

*Sygn. akt I ACa 862/16*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 12 października 2017 r.**

**Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:**

Przewodniczący: SSA Maciej Dobrzyński (spr.)

Sędziowie: SA Marzena Miąskiewicz

SO (del.) Agnieszka Wachowicz - Mazur

Protokolant: sekretarz sądowy Sławomir Mzyk

po rozpoznaniu w dniu 29 września 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa J. D.

przeciwko Gminie W.

z udziałem interwenienta ubocznego po stronie pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron i interwenienta ubocznego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 18 grudnia 2015 r., sygn. akt I C 222/13

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie drugim częściowo w ten sposób, że zasądza od Gminy W. na rzecz J. D. odsetki ustawowe za opóźnienie od kwoty 507.702,71 zł (pięćset siedem tysięcy siedemset dwa złote siedemdziesiąt jeden groszy) od dnia 7 marca 2009 r. do dnia zapłaty,**
- 2. oddala apelację pozwanej i interwenienta ubocznego,**
- 3. zasądza od Gminy W. na rzecz J. D. kwotę 17.850 zł (siedemnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym,**
- 4. nakazuje pobrać od Gminy W. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 14.099 zł (czternaście tysięcy dziewięćdziesiąt dziewięć złotych) tytułem części opłaty od apelacji, od której uiszczenia powód został zwolniony.**

Marzena Miąskiewicz Maciej Dobrzyński Agnieszka Wachowicz - Mazur

I ACa 862/16

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 20 maja 2009 r. J. D. wniósł o zasądzenie solidarne od Gminy (...) i (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwoty 512.885,02 zł wraz z ustawowymi odsetkami od wskazanych kwot i dat, a nadto kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 16 września 2009 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa prawnego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

W odpowiedzi na pozew z dnia 17 września 2009 r. Gmina W. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pismem z dnia 18 stycznia 2010 r. powód cofnął pozew przeciwko (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., w związku z czym postanowieniem z dnia 12 kwietnia 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie umorzył postępowanie w zakresie objętym cofnięciem pozwu.

Spółka (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. pismem z dnia 12 lipca 2010 r. wniosła interwencję uboczną po stronie pozwanej, kwestionując roszczenie powoda co do zasady i wysokości. Interwenient wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W piśmie procesowym z dnia 18 czerwca 2010 r. powód ograniczył powództwo o kwotę 5.182,31 zł i wniósł o zasądzenie kwoty 507.702,71 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi w sposób określony w pozwie.

Wyrokiem z dnia 20 lutego 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (pkt 1) i zasądził od J. D. na rzecz Gminy W. oraz interwenienta ubocznego kwoty po 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2).

Na skutek apelacji powoda od powyższego orzeczenia Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 5 grudnia 2012 r., I ACa 644/12, uchylił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w zakresie oddalającym powództwo o zasądzenie kwoty 507.702,71 zł oraz w punkcie drugim w całości i w tym zakresie przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 18 grudnia 2015 r. zasądził od Gminy W. na rzecz J. D. kwotę 507.702,71 zł oraz kwotę 42.138 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt I), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt II) oraz nakazał pobrać od Gminy W. na rzecz Skarbu Państwa - Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 33.761 zł tytułem uiszczenia kosztów sądowych w części nieobciążającej przeciwnika (pkt III).

### ***Sąd I instancji oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych oraz rozważaniach prawnych:***

W dniu 10 marca 2008 r. w wyniku zamówienia publicznego Gmina W. zawarła z interwenientem ubocznym (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako (...)) umowę, której przedmiotem było wykonanie robót na podzadaniu inwestycyjnym pod nazwą „Termomodernizacja Publicznej Szkoły Podstawowej nr (...) przy ul. (...) w W.”, w ramach których obowiązkiem wykonawcy było m.in. docieplenie stropu sali gimnastycznej, docieplenie stropu pod poddaszem nieużytkowym, docieplenie stropodachu niewentylowanego, docieplenie ścian zewnętrznych budynku dobudowanego, docieplenie ścian zewnętrznych budynku głównego i sali gimnastycznej, wymiana stolarki okiennej i drzwiowej, docieplenie ścian wewnętrznych poddasza użytkowego w terminie do 30 września 2008 r. za łączną cenę 4.015.844,65 zł. Początkowo kierownikiem budowy (i przedstawicielem wykonawcy) był J. S., zaś aneksem nr (...) z dnia 5 września 2008 r. kierownikiem budowy ustanowiony został K. C. (1). Inspektorem nadzoru był T. S. (1).

