

*Sygn. akt VI Ga 187/17*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 12 października 2017 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

**Przewodniczący: SSO Renata Bober**

**Sędziowie: SO Anna Walus-Rzqsa**

**SO Marta Zalewska(spr.)**

**Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Kościak**

po rozpoznaniu w dniu 12 października 2017 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Sp. z o.o. w R.

przeciwko: Agencja (...) S.A. w M.

przy udziale interwenienta ubocznego (...) Sp. z o.o. w R.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Rejonowego w R. V Wydziału Gospodarczego z dnia 3 czerwca 2016 r., sygn. akt V GC 1216/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

I. oddala powództwo,

II. zasądza od powoda (...) Sp. z o.o. w R. na rzecz pozwanego Agencji (...) S.A. w M. koszty procesu pozostawiając ich wyliczenie referendarzowi sądowemu

2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 2.400,00 zł (słownie: dwa tysiące czterysta złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym,

3. oddala wniosek interwenienta ubocznego o zasądzenie kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI Ga 187/17

UZASADNIENIE wyroku z dnia 12.10. 2017 roku

Powód (...) sp. z o.o. w R. wniósł o zasądzenie od pozwanej Agencji (...) S.A. w M. kwoty 35 000 zł z ustawowymi odsetkami o dnia 30 października 2012 r. z tytułu zapłaty za wykonane instalacje w związku z solidarną odpowiedzialnością inwestora , którym w przedmiotowym procesie był pozwany na podst. .art. 647<sup>1</sup> §5 kc.

Nakazem zapłaty z 23 .07.2014 r. Sąd Rejonowy Sad Gospodarczy w Rzeszowie zasądził należność powoda w całości.

W sprzeciwie od nakazu pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości. Pozwany zarzucił, iż nie ponosi solidarnej odpowiedzialności z art. 647 ze zn.1 par 2 i 5 kc, z uwagi na brak legitymacji biernej w stosunku do pozwanego: pozwany nie wiedział, by powód był podwykonawcą robót w przedmiotowej inwestycji i nigdy nie wyrażał zgody na zawarcie przez wykonawcę umów z innymi podwykonawcami. Powód dopiero po zakończeniu prac zleconych przez (...) poinformował o fakcie, że był podwykonawcą. Pozwany pismem z dnia 13.11.2012 r. odmówił powodowi zapłaty i poinformował, że nigdy nie wyraził zgody na podwykonawstwo powoda. Wezwanie do zapłaty i zawiadomienie o podwykonawstwie nastąpiło dopiero w listopadzie 2012 roku, a więc długo po zakończeniu prac przez powoda.

Sąd Rejonowy ustalił, że w dniu 1 marca 2012 r. pomiędzy powodem (...) Sp. z o.o. w R. a pozwanym (...) Sp. z o.o. w R. została zawarta umowa podwykonawcza dla inwestycji – projektu: P. i modernizacja budynku byłej szkoły zawodowej ... Generalnym wykonawcą przedmiotowej inwestycji był pozwany Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne (...) S.A. w R. na podstawie umowy z dnia 27 lipca 2010 r.

Na podstawie umowy z dnia 1 marca 2012 r. powód zobowiązał się do wykonania robót budowlanych podwykonawczych klimatyzacji. W dniu 18 kwietnia 2012 r. dokonano odbioru częściowo wykonanych przez powoda prac. Z tytułu wykonanych prac powód wystawił fakturę częściową na kwotę 275.000 zł netto, którą pozwany, pomyłka sądu: (...) zapłacił. Powód zakończył prace techniczne w dniu 28 czerwca 2012 r., co zostało stwierdzone protokołem technicznego odbioru w dniu 28 września 2012 r., w ramach sporządzonego i podpisanego bez zastrzeżeń protokołu końcowego odbioru wykonanych robót. Z tytułu wykonanych robót powód wystawił fakturę końcową, na kwotę 85.000 zł netto, z terminem płatności do dnia 28 października 2012 r. Od początku przystąpienia przez powoda do wykonania prac powód kontaktował się z kierownikiem budowy z ramienia wykonawcy (...) S.A. w R. oraz Inspektorem Nadzoru (...) z ramienia inwestora Agencja (...) S. A. w M..

