

Sygn. akt VI GC 306/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 listopada 2015r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Beata Hass-Kloc

Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Kościak

po rozpoznaniu w dniu 23 listopada 2015r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: K. K. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa (...) K. K. (1)
w T.

przeciwko: Gmina M. w M.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanej Gminy M. w M. na rzecz powoda K. K. (1) kwotę 102.090,00 zł (słownie: sto dwa tysiące dziewięćdziesiąt złotych) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 05 kwietnia 2014r. do dnia zapłaty z tym zastrzeżeniem, że odpowiada on solidarnie z A. B. (1), której obowiązek zapłaty wynika z nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym z dnia 14 sierpnia 2014r. wydanego przez Sąd Okręgowy w R.VI Wydział Gospodarczy sygn. akt VI GNc 316/14,

II. zasądza od pozwanej Gminy M. w M. na rzecz powoda K. K. (1) kwotę 7.445,00 zł (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści pięć złotych) z tym zastrzeżeniem, że odpowiada on solidarnie z A. B. (1), której obowiązek zapłaty wynika z nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym z dnia 14 sierpnia 2014r. wydanego przez Sąd Okręgowy w R. VI Wydział Gospodarczy sygn. akt VI GNc 316/14 tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt VI GC 306/14

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego z dnia 26 listopada 2015 r.

Pozwem wniesionym w sprawie powód K. K. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa (...) K. K. (2) wniósł o zasądzenie solidarnie na swoją rzecz od pozwanych A. B. (2) prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. (...) A. B. (2) i Gminy M. kwoty 102 090 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanych kosztów postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, iż jako podwykonawca A. B. (2) wykonywał roboty budowlane w zakresie instalacji sanitarnych „Budowa Sali gimnastycznej przy zespole Szkół w C. – roboty wykończeniowe- Etap II” opisanych w umowie, następnie rozszerzonej aneksem o roboty dodatkowe. Inwestorem był drugi z pozwanych.

Powód wystawił po wykonaniu robót fakturę VAT nr (...) z dnia 5 marca 2014 r. na kwotę 102 090 zł obejmującą wynagrodzenie końcowe z umowy oraz za roboty dodatkowe. Wskazał też, że należność z innej faktury, a to za roboty częściowe z tej umowy jest przedmiotem innego postępowania sądowego.

Pomimo wykonania umowy oraz robót dodatkowych oraz wezwania do zapłaty pozwani nie zapłacili wynagrodzenia.

Wskazując na odpowiedzialność drugiego z pozwanych będącego inwestorem powód wskazał na art. 647¹ kc. Wskazał przy tym, iż o wiedzy inwestora wykonaniu robót i należnym wynagrodzeniu świadczy korespondencja z pracownikami gminy odpowiedzialnymi za inwestycje i inspektorem nadzoru. Gminie, która wyraziła zgodę, była znana treść notatki i kosztorys na okoliczność robót dodatkowych. Roboty zostały odebrane przez gminę, w robotach nie stwierdzono usterek, gmina zaakceptowała kosztorys powykonawczy dotyczący robót dodatkowych.

W dniu 14 sierpnia 2014 r. Sąd Okręgowy uwzględnił żądanie pozwu w całości wydając nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, sygn. akt VI GNe 316/14, który uprawomocnił się co do A. B. (2).

We wniesionym skutecznie sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany Gmina M. wniósł o oddalenie powództwa wobec niego w całości i zasądzenie kosztów postępowania od powoda na swoją rzecz.

W uzasadnieniu pozwany zaprzeczył, aby na etapie wykonywania prac, jak też w dacie odbioru robót zgłoszono mu przez powoda lub przez drugiego z pozwanych, iż część prac wykonywana jest przez podwykonawcę. Nie zostały też zachowane procedury zgłoszenia podwykonawcy wskazane w umowie i kodeksie cywilnym. Pozwany podniósł, że zapłacił należność (...) z tytułu wystawionych faktur VAT. Powód zgłosił podwykonawstwo robót dopiero po odbiorze i rozliczeniu prac.