W dniu 23 maja 2008 r. (...)zawarła z J. D. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie w ramach termomodernizacji ww. szkoły podstawowej robót polegających na wymianie pokrycia dachowego szczegółowo określonych w załączniku nr 2 do umowy. Termin wykonania umowy strony uzgodniły na 30 sierpnia 2008 r. Wstępne wynagrodzenie kosztorysowe zostało określone na kwotę 647.493,86 zł netto (789/942,51 zł brutto), ostatecznie wynosiło 971.209,38 zł netto. Wynagrodzenie to odpowiadało zakresowi rzeczowemu umowy wynikającemu z załączników oraz zawierało koszty ubezpieczenia terenu budowy, wszelkich robót przygotowawczych, demontażowych, wyburzeniowych, porządkowych, projektu organizacji placu budowy wraz z jego organizacją i późniejszą likwidacją, wszelkie koszty utrzymania zaplecza budowy, dozoru budowy, zapewnienia bezpieczeństwa i likwidacji zagrożeń, koszty wynikające z konieczności zapobieżenia awarii, ruchu zastępczego, zajęcia

pasa drogowego, obsługi geodezyjnej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, koszt wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty wynikające z umowy. Wynagrodzenie za przedmiot umowy miało stanowić iloczyn faktycznie wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy i cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 28 umowy. W umowie głównej jej strony przyjęły, że wykonawca dokonał inspekcji terenu budowy i jego otoczenia. Zobowiązał się do zapewnienia materiałów i urządzeń budowy niezbędnych do wykonania i utrzymania robót w stopniu w jakim wymaga tego jakość i terminowość prac. Zobowiązał się również do utrzymywania terenu budowy w stanie wolnym od przeszkód oraz niezwłocznie usuwać zbędne materiały, odpadki, śmieci, urządzenia prowizoryczne, a po zakończeniu budowy pozostawić teren w stanie czystym i nadającym się bezpośrednio do użytkowania. Obowiązkiem wykonawcy było pisemne uprzedzenie zamawiającego o każdej okoliczności mogącej skutkować opóźnieniem robót w chwili wystąpienia takiej okoliczności, a także o każdym opóźnieniu w stosunku do harmonogramu i jego przyczynach i skutkach. Wykonawca zobowiązał się również do zapłaty na rzecz zamawiającego kar umownych za opóźnienie w wykonaniu i dostarczeniu całości przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia. Zamawiający zobowiązał się pokryć koszty wywozu gruzu.

W dniu 26 maja 2008 r. kierownik budowy zgłosił konieczność położenia folii dachowej i tego samego dnia uzgodniono jej położenie. W dniu 2 lipca 2008 r. kierownik budowy zgłosił inwestorowi konieczność wykonania robót dodatkowych również zakresie prac dekarских.

W dniu 27 maja 2008 r. powód sporządził kosztorys ofertowy dotyczący robót uzupełniających na kwotę 7.214,68 z, obejmujących łączenie połaci dachowych dla pokryć z blach powlekanych, deskowanie połaci dachowych z tarcicy nasyczonej, pokrycie dachów papą termozgrzewalną, nakrywy kominów o średniej grubości 7 cm, które w dniu 30 września 2008 r. zostały zatwierdzone przez zamawiającego.