Pismem z dnia 25 czerwca 2012 r. powód zawiadomił wykonawcę (...) Sp. z o.o. w R. o fakcie, że jest podwykonawcą (...) Sp. z o.o. w R. w zakresie instalacji klimatyzacyjnej oraz o braku zapłaty należności za częściowo odebrane prace. Ponadto powód kontaktował się z inwestorem, wskazując na brak pełnej płatności ze strony zarówno wykonawcy, jak i podwykonawcy za wykonane na terenie inwestycji prace bieżące oraz odebrane w dniu 18 kwietnia 2012 r. Podobne pismo powód wysłał w październiku 2012 r. do inwestora (...) S.A. w M. oraz inwestora (...) S.A. w R., informując o fakcie, że był dalszym podwykonawcą przedmiotowej inwestycji. Powód przesłał inwestorowi i wykonawcy umowę podwykonawczą łączącą go z pozwanym (...) Sp. z o.o. w R. wraz z załącznikami i całością dokumentacji obejmującej protokoły odbioru, faktury oraz protokoły przeszkolenia pracowników. Ponadto w październiku 2012 r. powód informował inwestora o braku zapłaty należności za wykonane roboty. Część należności pozwany zapłacił w oparciu o prawomocny wyrok SR Sądu Gospodarczego w R. z dnia 30.10.2013 roku. Powód dochodzi reszty należności.

Dokonując oceny prawnej w/w stanu faktycznego sąd przyjął, iż umowa pomiędzy powodem, jako podwykonawcą, a pozwanym (...) Sp. z o.o. w R. miała charakter umowy o roboty budowlane. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora. Zgoda ta może zostać udzielona przez inwestora w sposób bierny (milczący), co reguluje art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 k.c., lub czynny - w tym wypadku zgodnie z regułą wynikającą z art. 60 k.c. Wola inwestora może zostać wyrażona przez każde zachowanie, który ujawnia ją w sposób dostateczny, w tym również w sposób dorozumiany. W tej drugiej sytuacji nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi ani umowy z podwykonawcą, czy też jej projektu, ani odpowiedniej części dokumentacji. Inwestor nie musi znać treści całej umowy (jej projektu), wystarczająca jest bowiem znajomość tych elementów, które konkretyzują daną umowę i decydują o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wynagrodzenie podwykonawcy. Elementami tymi są przede wszystkim zakres prac powierzonych zindywidualizowanemu podmiotowo podwykonawcy oraz jego wynagrodzenie, w szczególności sposób jego ustalenia, czy też dochodzenia. Podkreślił, że chodzi o stworzenie inwestorowi możliwości zapoznania się z ww. istotnymi postanowieniami umownymi, przy czym może to nastąpić zarówno przed zawarciem umowy, jak i po zawarciu takiej umowy. Zgoda może być wyrażona w każdy sposób, np. tolerowanie podwykonawcy na budowie, brak sprzeciwu ze strony inwestora, który mógł zapoznać się z dokumentacją, mógł uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zwłaszcza przed

zawarciem umowy, jak i później (tak też Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 9 sierpnia 2012 r., I ACa 134/12, wyrok SN z dnia 4.02.2011 r., III CSK 152/10, LEX nr 1102865).

