

## UZASADNIENIE

Powód G. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) w G. w pozwie z dnia 29 marca 2013r. skierowanym przeciwko Gminie Ł. wniósł o zapłatę kwoty 432.635,26zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu oraz o zwrot kosztów procesu. Powód wskazał, że był podwykonawcą robót budowlanych pod nazwą „Budowa kompleksu sportowo-rekreacyjnego w miejscowości J. gmina Ł.” i nie otrzymał w całości zapłaty od głównego wykonawcy (...) G. K. (1).

Pozwana Gmina Ł. nie uznała powództwa i wniosła o jego oddalenie podnosząc, że wykonawca nie przedstawił jej jako inwestorowi do zatwierdzenia umowy z podwykonawcą.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

W rezultacie dokonania przez pozwaną gminę wyboru oferty (...) G. K. (1) w dniu 24 lutego 2010r. podpisana została umowa nr (...), której przedmiotem było wybudowanie kompleksu sportowo-rekreacyjnego w miejscowości J., zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i zasadami wiedzy technicznej na warunkach wskazanych w ofercie z dnia 26 stycznia 2010r.

(umowa – k. 68-69, dokumentacja przetargowa – k. 197-229)

W tym samym dniu gmina zawarła umowy o pełnienie nadzoru inwestorskiego z M. K. (branża budowlana) i P. B. (branża elektryczna).

(umowy – k.266-270)

Na obiekcie prowadzono kilka dzienników budowy, w których jako wykonawcę robót budowlanych wpisano (...)

(dzienniki budowy – k. 285-331)

G. K. (1) pomimo braku zadeklarowania w pkt 6 oferty przetargowej, że będzie korzystał z podwykonawców, w dniu 16 kwietnia 2010r. zawarł z powodem (...) G. Z. umowę podwykonawstwa nr (...)w zakresie wykonania: boiska trawiastego wraz z pielęgnacją i drenażem, boiska wielofunkcyjnego (podbudowa betonowa) wraz z ogrodzeniem i odwodnieniem, budynku zaplecza sanitarnego wraz z uzbrojeniem, parkingów wraz z odwodnieniem, ciągów pieszych i dróg na obiekcie, podbudowy pod trybuny widowiskowe, podbudowy pod wiatę kontenerową, robót sanitarnych na obiekcie, ogrodzenia działki z materiału powierzonych przez Zamawiającego. Wynagrodzenie określone zostało ryczałtowo na kwotę 620.951,84zł brutto. Umowę podpisał w imieniu (...) G. K. (1) – J. M., który miał zadbać o jej przedstawienie Gminie Ł.. Załącznikiem do umowy był kosztorys ofertowy wykonawcy na podstawie przedmiaru na stronie internetowej gminy.

(umowa – k. 70-74, wniosek ofertowy k -230-233, zeznanie świadka G. K. (1) - zapis dźwiękowy z dnia 17 września 2014r. minuta 00:02:24 do 00:31:16)

Powód przejął protokolarnie front robót od kierownika S. T. w dniu 28 kwietnia 2010r.

(protokół - k. 76)

Firma powoda pracowała na terenie obiektu w J. w okresie od kwietnia do października 2010r. Na jej potrzeby udostępniono podłączenie wody i energii elektrycznej z domu Ludowego w J., a należność firma uregulowała na rzecz Sołtysa W. S.

(oświadczenia – k. 77, 78-79, zeznanie świadka W. S. - zapis dźwiękowy z dnia 23 października 2013r. minuta 01:51:30 do 02:07:51)

Prace na budowie były wykonywane zgodnie z harmonogramem do połowy sierpnia 2010r. W dniu 29 czerwca 2010r. i 4 sierpnia 2010r. pomiędzy powodem, kierownikiem budowy S. T. a inspektorem nadzoru M. K. sporządzono pisemne protokoły odbiorów częściowych na kwoty netto 126.687,32zł i 112.261,01zł oraz powód wystawił na rzecz (...) G. K. (1) w dniu 1 lipca 2010r. i 4 sierpnia 2010r. faktury VAT nr (...) z 30#dniowym terminem zapłaty.