W dniu 29 maja 2008 r. nastąpiło przejęcie terenu budowy przez powoda i rozpoczął on wykonywanie robót. Ze względu na konieczność wykonania robót dodatkowych i zamiennych określonych w protokołach konieczności nr (...) z 30 czerwca 2008 r., nr (...) z 7 lipca 2008 r., nr(...) z 7 lipca 2008 r., nr(...) z 7 lipca 2008 r. i nr (...) z 7 lipca 2008 r. (wykonania uziomu otokowego budynku, wykonania remontu drewnianych okien i elementów czołowych lukarni, remontu wywietrzaka dachowego, ogromów na dachu budynku głównego oraz budynku od strony ul. (...), wykonanie rynien z blachy ocynkowanej, od wykonania których uwarunkowane było wykonanie zamówienia podstawowego, Gmina W. i (...) mocą aneksu nr (...) z dnia 23 września 2008 r. wydłużyły termin wykonania przedmiotu umowy do dnia 25 października 2008 r., a na podstawie umowy wykonanie zamówienia dodatkowego nr (...) - (...) z dnia 30 września 2008 r. interwenient uboczny zobowiązał się do dnia 25 października 2008 r. ułożyć folię dachową paroprzepuszczalną, wykonać zbrojenie siatką stalową posadzek balkonów, wykonać remont powłok zewnętrznych wywietrzaka dachowego, wykonać instalację odgromową dachu oraz uziemiającą budynku.

Aneksem nr (...) z dnia 2 czerwca 2008 r. powód i interwenient uboczny rozszerzyli zakres robót o wykonanie izolacji z membrany paroprzepuszczalnej na całej powierzchni dachu wraz z wykonaniem kontrłat. Cena za 1 m<sup>2</sup> ułożenia membrany zawierała materiały, które winien zapewnić wykonawca. Wysokość wynagrodzenia za wykonanie robót z aneksu nr (...) wynosiła netto 57.666,48 zł. Strony podpisały aneks nr (...) obejmujący remont wywietrzaka dachowego ustalając wynagrodzenie na kwotę netto 36.762,28 zł.

Pismem z dnia 11 czerwca 2008 r. interwenient uboczny zwrócił się do pozwanej Gminy o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą na wykonanie części robót wynikających z umowy z dnia 10 marca 2008 r., załączając projekt umowy z powodem. Pismem z dnia 18 czerwca 2008 r. Gmina W. wyraziła zgodę na podzlecenie robót w zakresie remontu więźby dachowej wraz z pokryciem dachowym oraz modernizacją instalacji odgromowej podwykonawcy J. D..

W dniu 20 czerwca 2008 r. zostały odebrane roboty rozbiórkowe dachu o wartości kosztorysowej 56.492,39 zł. Jakość robót została oceniona jako dobra. Za okres od 1 sierpnia 2008 r. do 30 października 2008 r. został sporządzony protokół przejściowy odbioru robót obejmujących na elewacji

frontowej budynku głównego rozebranie rynien z blachy nie nadającej się do użytku, rynny dachowe półokrągłe o średnicy 15 cm z blachy stalowej ocynkowanej, ułożenie folii, wykonaniu obróbek z blachy stalowej ocynkowanej (wykonanie i osadzenie okapników okiennych gzymsów, pasów nadrynnowych), spadków pod obróbki blacharskie z zaprawy, na elewacji podwórzowej budynku głównego rozebranie rynien z blachy nienadającej się do użytku, rynien dachowych półokrągłych o średnicy 15 cm z blachy stalowej ocynkowanej, wykonaniu obróbek z blachy stalowej ocynkowanej (wykonanie i osadzenie okapników okiennych gzymsów, pasów nadrynnowych), na elewacji bocznej budynku głównego rozebranie obróbek blacharskich murów ogniowych, okapów, kołnierzy, gzymsów z blachy nie nadającej się do użytku, rozebraniu rynien z blachy nie nadającej się do użytku, wykonanie rynien z blachy stalowej ocynkowanej, na elewacji bocznej sali gimnastycznej rozebranie obróbek blacharskich murów ogniowych, okapów, kołnierzy, gzymsów z blachy nie nadającej się do użytku, spadków pod obróbki blacharskie z zaprawy, rozebraniu rynien z blachy nie nadającej się do użytku, wykonaniu rynien z blachy stalowej ocynkowanej, wykonaniu zastaw zabezpieczających na dachu, daszków zabezpieczających, rynny drewnianej do gruzu, ustawienie tej rynny, rozbiórcze pokrycia z dachówki karpíówki, wykonaniu rusztowania przy kominach, przemurowaniu kominów z cegieł, uzupełnieniu rolek z cegieł na zaprawie cementowej, rozebranie elementów więźb dachowych, ołączenie dachu, rozebranie obróbek murów ogniowych, okapów, kołnierzy, gzymsów z blachy nie nadającej się do użytku w pasie nadrynnowym, koszach, ołączeniu połaci dachowych łatami z tarcicy, rozebraniu pokrycia z płyt azbestowo-cementowych nie nadających się do użytku wraz z utylizacją azbestu, przybiciu do ścian lukarn płyt (...) gr 18 mm łączonych na pióro wpust.