Zdaniem sądu pozwany wiedział, że w procesie tym działa powód, jako podwykonawca. Wynika to z zeznań świadka K. Ś. (1) (k. 680b -684) który zeznał, iż jako kierownik robót z ramienia (...) S.A. podejmował decyzje dotyczące prac w porozumieniu z powodem i również inspektorem nadzoru z ramienia pozwanego M. M. (1). Świadek ten zeznał, że powód był podwykonawcą firmy (...) jak również, że pracownicy (...) pozwanego w osobach O. i A. A. (1) byli raz w tygodniu na budowie i (...) na bieżąco był informowany o poszczególnych etapach prac oraz oświadczył, iż poinformował (...) o wejściu na budowę podwykonawcy- powoda. Świadek ten zeznał również, że powód i pracownicy (...) szkolili pracowników (...) w zakresie działania klimatyzacji, a szkolenie było obowiązkiem wykonawcy z chwilą zakończenia prac przed odbiorem obiektu. Świadek ten zeznał, że firma powoda była podwykonawcą (...), działała pod jego szyldem, przy czym zeznał, że to stwierdzenie oznaczało wyrażenie potoczne. Świadek M. zeznał, iż powód wykonywał prace, świadek K. Ś. (k.683) zeznał, iż ten wykonawca-powód nie był wpisany w protokole końcowym, bo nie było takiego obowiązku, ale brał udział w odbiorach częściowym i końcowym, odbiory częściowe podpisywał. Świadek J. L. (1) (k. 678) zeznał, iż powód wszedł na budowę zgodnie z harmonogramem wejścia, co wynika z umowy zawartej między (...) i powodem, świadek fizycznie wprowadzał powoda na budowę i pokazał zakres robót, świadek powiadomił generalnego wykonawcę poprzez K. Ś. i inwestora poprzez M. M. telefonicznie o podwykonawcy, świadek T. O. (1) (k. 679-680), pracownik powoda zeznał, iż na budowie były banery firmy powoda i samochód z nazwą firmy, świadek ten zeznał również, że J. L. wprowadzał pracowników powoda na budowę i uzgadniał sprawy techniczne. W świetle materiału dowodowego, a w szczególności zeznań wyżej opisanych świadków J. L., T. O., M. M., K. Ś. trudno uznać, że pozwany nie wiedział o podwykonawcy. Świadczyli zeznawali, że fizyczne w dokumentacji nie było ujętych podwykonawców, ale faktycznie byli i prace wykonywali, zostały bez zastrzeżeń odebrane, w trakcie ich wykonywania inwestor nie zgłaszał zastrzeżeń, byli tolerowani na budowie. Sąd nie uznał za wiarygodnych zeznań świadków Z. K. (1) i I. D. (1), prezesów zarządu u pozwanego w czasie trwania inwestycji i wykonywania prac przez powoda, którzy zeznali, iż pozwany nie miał wiedzy o podwykonawcy- powodzie w świetle zeznań innych w/w powołanych świadków. Na wniosek powoda został wydany list referencyjny (k. 881) potwierdzający fakt, iż powód był podwykonawcą. Za uzasadnione Sąd uznał stanowisko pozwanego, że zgodnie z orzecznictwem istotny jest fakt, kiedy zawiadomiono inwestora o podwykonawcy, ponieważ inwestor tylko wtedy może wyrazić swoją wolę co do udziału podwykonawcy, jeżeli wie o tym w trakcie wykonywania prac, przy czym materiał dowodowy w całości uzasadnia roszczenie powoda, z uwagi na fakt, iż pozwany wcześniej wiedział o podwykonawcach, wyraził zgodę dorozumianą poprzez tolerowanie podwykonawcy – powoda na budowie, zanim otrzymał pismo z 3 listopada 2012 roku o podwykonawcy. Trudno uznać twierdzenie pozwanego za wiarygodne, że wszystko na inwestycji było robione tak, by inwestor nie wiedział o podwykonawcach, pozwany jest profesjonalistą, a w świetle materiału dowodowego trudno uznać, by wiedzy nie posiadał i nie mógł zgłosić sprzeciwu w trakcie prac.

Na tej podstawie Sąd Rejonowy w R.V Wydział Gospodarczy w dniu 3.06.2016r. wydał wyrok, którym uwzględnił powództwo w całości i zasądził koszty procesu na rzecz powoda.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył pozwany. Zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- art. 647<sup>1</sup> § 2 kc w zw. z art. 60 kc poprzez błędna wykładnię i nieprawidłowe zastosowanie tych przepisów, zarzucając iż zgoda inwestora może zostać wyrażona najpóźniej w toku wykonywania umowy przez podwykonawcę, zaś sam błędnie przyjął taką zgodę po zakończeniu umowy, a ponadto błędnie przyjął iż pozwany wyraził zgodę na powoda jako podwykonawcę w sposób dorozumiany.

- art. 328 § 2 kpc poprzez błędy w sporządzonym uzasadnieniu w oznaczeniu stron oraz spółki (...) jak również skopiowanie znacznej części uzasadnienia w sprawie V GC 264/13, podczas gdy materiał dowodowy i stan faktyczny obu spraw jest zupełnie inny, niewyjaśnienie przyczyn odmowy wiarygodności świadków Z. K. oraz I. D. oraz sprzeczności w zeznaniach świadka K. Ś. (1), pominięcia przez Sąd wpisów do dziennika budowy, jak również przepisów prawa budowlanego oraz nieodniesienie się do szeregu dokumentów stanowiących dowody w sprawie

- art. 160 § 2 kpc poprzez nierozpoznanie wniosku pozwanego o sprostowanie protokołu rozprawy z dnia 3.06.2015r.

- sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, iż to pozwany zapłacił na rzecz powoda tytułem części wynagrodzenia za wykonane prace oraz iż powód informował pozwanego o zakończeniu prac pismem z dnia 4.07.2012r., gdy tymczasem była to spółka (...) oraz błędnym uznaniu przez Sąd, iż pozwany miał wiedzę o powodzie jako podwykonawcy w trakcie trwania inwestycji, co Sąd błędnie ustalił na podstawie listu referencyjnego z dnia 24.04.2014r., gdy tymczasem z zeznań świadków wynika, iż pozwany dowiedział się o powodzie jako podwykonawcy po odbiorze końcowym prac w dniu 28.09.2012r.

Na tej podstawie wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o oddalenie apelacji w całości i o zasądzenie kosztów procesu za II instancję na swoją rzecz.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Apelacja okazała się zasadna. W szczególności sąd II instancji w zupełności podzielił argumentację apelującego w zakresie błędnej oceny wiarygodności zeznań świadków i nieprawidłowo poczynionych na tej podstawie ustaleniach faktycznych przez sąd I instancji. Z zeznań żadnego świadka nie wynika bowiem, iż który konkretnie przedstawiciel pozwanego wiedział o powodzie jako podwykonawcy przedmiotowej inwestycji. Ustalenia faktyczne sądu Rejonowego w zakresie takiej wiedzy inspektora nadzoru w osobie M. M. (1) stanowią przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i w istocie naruszają przepis art. 231 kpc stanowiący o prawie ustalenia faktów na podstawie tzw. domniemania faktycznego. Inspektor nadzoru bowiem zeznał w sposób logiczny i jednoznaczny, iż prowadząc rozmowy z panem P. nie miał świadomości, iż był to podwykonawca na tej budowie, nie wiedział, że jest to Prezes tej spółki, a poszczególne osoby do zakresu robót dot. klimatyzacji kierował do prac kierownik budowy z ramienia firmy (...); cyt.: „Nie uzgadniałem z powodem żadnych spraw na budowie, uzgadniałem z P. P.”. Inspektor nadzoru wiedział natomiast, iż zgodnie z umową główną żadna inna firma poza konsorcjum nie mogła realizować inwestycji. Nie może zatem być mowy o świadomym wyrażeniu zgody w myśl art. 647<sup>1</sup> §2 kc. Czym innym jest wiedza o osobie fizycznie wykonującej prace, czy innym jest wiedza o podwykonawcy jako podmiocie wykonującym te prace zgodnie z umową podwykonawczą. Zeznania w/w świadka korespondują z zeznaniami innych świadków, iż powód (...) sp. z o.o. w R. występował na budowie pod szyldem swojego zleceniodawcy (...), co naprowadził apelujący w uzasadnieniu apelacji, przy czym niezrozumiałym dla sądu II instancji jest stwierdzenie, że było to wyrażenie potoczne. Brak w tym zakresie wyjaśnień świadka, co przez to rozumiał, co nie może obciążać pozwanego i nie pozwala postawić tezy o wiedzy inwestora o podwykonawcy. Odnosząc się do treści zeznań św. K. Ś., na podstawie których sąd I instancji w głównej mierze poczynił ustalenia faktyczne, wynika z nich jedynie domniemanie faktyczne, że skoro przedstawiciela inwestora P. O. i A. uczestniczyli w naradach, to wiedzieli o powodzie, skoro uczestniczył w nich P. P.. Nie potwierdzili tej wiedzy w/w świadkowie, a brak dowodu, by protokoły takie podpisywał powód. W dalszej części natomiast świadek zeznał, iż nie wie, czy i kto przekazał inwestorowi informację o podwykonawcy. Sąd Rejonowy uzasadniając swój wyrok właściwie nie poczynił stanowczych i jednoznacznych ustaleń odnośnie tej wiedzy, ograniczając swoją konkluzję w rozważaniach prawnych, iż cyt. „w świetle materiału dowodowego trudno uznać, że pozwany nie wiedział o podwykonawcy, a zgodę dorozumianą poprzez tolerowanie podwykonawcy wyraził zanim otrzymał pismo z dnia 3.11.2012r”. Powyższe nie wynika z niczyich zeznań ani dokumentów. Gruntowna analiza zeznań poszczególnych świadków wskazuje fakt przeciwny, tj. iż nikt z uczestników procesu inwestycyjnego nie informował pozwanego o udziale (...) sp. z o.o. w R. w tej budowie, a wiedzę o podwykonawcy posiadał najwyżej generalny wykonawca, konsorcjant (...) S.A. Brak informacji na temat podwykonawcy koresponduje i układa się w logiczną całość z treścią umowy inwestorskiej, w której strony tj. inwestor oraz B.- generalny wykonawca ustaliły, iż tenże inwestycję wykona własnymi siłami bez posługiwania się podwykonawcami. Podobnie koresponduje z tym umowny zakaz informowania inwestora w umowie powoda z (...). Tym samym strony umowy głównej wyczerpały dyspozycję art. 647<sup>1</sup> § 1 kc,