Dalej pozwany wskazał na treść umowy z pozwaną A. B. (2), całość prac (...) miała wykonać osobiście.

Pozwany zarzucił niedoręczenie mu projektu umowy, ani prośby o zgodę na podwykonawstwo. Pozwany zaprzeczył w tej okolicznościach skuteczności przypisania milczeniu znaczenia zgody.

Pozwany zaprzeczył, aby czerpał wystarczającą wiedzę o podwykonawstwie powoda z korespondencji mailowej powoda ze swoimi pracownikami. Informacje te wskazywały na pomocniczą rolę powoda, pozwanemu nie były znane zakres robót, wysokość wynagrodzenia.

Jego zgoda nie była wyrażona w sposób blankietowy, nadto umowa zawarta była na podstawie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, jej zmiana nie była możliwa.

A. B. (2) dopiero po wezwaniu do ustosunkowania się do żądania powoda oświadczyła pozwanemu, iż powód wykonywał prace jako podwykonawca i wskazała koszt prac, przy czym nie zaakceptowała faktury będącej sporną w sprawie.

Na rozprawie w dniu 23 listopada 2015 r. powód podtrzymał twierdzenia i wnioski pozwu i złożył wnioski dowodowe z protokołów odbioru robót wykonywanych przez powoda. Pozwany wniósł jak w sprzeciwie od nakazu zapłaty, zaprzeczył aby w jakikolwiek sposób milcząco czy w sposób dorozumiany wyraził zgodę na podwykonawstwo i zakwestionował jako spóźnione nowe wnioski dowodowe powoda.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 2 września 2013 r. pozwany Gmina M. jako inwestor zawarł z drugim z pozwanych A. B. (2) prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą (...) jako wykonawcą umowę o roboty budowlane w ramach inwestycji „Budowa sali gimnastycznej przy zespole Szkół w C. - roboty wykończeniowe – Etap II”.

W § 15 umowy wskazano, że powierzenie wykonania robót podwykonawcy musi być uzasadnione na piśmie przez wykonawcę i zaakceptowane przez zamawiającego. Po uzyskaniu akceptacji wykonawca miał przedłożyć zamawiającemu umowę z podwykonawcą.

Dowody: oferta przetargowa k. 77-82, z załącznikami k. 83-135, umowa (...) z dnia 2.09.2013 r. z aneksami k. 136-149

W dniu 27 września 2013 r. powód K. K. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa (...) K. K. (2) zawarł z pozwaną A. B. (2) umowę o podwykonawstwo w ramach w/w inwestycji w zakresie wykonania instalacji sanitarnych wymienionych w umowie, a to przyłącza sanitarnego kanalizacji, instalacji wewnętrznej kanalizacji, instalacji wewnętrznej wody zimnej, ciepłej, instalacji gazowej, instalacji c.o., wentylacji mechanicznej. Szczegółowy zakres robót określono w załączniku nr 1 do umowy.

W § 5 ust. 5 umowy strony przewidziały warunki na jakich miały być zlecane ewentualne roboty dodatkowe, nieobjęte zamówieniem podstawowym. W ust. 8 tego paragrafu strony ustaliły, że zamawiający może udzielić wykonawcy zamówienia na roboty określone w pkt 5 wyłącznie na podstawie protokołu konieczności podpisanego przez Inspektora Nadzoru i stosownego wpisu w dzienniku budowy. Wynagrodzenie strony ustaliły na kwotę 95 000 zł. netto.

Aneksem z dnia 25 listopada 2013 r. strony t.j. powód i A. B. (2) zwiększyły w § 1 umowy, zakres robót o roboty dodatkowe, według ustaleń z notatek na naradach budowy z inwestorem, a które miały być rozliczane na podstawie kosztorysu powykonawczego zweryfikowanego i zatwierdzonego przez Inspektora Nadzoru.

dowody: umowa z dnia 27.09.2013 r. k. 9-19, aneks do umowy z dnia 25.11.2013 r. k. 20, pismo z dnia 24.03.2014 r. k. 24, kosztorys – roboty dodatkowe – kosztorys powykonawczy k. 25-26, kosztorys roboty dodatkowe – powykonawczy k. 27-35, słuchany w charakterze strony powodowej na rozprawie w dniu 23.11.2015 r. K. K. (1) k. 281,

Powód wykonywał roboty w ramach w/w inwestycji w okresie od października 2013 r. do stycznia 2014 r. w charakterze podwykonawcy, za wiedzą i zgodą inwestora – pozwanej Gminy M..