Kosztorys ofertowy na roboty dodatkowe obejmujące rynny dachowe półokrągłe o średnicy 18 cm z blachy ocynkowanej, zbiorniczki przy rynnach z blachy stalowej ocynkowanej został opracowany przez powoda 2 lipca 2008 r., zatwierdzony przez zamawiającego 30 września 2008 r. na kwotę 13.573,73 zł. Kolejny kosztorys ofertowy na roboty dodatkowe (rozebranie obróbek blacharskich murów ogniowych, okapów, kołnierzy, gzymsów, uzupełnienie pokrycia okna dachowego półkolistego blachą ocynkowaną, daszek wentylacyjny, przybicie płyt (...) gr 25 lukarny, jednowarstwowe pokrycie dachów papą termozgrzewalną i trzykrotne malowanie farbą olejną lub ftalową drewnianych okien i naświetli z dwukrotnym szpachlowaniem) został opracowany przez powoda 8 lipca 2008 r. i zatwierdzony przez zamawiającego na kwotę 19.831,38 zł. Zamawiający potwierdził wykonanie tych robót 30 września 2008 r.

W związku z brakiem frontu prac powód pismami z 7 i 14 lipca 2008 r. zawiadomił zamawiającego, że jest zmuszony do przerwania robót dekarских, co skutkowało koniecznością przedłużenia terminu zakończenia prac dekarских. Powód oczekiwał na decyzje w związku z koniecznością wykonania prac dodatkowych, nieujętych w umowie a polegających na wykonaniu warstwy paroprzepuszczalnej, wywietrzaka, czy rynien. Dnia 21 lipca 2008 r. prace zostały wstrzymane przez kierownika budowy z uwagi na kradzież drabinek komunikacyjnych. W piśmie z 29 lipca 2008 r. powód poinformował zamawiającego, iż przyczyną spowolnienia tempa prac jest brak płatności. W czasie wykonywania prac przez powoda występowały przestoje spowodowane brakiem decyzji ze strony zamawiającego i inwestora co do konieczności położenia folii paroprzepuszczalnej (ok. 10 dni), co do zmiany przekroju rynien i obróbek, oczekiwania na rusztowania, które miał zapewnić zamawiający interwenient uboczny. W celu przyspieszenia prac powód korzystał z własnych rusztowań. Później, z uwagi na oczekiwanie na decyzję co do grubości wełny (ok. tygodnia), czy podwyższenia ogniomurów (ok. 10-15 dni).

W dniu 5 sierpnia 2008 r. na podstawie aneksu nr (...) strony rozszerzyły zakres robót o docieplenie stropodachu wentylowanego nad budynkiem głównym szkoły za wynagrodzeniem ustalonym na podstawie kosztorysu ofertowego powoda ustalając termin zakończenia tych prac na 15 września 2008 r. i wynagrodzenie w kwocie netto 95.971,60 zł. Roboty objęte umową główną były już w tym czasie wykonane. Inwestor nie wiedział jaka ma być grubość wełny służącej do ocieplenia, gdyż nie uzgodnił tego z pozwaną Gminą, co spowodowało konieczność uzgodnienia tej kwestii, a powód czekał na decyzję ok. tygodnia.