co nakazywało sądowi meriti z dużą ostrożnością doszukiwać się po stronie inwestora tzw. dorozumianej zgody czynnej na etapie wykonawstwa prac, jakkolwiek tę zgodę interpretować. Nie zasługują na wiarę zeznania św. J. L., iż powiadomił telefonicznie inspektora nadzoru inwestora o wprowadzeniu powoda jako podwykonawcy. Nie dość że nie potwierdził tego adresat, to fakt ten o wiedzy o firmie podwykonawcy nie potwierdził sam powód w osobie Prezesa zarządu. Ta wiedza ograniczyła się do faktu, że prace wykonywał B. posługując się konkretnymi osobami fizycznymi. Żadne wpisy do dziennika budowy nie zawierały wskazania na podwykonawstwo powodowej spółki, szkolenia pracowników inwestora miały miejsce już po zakończeniu prac i również na tym etapie nie została inwestorowi przekazana informacja o powodzie jako podwykonawcy. Narady na budowie z udziałem przedstawicieli inwestora odbywały się bez ujawnienia informacji o firmie powoda jako podwykonawcy na tamtym etapie. Dodać należy, iż wprawdzie protokół zeznań św. K. O. wskazuje, iż potwierdził on udział powoda w odbiorze inwestorskim robót dot. klimatyzacji, jednak sąd nie rozpoznał wniosku o sprostowanie w tym przedmiocie protokołu ani nie dosłuchał świadka mimo wniosku pozwanego. Zeznania te w tej części nie są wiarygodne, bowiem przeczy im cała treść zeznań świadka, a sam Prezes zarządu słuchany w charakterze strony nie potwierdził tego faktu. Niewątpliwie przesądzające w tej kwestii są zeznania świadka Z. K. (1) oraz I. D., ówczesnych członków zarządu pozwanego, a więc osób rzeczywiście decyzyjnych, iż powód w charakterze podwykonawcy po raz pierwszy pojawił się u inwestora już po zakończeniu swoich prac i po dacie odbioru końcowego prac podwykonawcy w związku, iż (...) jako zlecający mu roboty nie zapłacił wynagrodzenia za ich wykonanie. Było to zatem wezwanie do zapłaty, skierowane do inwestora, a nie wola poinformowania inwestora w trybie art. 647<sup>1</sup> § 2 kc. Rację należy przyznać stronie pozwanej, iż tzw. zgoda na podwykonawcę może być pozyskiwana do momentu zakończenia, a najpóźniej odbioru prac i chodzi tu oczywiście o tzw. zgodę dorozumianą w postaci braku sprzeciwu. Inwestor nigdy takiej zgody ani czynnej ani biernej nie wyraził, a w odpowiedzi na pismo podwykonawcy wzywającego go do zapłaty z załączoną doń umową podwykonawczą odmówił tejże zapłaty, co wyraził w piśmie z 13.11. 2012r. List referencyjny pochodzący z daty 24.04.2014r. w żaden sposób nie przesądza o zgodzie inwestora na podwykonawcę w myśl art. 647<sup>1</sup> kc, bowiem jak zeznała sama strona powodowa, został sporządzony przez powoda i podpisany przez inwestora na prośbę powoda celem uzyskania referencji na poczet przyszłych umów wykonawczych. Był to już czas po odmowie wyrażenia zgody i zapłaty przez pozwanego, kiedy to dysponował już wiedzą o podwykonawcy.