Pracownicy powoda pracujący na inwestycji nosili kamizelki z nazwą (...). Prace budowlane nadzorował inspektor nadzoru B. N., który spotykał się na budowie z powodem średnio raz na dwa tygodnie.

Powód uzgadniał zakres prac z przedstawicielami Gminy M. - jej pracownikiem R. P. i inspektorem nadzoru B. N., którzy uczestniczyli w naradach z udziałem powoda dotyczących zakresu prac, jak też wymieniali z nim korespondencję mailową dotyczącą zakresu prac wykonywanych przez powoda.

Powód przesyłał i uzgadniał kosztorys powykonawczy z B. N.. Kosztorys przesyłany też został przez powoda A. B. (2). W oparciu o kosztorys sporządzony przez powoda, pozwana gmina rozliczała się z A. B. (2). Wykonując w/w czynności powód wskazał, że wykonuje je jako samodzielny podmiot gospodarczy, co wynikało także z treści w/w dokumentów, które przesyłał do Gminy i inspektora nadzoru.

dowody: aneks do umowy z dnia 25.11.2013 r. k. 20, kosztorys – roboty dodatkowe – kosztorys powykonawczy k. 25-26, kosztorys roboty dodatkowe – powykonawczy k. 27-35, mail z dnia 20.01.2014 r. z załącznikiem protokół z narady z dnia 28.10.2013 r. k. 39-40, mail z dnia 1.12.2013 r. z załącznikiem k. 45- 46, mail z dnia 29.11.2013 r. z załącznikiem k. 47-48, mail z dnia 25.11.2013 r. , potwierdzenie odbioru maila, k. 49-50, mail z dnia 4.10.2013 r. k. 53, pismo z dnia 2.10.2013 r. k. 54-56, mail z dnia 18.10.2013 r. z potwierdzeniem odbioru k. 57-58, mail z dnia 15.11.2013 r. k. 59, mail z dnia 24.02.2014 k. 60, mail z dnia 27.12.2013 r. z załącznikiem - pismo z dnia 17.12.2013 r. dot. warunków przyłączenia do sieci gazowej k. 41 , 42-44 , mail z dnia 24.03.2014 r. k. 36, potwierdzenia odbioru maila z dnia 24.03.2014 r. k. 37, pismo z dnia 24.03.2014r. k. 38,

słuchany w charakterze strony powodowej na rozprawie w dniu 23.11.2015 r. K. K. (1) k. 281,

W dniach 1.10.2013 r. i 4.11.2013 r. dokonywano odbioru prac wykonywanych przez powoda przez jego podwykonawców. Przy odbiorach tych obecny był inspektor nadzoru B. N..

dowody: kserokopie protokołów odbioru z dnia 1.10.2013 r. i z dnia 4.11.2013 r. k. 269, 270, 271, protokół nr (...) z dnia 23.12.2013 r. , k. 272, umowa nr (...) k. 273, -275, aneks do umowy z dnia 25.11.2013 r. k. 276, umowa nr (...) k. 277 -279, aneks do umowy z dnia 25.11.2013 r. k. 280,

W dniu 31.01.2014 r. przy udziale powoda i pozwanej A. B. (2) odebrano roboty wykonane przez powoda z zakresu instalacji sanitarnych, wewnętrznych wodnokanalizacyjnych, c.o., gazowej kotłowni, wentylacji mechanicznej oraz robót dodatkowych o wartości 25 000 zł. netto i 58 000 zł. netto.

dowody: protokół odbioru z dnia 31.12.014 r. k. 22, zestawienie wartości wykonanych robót k. 23, kosztorys powykonawczy k. 25-26, kosztorys powykonawczy na roboty dodatkowe k. 27-35,

W dniu 25.02.2014 r. dokonano odbioru końcowego robót budowlanych na w/w inwestycji, w tym robót wykonanych przez powoda, będących ich częścią. Inwestor nie zgłosił zastrzeżeń co do jakości prac .