(protokoły – k. 81-82, faktury – k. 87-88)

W dniu 29 czerwca 2010r. sporządzony został nadto przez gminę protokół odbioru wykonanych elementów za kwotę 298.762,25zł wraz ze szczegółowym kosztorysem, stanowiący załącznik do pierwszej faktury zapłaconej na rzecz wykonawcy (...) G. K. (1)

(protokół wraz z kosztorysem – k. 249-255)

Po bezskutecznym upływie terminu zapłaty pierwszej faktury z dnia 1 lipca 2010r. w dniu 13 sierpnia 2010r. powód wystosował do (...) G. K. (1) zawiadomienie o wstrzymaniu prac do odwołania, a w dniu 27 sierpnia 2010r. zawiadomił Urząd Gminy Ł., że jest podwykonawca, nie otrzymał zapłaty od (...) G. K. (1) i rozważa zerwanie umowy

(pisma – k. 84-86)

W dniu 10 września 2010r. został dokonany kolejny odbiór na kwotę 110.957zł i wystawiona faktura nr (...).

(protokół – k. 80, faktura (...)).

We wrześniu 2010r. odbyło się spotkanie w Gminie, w którym uczestniczył powód oraz G. K. (1). Ustalono, że prace mają być skończone. Rozważono cesję należności G. K. na powoda.

(zeznanie świadka M. C., - zapis dźwiękowy rozprawy z dnia 28 kwietnia 2014r. minuta 00:46:28 do 01:00:43, zeznanie świadka G. K. (1) - zapis dźwiękowy z dnia 17 września 2014r. minuta 00:02:24 do 00:31:16, zeznania stron zapis dźwiękowy z dnia 17 września 2014r. minuta 00:47:03 do 02:00:19)

W dniu 10 grudnia 2010r. powód uzyskał w sprawie X GNC 776/10 nakaz zapłaty przeciwko G. K. (1) na kwotę 374.566,50zł wraz z odsetkami i kosztami procesu.

(nakaz zapłaty – k.90)

W dniu 18 stycznia 2011r. tytułem zabezpieczenia realizacji nakazu z dnia 10 grudnia 2010r. powód zawarł z G. K. (1) działającym przez pełnomocnika L. K. umowę cesji wszelkich wierzytelności z tytułu wykonania kolejnego etapu prac związanych z realizacją inwestycji pod nazwą „Budowa kompleksu sportowo-rekreacyjnego w miejscowości J. gmina Ł.” do kwoty należności wynikającej z wyroku na dzień zapłaty.

(umowa cesji wierzytelności – k.91-93)

W dniu 26 stycznia 2011r. pozwana gmina została powiadomiona o przekazaniu praw do wierzytelności.

(pismo – k.94)

Protokół końcowy odbioru robót sporządzono w dniu 29 marca 2011r. po odstąpieniu od umowy przez Inwestora w dniu 2 marca 2011r. przy udziale przedstawicieli pozwanego, inspektorów nadzoru i powoda. Jakość robót określono jako dobrą a wartość na 858.849,81zł. Przyczyną odstąpienia od umowy było: uchybienie terminowi, nieprzedłużenie polisy oraz naruszenie zakazu zbywalności wierzytelności z umowy. Pośród stwierdzonych usterek wskazano jedynie roboty elektryczne, które nie były wykonywane przez powoda.

(protokół wraz z załącznikiem nr 1 i 2 – k. 95-99 i 256-260)

Prace zakończyła firma (...).

(zeznanie świadka A. Ś., - zapis dźwiękowy rozprawy z dnia 28 kwietnia 2014r. minuta 01:01:01 do 01:07:22).

W dniu 7 marca 2011 r. pozwana wystąpiła o zezwolenie na złożenie do depozytu sądowego kwoty 336.651,90zł należnej tytułem pozostałego do wypłaty po potrąceniu kar umownych wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane pod nazwą „Budowa kompleksu sportowo-rekreacyjnego w miejscowości J. gmina Ł.” zrealizowane na podstawie umowy Nr (...) z dnia 24 lutego 2010r. Rozważano płatność bezpośrednio na rzecz powoda, ale do gminy zgłosiło się zbyt wielu wierzycieli G. K. (1). Postanowieniem z dnia 23 marca 2012r. w sprawie I Ns 124/11 Sąd Rejonowy w Łowiczu udzielił gminie żądanego zezwolenia z tym zastrzeżeniem, że kwota 336.651,90zł może być wypłacona: a) G. K. (1), albo b) G. Z. albo c) (...) Bank SA w W. albo d) H. S.. Kwota 336.651,90zł nadal pozostaje w depozycie sądowym.

(wniosek i postanowienie – k. 360-365, zeznanie świadka B. K. – k. 351, zeznanie wójta A. B. - zapis dźwiękowy rozprawy z dnia 17 września 2014 minuta 01:23:50 do 02:00:19).