Pomijając powyższe wskazać należy, iż sam powód na żadnym etapie procesu nawet nie twierdził, iż on czy ktokolwiek inny umożliwił pozwanemu zapoznanie się z warunkami umowy podwykonawczej, w zakresie warunków płacowych. Wszak to takie obowiązki nałożył ustawodawca w § 2 cyt. przepisu, bo zgoda inwestora musi być wyrażana świadomie, gdy inwestor może mieć jeszcze realny wpływ na treść umowy podwykonawczej, bowiem zgoda oznacza przyjęcie na siebie obowiązku zapłaty. To z tego właśnie powodu orzecznictwo sądów przyjmuje, iż nabycie wiedzy o podwykonawcy oraz warunkach umowy nie może nastąpić po wykonaniu prac, bowiem na tym etapie jest już za późno na jakikolwiek sprzeciw celem ewentualnej korekty zapisów umowy podwykonawczej, tak by inwestor mógł ją ostatecznie zaakceptować. Sąd w tym składzie nie podziela tego nurtu orzecznictwa SN i doktryny ( patrz: T. Sokołowski : komentarz do art. 647<sup>(1)</sup>kc, III CSK 371/14, III CSK 370/14 ), które zmierza w kierunku, iż wystarczy sam fakt wykonania prac przez podwykonawcę na rzecz inwestora, nawet bez wiedzy o umowie, bez zgody na nią, czy też za zgodą tzw. dorozumianą czynną, ale bez wiedzy o istotnych postanowieniach umowy z podwykonawcą, czy też za zgodą dorozumianą czynną, udzieloną już po wykonaniu prac. Taka wykładnia, zdaniem tego sądu, jest nie tylko rozszerzająca, lecz contra legem. Jeśli bowiem wystarczy sam fakt wykonania prac w rozumieniu § 5 cyt przepisu, zbędne stają się pozostałe zapisy i obostrzenia przepisu art. 647<sup>(1)</sup>kc. Zważyć należy, iż wrywkowe literalne czytanie jedynie § 5 tegoż przepisu, z pominięciem pozostałych §-ów, jest niedopuszczalne, jako niezgodne z zasadami wykładni systemowej. Wykładnia zaprezentowana przez T. Sokołowskiego byłaby do zaakceptowania jedynie w sytuacji, gdyby § 5 stanowił samodzielny, odrębny przepis: w tym wypadku art. 647<sup>(2)</sup>kc. Tymczasem § 5 art. 647<sup>(1)</sup>kc jest skutkiem wcześniejszych zapisów tegoż przepisu, na co wskazuje jednoznacznie również wykładnia celowościowa uchwalenia tego przepisu ( por. uzasadnienie projektu wprowadzenia tego przepisu do kc : Sejm IV kadencji nr druku 888, w którym mowa jest nie tylko o ochronie podwykonawców, lecz w równej mierze cyt. „o zabezpieczeniu interesu inwestora poprzez akceptację umowy z podwykonawcą ze skutkiem odpowiedzialności solidarnej ). Zatem „zgoda” bez umożliwienia inwestorowi zapoznania się z umową może wywołać skutek z § 5 cyt przepisu tylko i wyłącznie,