W dniu 12 sierpnia 2008 r. strony dokonały przejściowego odbioru robót za okres od 1 lipca do 31 lipca 2008 r.

Kolejnym aneksem (nr (...)) z 20 sierpnia 2008 r. strony zwiększyły zakres prac powoda o remont dachu na budynku głównym szkoły zgodnie z załącznikiem nr 1 za kwotę netto 133.315,16 zł. Termin zakończenia prac związanych z remontem dachu na budynku głównym szkoły strony ustaliły na dzień 7 października 2008 r., a termin rozliczenia dokumentów na dzień 15 października 2008 r. W związku z tym, że zaszła konieczność podwyższenia ogniomurów na dachu płaskim powód zwrócił się o podpisanie aneksu nr (...) i dostał odpowiedź, że roboty te winny zostać wykonane nawet bez aneksu. W dniu 20 sierpnia 2008 r. powód sporządził kosztorys powykonawczy na remont dachu na szkole na kwotę 117.586,16 zł, obejmujący szczegółowo określone w nim roboty. Odbiór tych robót w kosztorysie potwierdził interwenient uboczny. Powód wystawił fakturę nr (...) na tę kwotę, która nie została zapłacona.

Pismem z dnia 6 października 2008 r. powód zwrócił się do interwenienta ubocznego o przedłużenie terminu realizacji robót do 25 października 2008 r., nie uzyskując zgody (...).

W dniu 29 października 2008 r. powód sporządził kosztorys powykonawczy na remont dachu na szkole na kwotę 57.485,61 zł, obejmujący szczegółowo określone w nim roboty. Odbiór tych robót w kosztorysie potwierdził interwenient uboczny. Powód wystawił fakturę nr (...) na tę kwotę, która nie została zapłacona.

Pismem z dnia 31 października 2008 r. powód ponownie poinformował (...) o wydłużeniu realizacji robót na dachu płaskim w związku z pracami dodatkowymi nieujętymi w przedmiarach robót.

W dniu 6 grudnia 2008 r. powód sporządził kosztorys powykonawczy na docieplenie stropodachu kwotę 46.170,55 zł, obejmujący szczegółowo określone w nim roboty. Odbiór tych robót w kosztorysie potwierdził interwenient uboczny.

W dniu 30 października 2008 r. zamawiający dokonał przejściowego odbioru robót za okres od 1 sierpnia 2008 r. do 30 października 2008 r.

J. D. wykonał przedmiot umowy głównej do dnia 30 września 2008 r., a roboty wynikające z aneksu nr (...) do dnia 15 września 2008 r., roboty objęte aneksem nr (...) do dnia 7 października 2008 r., a ostatnie roboty powód wykonał do dnia 12 listopada 2008 r. W dniu 7 listopada 2008 r. powód zgłosił zakończenie prac budowlanych na dachu płaskim (styropapowym).

Powód w związku z robotami wykonanymi w szkole nr (...) w W. wystawił m.in. następujące faktury VAT: 1) częściową nr (...) z 1 października 2008 r. na kwotę brutto 183.000 zł z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących, która obejmowała otrzymaną zaliczkę, więc została w całości zapłacona przez zamawiającego, 2) nr (...) z 12 listopada 2008 r. na kwotę 211.446 zł brutto z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących przyjętą przez zamawiającego 16 lutego 2009 r.; uwzględniła ona otrzymaną zaliczkę na kwotę 183.000 zł; powód wystawił fakturę korygującą do faktury VAT nr (...) z dnia 12 listopada 2008 r. na kwotę 5.182,31 zł; faktura nr (...) po korekcie została zaakceptowana przez interwenienta w piśmie z dnia 19 lutego 2009 r.; faktura nie została zapłacona przez zamawiającego, 3) nr (...) z 6 listopada 2008 r. na kwotę 50.325 zł brutto, z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących; roboty objęte tą fakturą wynikały z aneksów nr (...) i zostały wykonane w całości, 4) nr (...) z 9 grudnia 2008 r. na kwotę 46.170,55 zł brutto, z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących - docieplenie stropodachu, uznaną w całości przez zamawiającego i niezapłaconą, 5) nr (...) z 9 grudnia 2008 r. na kwotę 117.586,16 zł brutto, z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących - dach styropapowy; wykonanie robót ujętych w tej fakturze potwierdził kierownik robót K. C. (1); faktura nie została zapłacona przez zamawiającego, 6) nr (...) z 9 grudnia 2008 r. na kwotę 57.485,61 zł brutto, z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących - dach styropapowy; wykonanie robót ujętych w tej fakturze potwierdził kierownik robót K. C. (1); faktura nie została zapłacona przez zamawiającego, 7) nr (...) z 9 grudnia 2008 r. na kwotę 29.871,55 zł, z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących, w całości zaakceptowaną przez interwenienta ubocznego i niezapłaconą. Powód otrzymał zapłatę kwot z faktur nr (...) na kwotę 68.920,72 zł brutto, nr (...) na kwotę 88.213,45 zł brutto na kwotę 183.000 zł, łącznie 340.134,17 zł.