Dowody: protokół odbioru z dnia 25.02.2014 r. k. 150-151,

W dniu 5 marca 2014 r. powód wystawił pozwanej A. B. (2) fakturę VAT nr (...) na kwotę 102 090 zł. brutto, w tym na kwotę 30 750 zł. brutto, 25 000 zł. netto pozostałego do zapłaty wynagrodzenia za roboty podstawowe z umowy głównej oraz na kwotę 71 340 zł. brutto , 58 000 zł. netto tytułem wykonanych robót dodatkowych z terminem zapłaty na 4 kwietnia 2014 r.

dowody: faktura VAT nr (...) z dnia 5.03.2014 r. k. 21,

Powód wobec braku zapłaty od A. B. (2) wezwał pozwaną Gminę M. do zapłaty wynagrodzenia objętego w/w fakturą VAT nr (...) z dnia 5.03.2014 jako inwestora solidarnie odpowiedzialnego z wykonawcą. Wezwana do wyjaśnień przez Gminę A. B. (2) oświadczyła, że nie informowała Gminy M. o podwykonawcy oraz nie występowała o jego zatwierdzenie jak też, że kwestionuje wynagrodzenie objęte fakturą VAT nr (...), jak też nie podpisywała aneksu z dnia 21.02.2014 wskazanego na fakturze.

Gmina M. zapłaciła wynagrodzenie objęte fakturą VAT (...) wystawioną przez generalnego wykonawcę z tytułu wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane z dnia 2.09.2013 r. A. B. (2), częściowo na zajęcia komornicze.

dowody: pismo z dnia 11.04.2014 r. k. 51-52, pismo z dnia 15.04.2014 r. k. 152, notatka służbowa z dnia 17.04.2014 r. k. 153-154, faktura VAT (...) z adnotacją o wypłacie k. 156- 156 v. ,

słuchany w charakterze strony powodowej na rozprawie w dniu 23.11.2015 r. K. K. (1) k. 281,

Sąd Okręgowy ustalił stan faktyczny w oparciu o powołane dowody z dokumentów, które nie budziły wątpliwości Sądu co do swej autentyczności i wiarygodności, nie były też w tym zakresie kwestionowane przez strony postępowania, a które wzajemnie się potwierdzają. Sąd dał także wiarę dowodom z korespondencji mailowej oraz kserokopii protokołów i umów przedłożonych na rozprawie przez powoda, jako że ich treść nie była kwestionowana w sprawie przez drugą stronę, jak też dowody te nie budziły wątpliwości Sądu co do swej wiarygodności. Sąd dał wiarę dowodowi z oświadczenia A. B. (2) mając na uwadze, iż dowód z dokumentu prywatnego stanowi przede wszystkim dowód tego, iż osoba która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie /art. 245 kpc/.

Sąd w całości dał wiarę dowodowi z przesłuchania strony powodowej K. K. (1) jako konsekwentnym i logicznym oraz znajdującym oparcie w pozostałym materiale dowodowym w postaci w/w dowodów. Zeznania te w zestawieniu z pozostałym materiałem dowodowym w tym z dokumentów z umów, protokołów odbioru, protokołów z narady i korespondencji mailowej dawały pełny obraz sytuacji w zakresie przebiegu zdarzeń odnośnie zakresu robót zleconych

powodowi, tak podstawowych wynikających z umowy zawartej z pozwaną A. B. (2), jak i dodatkowych, udziału pozwanej gminy w ich ustalaniu jak i ustalaniu ich wartości.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Powód dochodzi zapłaty wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane jako podwykonawca pierwszego z pozwanych generalnego wykonawcy A. B. (2), wobec której nakaz zapłaty wydany w przedmiotowej sprawie uprawomocnił się.