gdy zostanie ona wyrażona jednoznacznie, werbalnie, wprost: „na zawarcie umowy z podwykonawcą”. Nie może natomiast być mowy o żadnej „dorozumianej zgodzie” a już zupełnie niezrozumiałym jest pojęcie „zgody dorozumianej czynnej”, gdy inwestor nie znał istotnych postanowień umowy z podwykonawcą, bowiem nie umożliwiono mu nawet zapoznania się z nimi. Rację ma ten nurt orzeczniczy sądów powszechnych, który wskazuje, iż inwestor nie musi wykazywać inicjatywy w poszukiwaniu umowy, czy ustalaniu podwykonawców. Ciężar wykazania dopełnienia tych czynności spoczywa na generalnym wykonawcy, co wynika wprost z § 2 umowy, a nadto na podwykonawcy, bo to on dla siebie wywodzi skutki prawne z § 5 cyt. przepisu. W interesie podwykonawcy leży zatem poinformowanie inwestora o treści swojej umowy, chyba że nie leży to w interesie podwykonawcy i generalnego wykonawcy, ale wówczas niewypełnienie obowiązku poinformowania inwestora o swej umowie nie może wywoływać skutku prawnego w postaci odpowiedzialności inwestora z § 5. Sąd nie podziela też teorii tzw. „zgody czynnej dorozumianej” utożsamianej ze świadomością inwestora o istnieniu podwykonawcy i wykonywaniu przez niego prac w postaci: tolerowania podwykonawców na budowie, wiedzy pozyskanej z wpisów do dziennika budowy, czy z innych okoliczności, typu „logo podwykonawcy na budowie”. Takie tolerowanie nie stanowi żadnej „aktywności”, przeciwnie, jest to bierne zachowanie, tzw. „milczenie”. W świetle brzmienia art. 647<sup>(1)</sup>kc oraz jego wykładni systemowej, jak również celowościowej, przy zachowaniu minimum ochrony interesów inwestora, musi on mieć możliwość, zapewnioną mu nie jego własnym staraniem, lecz staraniem drugiej strony umowy (wykonawcy i jego podwykonawcy) zapoznania się z umową. Dopóki tego mu się nie umożliwi, nie powstaje po jego stronie obowiązek wyrażania jakiegokolwiek zgody, w jakiegokolwiek postaci, w tym dorozumianej w myśl art. 647<sup>(1)</sup>§ 2 zd. 1 kc, a dorozumiana zgoda przez sam fakt dorozumianego zachowania będzie zawsze zgodą bierną, a nie czynną ( brak protestu, czy brak zgody werbalnej ). O zgodzie biernej, a więc „braku sprzeciwu”, a więc tolerowaniu podwykonawcy na budowie, itp. natomiast może być mowa tylko i wyłącznie w przypadku spełnienia warunków zd. 2 tegoż przepisu. Owe „tolerowanie” to nic innego bowiem, jak „tzw. milczenie”, któremu przepisy kc nie nadają żadnego znaczenia prawnego w postaci wywołania skutków prawnych poza wyjątkami wprost wskazanymi ( np. art. 68<sup>(2)</sup>kc ). W tym przypadku unieumożliwiono inwestorowi ( zasada teorii doręczenia z art. 61 § 1 kc obowiązuje również i w tej sytuacji ) i nie zapoznano inwestora z istotnymi dla niego warunkami umowy podwykonawczej, zatem nie powstał po jego stronie obowiązek wyrażania zgody w jakiegokolwiek postaci na zawarcie takiej umowy ( brak wymagalności obowiązku złożenia oświadczenia woli w postaci udzielenia zgody ). Dodać należy, iż to nie inwestor ma udowodniać okolicznościami faktycznymi brak zgody, lecz powód winien był udowodnić zgodę poprzez fakty pozytywne. Takim faktem pozytywnym nie może być „milczenie” inwestora, nawet przy założeniu, że jego inspektor nadzoru miał obowiązek informować inwestora o podwykonawcach. Nawet gdyby założyć, że inwestor wiedział o podwykonawcy ( czego w tym procesie powód nie udowodnił ), lecz nie przekazał tej wiedzy inspektorowi, mimo że miał taki obowiązek, nie jest to równoznaczne z udzieleniem zgody przez inwestora. To nie inspektor jest uprawniony do dokonywania czynności prawnych, w tym „zgody”, inne są bowiem obowiązki ustawowe inspektora wg prawa budowlanego( czuwa nad przebiegiem procesu budowlanego i nie jest uprawniony do dokonywania czynności prawnych w imieniu inwestora, chyba że ma takie upoważnienie, co w tej sprawie nie miało miejsca ), nadto o zgodzie dorozumianej nie może być mowy, gdy brak poinformowania inwestora, czy nawet inspektora o treści essentialia negotii umowy (por. SA w Szczecinie I ACa 30/14, w Rzeszowie I ACa 379/14, I ACa 275/14, SN:II CSK 210/10, III CSK 245/13, IV CSK 91/12, SA w Rzeszowie I ACa 84/16, . Skoro powód nie wykazał w tym procesie, że pozwany wyraził zgodę w trybie art. 647<sup>(1)</sup>§2 kc, powództwo na podst. § 5 tego przepisu zostało oddalone.

O kosztach procesu za II instancję sąd orzekł na podst. art. 108 w zw, z art. 98 § 1 i 3 kpc. Na koszty te po stronie pozwanej złożyło się minimalne wynagrodzenie radcowskie oraz opłata od apelacji. O kosztach za I instancję sąd orzekł na podst. art. 108 kpc, korzystając z pomocy referendarza sądowego.

Odnośnie wniosku interwenienta ubocznego o przyznanie mu kosztów za II instancję, sąd uznał, iż brak podstaw ku temu, mając na względzie, iż przepis art. 107 zd. 3 kpc jest wyjątkiem od zasady, iż takich kosztów interwenientowi się nie przyznaje, nadto rola tego podmiotu w postępowaniu apelacyjnym nie była znacząca, zważywszy, iż jego apelacja została prawomocnie odrzucona.