgową z 31 stycznia 2014r nie wyraził w tym samym woli dokonania potrącenia wierzytelności wzajemnych co do koty 22 164, 60 zł.

Przeciwnie, zważywszy na treść tego dokumentu ta wola, dokonania potrącenia i doprowadzenia w ten sposób do materialno prawnego skutku w postaci wygaszenia wzajemnych wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej, została, w sposób nie budzący wątpliwości, przez J. P. (1), w tej formie wyrażona

O trafności tego wniosku przekonuje dodatkowo zachowanie powoda, któremu dał wyraz w swojej relacji składanej podczas przesłuchania, wskazując, że nie kwestionował takiego właśnie charakteru oświadczenia byłego kontrahenta wyrażonego w nocie, uznawał jedynie to oświadczenie za nie wywołujące skutku umorzenia, wobec podawanych przez siebie przyczyn zaistnienia opóźnienia, w dochowaniu terminu zakończenia prac.

Przy takiej ocenie, jako bezprzedmiotowy jawi się kolejny zarzut prawno materialny, w ramach którego pozwany podważa pogląd Sądu Okręgowego co do skuteczności procesowego zarzutu potrącenia. Trzeba bowiem przyjmować, że do skutku potrącenia wynikającego z brzmienia art. 498 §1 i 2 kc w zw z art. 499 kc, doszło wcześniej, jeszcze przed wszczęciem sporu sądowego pomiędzy stronami.

Skutek materialno prawny skutecznego dokonania potrącenia prowadzi do ograniczenia odpowiedzialności za spełnienie świadczenia z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty nie tylko J. P. (1) ale także gminy B., gdy zważyć, że jakkolwiek odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawcy jest jego odpowiedzialnością własną, wynikającą z mocy przepisu prawa ale równocześnie odpowiedzialnością o charakterze gwarancyjnym, której zakres nie może być szerszy aniżeli ten, za który odpowiada nierzetelny zamawiający.

Skoro tak, to zarówno J. P. (1) jak i gmina odpowiadają solidarnie wobec M. S. (1), w zakresie kwoty 80 442 złotych [102 606, 60 zł - 22 164, 60 zł]

Odpowiedzialność ta, w zakresie zapłaty odsetek za opóźnienie jest jednak pomiędzy pozwanymi różna gdyż inwestor nie może odpowiada za opóźnienie zamawiającego , a ewentualnie tylko za opóźnienie własne.

Dlatego też J. P. (1) jest zobowiązany do zapłaty, obok części żądania głównego, odsetek od kwot częściowych składających się na nie i wynikających z faktur , od terminów określonych w tych dokumentach rozliczeniowych.

Z kolei gmina B. odpowiada w zakresie odsetek od dnia następnego po upływie terminu jaki określił jej powód na spełnienie świadczenia , którego dochodził pozwem. Wezwanie to bowiem spowodowało , że bezterminowe dotąd świadczenie zmieniło swój charakter , obligując po myśli art. 455 kc, dłużnika do jego wykonania w czasie określonym przez wierzyciela.

Tą datą w przypadku gminy jest 6 marca 2014r. / wezwanie z daty 24 lutego 2014r wraz z dokumentem nadania przesyłki na adres pozwanej k. 61 i 62 akt /

Z tych przyczyn , w uznaniu , iż obydwie apelacje prowadzą , w oparciu o ich wnioski do zreformowania orzeczenia Sądu Okręgowego , na podstawie art. 386 §1 kpc , Sąd II instancji zmienił to rozstrzygnięcie w sposób wskazany w punkcie 1 orzeczenia, w pozostałych częściach środki odwoławcze pozwanych oddalając , w oparciu o art. 385 kpc.

Rozstrzygając o kosztach postępowania apelacyjnego , Sąd Apelacyjny , stosując art. 100 kpc w zw z art. 108 §1 i 391 §1 kpc , uwzględnił z jednej strony to, w jakim zakresie powód skutecznie się przed środkami odwoławczymi obronił [78 %] i w jakim okazały się one zasadne. [22 %]

Następnie odniósł tę proporcję do kosztów jakie zostały poniesione przez powoda i gminę w postępowaniu apelacyjnym uwzględnivszy , że J. P. koszty takie nie obciążały .

Różnica pomiędzy tak określonymi wielkościami , stanowiła kwotę należną z tego tytułu powodowi.

SSA Sławomir Jamróg SSA Grzegorz Krężolek SSO / del/ Beata Kurdziel