Odnosnie drugiego z pozwanych Gminy M. należało przyjąć jego odpowiedzialność solidarną /art. 366 kc/.

Sytuacja prawna powoda jako podwykonawcy wyraża się w istnieniu dwóch stosunków prawnych, łączących go zarówno z wykonawcą, jak i inwestorem.

Stosownie do art. 647¹ § 1 kpc w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 kc, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców.

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

§ 4. Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

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

§ 6. Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne.

Przepis art. 647¹ § 5 kc statuuje ustawową bierną solidarność o charakterze gwarancyjnym w postaci odpowiedzialności ex lege za cudzy dług, co jest odstępstwem od zasady prawa obligacyjnego, zgodnie z którą skuteczność zobowiązań umownych ogranicza się do stron zawartego kontraktu /IV CSK 293/10 wyrok SN 2011-02-17 LEX nr 1111016/.

Ma na celu ochronę podwykonawców, którzy uzyskali zgodę inwestora na zawarcie umowy o podwykonawstwo. Warunkiem solidarnej odpowiedzialności inwestora jest wyrażenie przez niego zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą (art. 647¹ § 2 kc).

Do zgody wymaganej przez art. 647¹ § 2 i 3 kc nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 kc); niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. /uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008/11/121, OSP 2009/9/90, OSP 2009/6/67, Biul.SN 2008/4/8, M.Prawn. 2008/22/1210 /.

W przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy miał na uwadze, że generalny wykonawca A. B. (2) i inwestor Gmina M. zastrzegli w umowie dla skuteczności udzielenia zgody inwestora procedurę przewidzianą w § 15 umowy. Pisemna prośba wykonawcy miała zostać zaakceptowana przez inwestora. Zakładając nawet daleko idący wniosek, a to że akceptacja ta też miała mieć formę pisemną, to należy pamiętać, że była to procedura przewidziana przez inwestora i generalnego wykonawcę i jako taka pozostawała bez znaczenia dla odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy. Sąd miał na uwadze, że stosownie do art. 76 kc jeżeli strony zastrzegli w umowie, że określona czynność prawna między nimi powinna być dokonana w szczególnej formie, czynność ta dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu zastrzeżonej formy. Forma zastrzeżona w umowie zawartej pomiędzy inwestorem a wykonawcą, nie

wywołuje skutku w zakresie co do dalszego wykonawcy już z tego względu, że nie jest to zastrzeżenie dokonane przez ten ostatni podmiot.

Oczywistym jest, że podwykonawca winien zdawać sobie sprawę, że jego umowa z wykonawcą musi być poparta zgodą inwestora. W przeciwnym razie podwykonawca poniesie konsekwencje braku takiej zgody. Przesłanki odpowiedzialności inwestora w stosunku do powoda reguluje jednak przepis art. 647¹ kc, także w zakresie co do procedury udzielania zgody, w której forma pisemna przewidziana jest wyłącznie dla sprzeciwu ewentualnie zastrzeżeń.

Powodowi wiadomym było zaś, że zawiera umowę za zgodą inwestora. Brak zaś danych, usprawiedliwiających przyjęcie, że znane było mu zastrzeżenie co do procedury w umowie „głównej”, stąd nie można go obarczać negatywnymi skutkami jej niezachowania.

Przypomnieć przy tym należy, że przepis art. 647¹ § 1 - 5 kc ma charakter *ius cogens* ze względu na art. 647¹ § 6 kc. W zakresie regulacji przepisu art. 647¹ kc stronom nie służy zatem możliwość wprowadzania zmian. Postanowienia te byłyby bowiem nieważne /art. 58 kc/.

Sąd Okręgowy zgadza się też z tezą, że świadome działanie inwestora, który pomimo wprowadzenia ograniczeń podzlecania prac w umowie z wykonawcą akceptuje fakt realizacji części inwestycji przez podwykonawcę oznacza, że zamawiający nie może powoływać się na te ograniczenia w sporze z podwykonawcą zwłaszcza, gdy podwykonawca wykonał całość powierzonych mu prac /wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z 2014-12-23, I ACa 1257/14 /.