Kosztorysy scalone do umowy z 24 lutego 2010r. i umowy podwykonawczej z powodem mają jednakowe przedmiary. Różnią się natomiast zakresem, zakres powoda jest mniejszy. Z zakresu umowy podwykonawczej powód nie wykonał pozycji nr 12 na kwotę brutto 801,61zł. Z wykonanych prac powód uzyskał potwierdzenie wykonania i wystawił faktury na (...) K. na kwotę brutto 423.224,50zł, natomiast nie zafakturował wykonanych prac na kwotę 196.925,73zł brutto. Wykonanie prac w tym zakresie zostało potwierdzone w inwentaryzacji z dnia 29 marca 2011r.

Wartość prac określanych przez powoda jako dodatkowe po korekcie wynosi brutto 20.098,73zł .

(opinia pisemna biegłego ds. budownictwa – k. 384-395 oraz opinia ustna - zapis dźwiękowy rozprawy z dnia 28 kwietnia 2014 minuta 00:03:56 do 00:41:41)

Powód otrzymał od G. K. (1) dobrowolnie lub w wyniku egzekucji komorniczej **217.098,58zł** Dalsza egzekucja okazała się bezskuteczna.

(nie zakwestionowane oświadczenie powoda – k. 6, postanowienie – k. 333, wpływy na rachunek – k. 334-339, zeznanie świadka G. K. (1) - zapis dźwiękowy z dnia 17 września 2014r. minuta 00:02:24 do 00:31:16).

W dniu 18 grudnia 2012r. powód wystąpił do pozwanego z przedsądowym wezwaniem do zapłaty kwoty 431.140,83zł.

(pismo wraz z odpowiedzią – k. 104-107)

Oceniając materiał dowodowy Sąd oprął się na dokumentach, opinii biegłego, która nie została przez żadną ze stron skutecznie zakwestionowana oraz posiłkowo zeznaniach świadków i stron. Przy czym Sąd nie dał wiary świadkowi K. K. (2) oraz wójtowi gminy Ł. A. B., że przed pismem z sierpnia 2010r. zupełnie nie zdawali sobie sprawy, że prace na obiekcie w J. wykonuje nie (...) G. K. (1), ale D. G. Z. jako podwykonawca. Świadek K. K. (2) zajmowała się bowiem inwestycją, której dotyczy spór, interesowała się postępowaniem prac, bywała na budowie, rozmawiała z kierownikiem T. i inspektorami nadzoru. Postępowaniem prac interesował się również wójt. Powód pracował jawnie, uczestniczył w naradach na budowie, nie ukrywał swojej tożsamości ani roli w procesie budowlanym, jego nazwisko widniało w dziennikach budowy i wewnętrznych protokołach odbioru. Jest zatem mało prawdopodobne by nie została to zauważona i wyjaśniona przez nikogo od strony inwestora. Jednak okoliczność ta nie jest rozstrzygająca w sprawie wobec istnienia pisemnego powiadomienia o statusie powoda z sierpnia 2010r.

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

Art. 647<sup>1</sup> k.c. stanowi:

§ 1. W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, 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.

§ 3. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

§ 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.

Przytoczony § 5 art. 647<sup>1</sup> k.c. wprowadza, jako zasadę, solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy, względnie wykonawców częściowych, za umowy zawierane z podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami. Podwykonawcy mają bezpośrednie roszczenia wobec inwestora. Zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa, odpowiedzialności solidarnej inwestora wobec podwykonawcy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nie wyłącza okoliczność zapłaty na rzecz wykonawcy jego wynagrodzenia, ponieważ istota tej regulacji polega właśnie na tym, aby inwestor był zainteresowany dokonaniem zapłaty na rzecz podwykonawców (uchwała SN z 28 czerwca 2006 r., III CZP 36/06, Biul. SN 2006, nr 6, s. 6).

Warunkiem solidarnej odpowiedzialności inwestora jest jednak, jak stanowi § 2, jego zgoda na zawarcie umowy, która może być wyrażona w sposób dorozumiany poprzez brak wyrażenia w terminie 14 dni od otrzymania umowy, projektu i dokumentacji, sprzeciwu.

W przedmiotowej sprawie, poza sporem jest, że wykonawca nie przedstawił pozwanemu do akceptacji umowy z powodem jako podwykonawcą. Samej umowy nie przedstawił również w trakcie procesu inwestycyjnego podwykonawca.