W przedmiotowej sprawie pozwana Gmina M. jako inwestor wyraził zgodę w sposób czynny.

Przy czym wiedza pozwanego i zgoda na zawarcie tej umowy, nie sprowadzała się tylko do świadomości, że jakaś część robót wykonywana jest przez dalszego podwykonawcę. Pozwany był zapoznany z zakresem tych robót. Jego przedstawiciele, pracownik, którego umocowania do reprezentacji gminy w sprawach dotyczących inwestycji nie było kwestionowane przez stronę pozwaną R. P. i inspektor nadzoru B. N. brali czynny udział w uzgadnianiu ich zakresu. Pozwany nie tylko zatem wyraził zgodę na zawarcie umowy o podwykonawstwo, co aktywnie współdziałał w ustalaniu jej zakresu jak też zakresu prac dodatkowych. Treść aneksu z dnia 25.11.2013 r. w świetle doświadczenia życiowego także potwierdzała fakt ścisłej współpracy pozwanej gminy tak z wykonawcą jak i podwykonawcą, jako że w przeciwnym razie strony umowy o podwykonawstwo nie odwoływałyby się co do zakresu robót i wynagrodzenia za nie do ustaleń z notatek na naradach budowy i kosztorysu powykonawczego zatwierdzonego przez inspektora. Przypomnieć należy, że w naradach brał udział przedstawiciel pozwanej gminy R. P.. Co jest istotnym w sprawie, pozwany uczestniczył też w ustalaniu i zatwierdzaniu kosztorysu i tym samym wynagrodzenia za wykonane w ramach tej prace. Kosztorys powykonawczy sporządzony przez powoda został przesłany zgodnie z ustaleniami inspektorowi nadzoru. W sprawie brak okoliczności uzasadniających tezę, że został on w jakimkolwiek zakresie zakwestionowany przez gminę. Natomiast z zeznań powoda wynikało, że w oparciu o sporządzone przez niego kosztorysy gmina rozliczała się z wykonawcą generalnym.

Nadmienić też należy w świetle okoliczności, że ostateczna wysokość wynagrodzenia miała być znana pozwanemu po uzgodnieniu kosztorysu powykonawczego, iż brak podstaw przy zgodzie czynnej do wymagania, aby zgoda ta musiała być wyrażona uprzednio, tj. przed wykonaniem tej umowy przez podwykonawcę /wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2015-06-18/.

Tym działaniem pozwany zindywidualizował swoją zgodę podmiotowo i przedmiotowo tak co do zakresu robót jak i wynagrodzenia.

Nie polegały na prawdzie twierdzenia pozwanego, że ten dowiedział się o zawarciu spornej umowy dopiero z wezwania do zapłaty, ale miał wiedzę już na etapie jej zawierania i wykonywania, co Sąd ustalił w postępowaniu

dowodowym. Powyższe potwierdza bowiem materiał dowodowy w postaci korespondencji e-mail, protokołów ze spotkania, protokołów z odbioru, których treści pozwany nie kwestionował. Nie znajduje usprawiedliwienia w świetle doświadczenia życiowego i powyższych dowodów, teza podnoszona przez pozwanego, który przyznał otrzymywanie informacji od powoda, że świadczyć to mogło wyłącznie o „pomocy” powoda głównemu wykonawcy, nie zaś o jego podwykonawstwie.

Sąd Okręgowy zgadza się z tezą, że akceptacja ze strony inwestora obecności konkretnego podmiotu na budowie i wykonywanie przez niego prac nie może być potraktowana inaczej jak wyrażenie zgody na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą /wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z 2014-12-05/.

Pozwany wiedział zatem o istotnych postanowieniach umowy podwykonawczej pomimo, iż nie został mu przedstawiony jej tekst czy projekt, co nie jest zresztą wymagane przy ustaleniu tzw. zgody czynnej. Wymagania przedłożenia umowy wraz z właściwą dokumentacją techniczną dotyczą jedynie wypadku przypisania fikcji prawnej zgody milczącej i nie mogą być rozszerzane na wypadki, w których zgoda jest wyrażona w sposób czynny. Okoliczność natomiast, iż wykonawca nie zgłosił „formalnie” podwykonawcy i nie przedłożył tej umowy czy jej projektu i dokumentacji technicznej inwestorowi, nie ma w sprawie znaczenia, wobec wykazania przez powoda zgody czynnej pozwanej Gminy. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor wyraża zgodę w sposób czynny, to wie, co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny, a w szczególności ten zobowiązujący do przedstawienia dokumentacji. Nieistotne jest źródło wiedzy, natomiast niezbędne jest, aby umowa została zindywidualizowana podmiotowo i przedmiotowo /wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie - I Wydział Cywilny z 2014-05-29, I ACa 161/14/, szczególnie, że w wyżej wymienionych okolicznościach niniejszej sprawy pozwany miał instrumenty zagwarantowane w umowie z pozwaną A. B. (2), które pozwalały mu na wyrażenie konkretnego oświadczenia o braku zgody na udział powoda jako podwykonawcy. Mimo tego, że jego przedstawiciele wiedzieli, że ten zakres prac wykonuje podwykonawca czynnie z nim współpracowali, akceptując niniejsze, mimo wiedzy o w/w wymaganiach, co do zgłoszenia podwykonawców.

Bez znaczenia dla odpowiedzialności z art. 647^[1] § 5 kc inwestora pozostaje fakt zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy generalnego /uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2006-06-28, III CZP 36/06/.

Podsumowując, solidarną odpowiedzialność pozwanego wykreowała jego wiedza co do przedmiotu prac, jakie ma wykonać podwykonawca, przysługującym mu wynagrodzeniu i dorozumiana akceptacja zawarcia przez A. B. (2) umowy o podwykonawstwo z powodem.

Sąd oddalił wnioski dowodowe powoda z zeznań świadków zawnioskowanych na rozprawie w dniu 23 listopada 2015 r. jako spóźnionych w myśl art. 207 § 6 kpc, wobec zawnioskowania ich dopiero na rozprawie i braku przesłanek wymienionych w powołanym przepisie, usprawiedliwiających ich zgłoszenie na tym etapie, ich przeprowadzenie zaś niewątpliwie powodowałoby zwłokę w rozpoznaniu sprawy.

Sąd ograniczył dowód z przesłuchania stron w oparciu o art. 302 § 1 kpc, wobec wyjaśnień pełnomocnika pozwanej gminy, co do zmiany osoby wójta, i oświadczenia, iż obecny nie posiada istotnych informacji w sprawie.

Sąd oddalił wnioski dowodowe pozwanego zgłoszone na rozprawie z akt sprawy sygn. akt VI GNc 172/14, na okoliczność, iż tamtej sprawie powód nie pozywał gminy o zapłatę części wynagrodzenia jako odpowiedzialnej solidarnie z A. B. (2), jako nie mających znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy, na podstawie art. 227 kpc. Sprawa ta dotyczyła zapłaty innej części wynagrodzenia z umowy o podwykonawstwo. Powód w oparciu o art. 647¹ kc zaś nie miał obowiązku wskazywania jako podmiotu odpowiedzialnego solidarnie, obok pozwanej w przedmiotowej sprawie A. B. (2), Gminy M..

Ostatecznie Sąd uwzględnił żądanie pozwu co do pozwanej Gminy M. w całości uznając jej odpowiedzialność solidarną z pozwaną A. B. (2), której obowiązek zapłaty wynika z nakazu zapłaty z dnia 14 sierpnia 2014 r. VI GNc 316/14 na podstawie art. 647¹ kc i orzekł jak w pkt I wyroku. W przedmiocie odsetek ustawowych Sąd orzekł na podstawie art. 481 kc.

W przedmiocie kosztów postępowania, na które po stronie powoda złożyła się opłata od pozwu , koszt zastępstwa procesowego 3600 zł. /§ 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu /DZ.U.2013.461/ oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa 17 zł. na podstawie art. 98 kpc i art. 105 § 2 kpc.