W ocenie sądu nie jest to jednak wystarczająca przesłanka do zwolnienia inwestora z odpowiedzialności z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Przepis art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. **nie uzależnia bowiem wprost odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeśli wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji**. Może on uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później. 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 (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 maja 2014 r. sygn. akt I ACA 161/14).

Jak wyżej wskazano bezspornie pozwany aż do otrzymania pozwu nie miał przedstawionego ani projektu ani samej umowy zawartej w dniu 16 kwietnia 2010 r. z powodem jako podwykonawcą. Nadto (...) G. K. (1) w ofercie przetargowej nie zadeklarował udziału w wykonaniu umowy podwykonawców.

Mimo to w § 10 umowy z wykonawcą z dnia 24 lutego 2010r. nie wyłączono zawarcia przez (...) G. K. (1) umowy o podwykonawstwo (k. 67-odwrot), a taka umowa faktycznie została zawarta z powodem w dniu 16 kwietnia 2010r. Od tej też daty firma powoda (...) przejęła od kierownika budowy front robot i rozpoczęła wykonać prace zgodnie z harmonogramem umowy z głównym wykonawcą (...) K.. Fakt wykonywania prac przez inną firmę, niż ta która wygrała przetarg i zawarła umowę nie był ukrywany. W wielu dokumentach jako wykonawca figurował powód. Tak było na pierwszej stronie dzienników budowy – k. 285-285-315, na wewnętrznych protokołach odbioru, które przyjmował i podpisywał inspektor M. K.. Wszystkie osoby odwiedzające budowę mogły się z łatwością zorientować, że pracuje na niej firma powoda, a sam powód przed rozpoczęciem prac był przedstawiony inspektorowi nadzoru M. K. (por. zapis dźwiękowy rozprawy z dnia 23 października 2014r. – minuta 01:04:42).

Należy zatem rozważyć czy Gmina pomimo nie przedstawienia jej formalnie umowy z podwykonawcą nie wykazała **tzw. czynnej zgody na uczestniczenie w procesie budowy powoda jako podwykonawcy.**

Oczywiście inspektor nadzoru został powołany do nadzorowania kwestii technicznych, a nie przyjmowania w imieniu gminy informacji o zawarciu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą. Jednak brak jakiegokolwiek próby wyjaśnienia rozbieżności co do firmy, która podpisała umowę i która jawnie w zakresie prac budowlanych w całości ją wykonuje wskazuje, że gmina akceptowała istniejący stan rzeczy i może być traktowane jako owa czynna forma zgody. **Tym bardziej, że w dniu 27 sierpnia 2014r., a więc jeszcze w trakcie trwania procesu inwestycyjnego, do urzędu Gminy wpłynęła pisemna informacja od powoda, że jest podwykonawcą (pismo – k. 87).** Do informacji powód nie załączył co prawda kopii umowy. Jednak również druga strona nie zażądała od niego tego dokumentu, a we wrześniu zorganizowano spotkanie z jego udziałem, którego celem było doprowadzenie do kontynuowania prac oraz, na którym padło zapewnienie, że po skończonej pracy zostanie zrealizowana zapłata.

W tym miejscu należy zauważyć, że powód przyznaje, że na spotkaniu z wójtem we wrześniu 2010r. nie otrzymał wprost obietnicy bezpośredniej zapłaty na swoją rzecz, a jedynie że jak będzie kontynuować prace, gmina za nią zapłaci (bez wskazania komu). W ocenie sądu w oparciu o przeprowadzone postępowanie dowodowe, w tym zeznania za gminę wójta A. B., można jednak stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że przebieg spotkania z września 2010r. nie wskazuje na sprzeciw wójta wobec samego faktu wykonywania (kończenia) prac przez powoda jako podwykonawcy, ale jedynie na istnienie wątpliwości co do kwestii formalnych na rzecz kogo dokonana powinna być zapłata. Tymczasem kwestia solidarnego obowiązku zapłaty podwykonawcy przez wykonawcę i inwestora wynika z zapisu ustawy (art. 647<sup>1</sup>§ 5 k.c.), a nie ze zgody lub nie inwestora. Inwestor może bowiem, zgodnie z § 2, sprzeciwić się nie byciu solidarnie zobowiązanym z wykonawcą wobec podwykonawcy, ale samemu zawarciu umowy. Jeżeli więc gmina zgadzała się we wrześniu 2010r. się na kontynuowanie prac przez wykonawcę, a nawet sobie życzyła żeby zakończyć inwestycje w terminie siłami podwykonawcy, **z mocy prawa opowiada solidarnie z wykonawcą za zapłatę wobec podwykonawcy, nawet jeżeli wprost się do tego nie zobowiązała.**

Zakres i koszt prac wykonanych przez powoda w oparciu o umowę o podwykonawstwo z (...) G. K. (1) wynika z opinii biegłego k. 387-398 i 395. Prace na łączną kwotę **423.224,50zł brutto** zostały przyjęte przez inspektora nadzoru M. K. w dniach 29 czerwca 2010, 4 sierpnia 2010r. i 10 września 2010, których ich jakość ocenił jako dobrą (protokoły – k. 80-82), a wartość na kolejno 123.687,32zł netto, 112.251,01zł netto i 110.957zł netto. Na kwoty te powód wystawił na rzecz (...) G. K. (1) 3 faktury w dniach 1 lipca 2010r., 4 sierpnia 2010r. i 10 września 2010r. (k. 87-89).

Z łącznej kwoty ww. faktur brutto 423.224,50zł G. K. (1) zapłacił dobrowolnie lub w wyniku egzekucji **217.098,58zł** (nie zakwestionowane oświadczenie powoda – k. 6).

Poza pracami zafakturowanymi powód wykonał na rzecz pozwanej gminy prace za kwotę **brutto 196.925,73zł**. Prace w tym zakresie zostały odebrane bezusterkowo przez pozwaną bezpośrednio podczas inwentaryzacji rozliczeniowej firmy (...) w dniu 29 marca 2011 wraz z załącznikami nr 1 do protokołu na podkładce z kosztorysu ofertowego (karta 98-99, 256). (por. pkt 5 opinii biegłego – k. 387).

Opinia biegłego nie jest oparta na własnych przedmiarach i wycenach, ale na dokumentach zgromadzonych w aktach. Biegły zastrzega nadto, że w oparciu o chaotyczne zapisy w dziennikach budowy nie jest w stanie określić zakresu i rodzaju prac wykonanych przez poszczególnych wykonawców. Wskazuje jedynie, że prace nie wykonane przez (...) G. K. (1) w wysokości brutto 252.525,84zł wykonał inny Wykonawca, który dokończył proces inwestycyjny.

Z drugiej strony przesłuchany w charakterze świadka G. K. (1) (zapis dźwiękowy z dnia 17 września 2014r. minuta 00:02:24 do 00:31:16) nie zakwestionował zakresu i jakości prac wykonanych przez powoda ani faktu, że występował on na budowie jako podwykonawca robót budowlanych. Potwierdził nadto umocowanie do podpisania umowy przez J. M.. Nie ma też żadnego innego podmiotu, który twierdziłby, że wykonał prace, za które zapłaty domaga się powód.

W oparciu o wszystkie powyższe dowody, zakres i wartość prac wykonanych przez powoda i niezapłaconych sąd uznał za udowodnioną do wysokości **403.051,65zł** (423.224,50zł brutto - prace zafakturowane - minus kwoty zapłacone i wyegzekwowane w łącznej wysokości 217.098,58zł + 196.925,73zł - prace wykonane zgodnie z ryczałtem a niezafakturowane). Do tej kwoty powództwo jest zasadne z odsetkami za opóźnienie od wniesienia pozwu, powód wystosował bowiem wcześniej do pozwanego wezwanie do zapłaty (pismo – k. 104).

Co do pozostałej części żądania - prace dodatkowe za 28.782zł powództwo należało oddalić. Umowa miała bowiem charakter ryczałtowy. Oznacza to, zgodnie z art. 632 § 1 k.c., że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jedyny wyjątek od tej zasady ustanawia § 2, zgodnie z którym jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Przesłanek do podwyższenia wynagrodzenia powód jednak nie wykazał.

Powód wygrał spór w 93%, a uległ jedynie w 7%, na podstawie art. 100 k.p.c. zd. 2 sąd nałożył zatem na pozwanego obowiązek zwrotu powodowi wszystkich poniesionych kosztów: 7.200zł wynagrodzenie pełnomocnika i 17zł opłata od pełnomocnictwa. Natomiast podstawą ściągnięcia od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa nie uiszczonych kosztów sądowych jest art. 113 ust 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167 poz. 1398). Na koszty te składają się: 21.632zł – opłata od pozwu i 908zł – pokryta przez Skarb Państwa część wydatków na opinię biegłego (k. 399).