W dniu 4 września 2008 r. doszło do uszkodzenia stropu podwieszanego sali gimnastycznej na skutek zrzucania dachówki na ten strop. W dniu 5 września 2008 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego stwierdził katastrofę budowlaną - zawalenie się stropu podwieszanego sali gimnastycznej. W dniu 8 września 2008 r. inspektor nadzoru wydał polecenie uporządkowania pomieszczenia strychu dachu głównego, usunięcia desek z rozbiórki, gruzu i w pierwszej kolejności zakończenia robót dekarских nad wejściem do budynku szkoły. Usunięcie gruzu ze strychu nastąpiło do dnia 10 września 2008 r. Powód usunął wszelkie usterki do dnia 9 grudnia 2008 r., w tym naprawił zniszczone okna. W dniu 20 października 2008 r. inspektor nadzoru wstrzymał prace na dachu do czasu prawidłowego wykonania daszku nad wejściem do szkoły, powód w czasie przestoju spowodowanego katastrofą budowlaną został wybrany przez Urząd Gminy wykonawcą odgruzowywania sali gimnastycznej. W dniu 27 października 2008 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru wykonanie murowania kominów wentylacyjnych, ogniomurów i położenie styropapy, wykonanie tych prac potwierdził inspektor nadzoru oraz zapisał, że zgodnie z uzyskaną przez inwestora ekspertyzą można wznowić roboty dekarские nad salą gimnastyczną. W dniu 28 października 2008 r. powód zgłosił przedłużenie terminu wykonania pokrycia papą nawierzchniową w związku z wykonaniem prac dodatkowych nieuwjętych w kosztorysie ofertowym, tj. murowaniem ogniomurków oraz z uwagi na trwające trzy dni opady deszczu. W dniu 7 listopada 2008 r. J. D. zgłosił zakończenie prac na dachu płaskim (styropapowym). W dniu 12 listopada 2008 r. inspektor nadzoru polecił poprawę mocowania obróbki blacharskiej w części środkowej dachu, oblutowanie wszystkich mocowań obróbek, na styku muru ogniowego z kominem poprawę krycia papą. W dniu 14 listopada 2008 r. inspektor nadzoru polecił pilne uzupełnienie i podłączenie rur spustowych, ponowił to polecenie 18 listopada. Również w tym dniu J. D. wpisał w dzienniku informację, że w dalszym ciągu brak było decyzji dotyczących sali gimnastycznej, co uniemożliwiało prowadzenie prac na dachu. W dniu 2 grudnia 2008 r. kierownik budowy wpisał, że zgodnie z zapisami z narad z 28 października i 18 listopada wykonano na dachu sali gimnastycznej ułożenie folii paroprzepuszczalnej, zamontowano tymczasowe zewnętrzne kapniki z blachy. Kierownik budowy zgłosił do odbioru końcowego roboty objęte umową, jak i roboty dodatkowe w dniu 22 grudnia 2008 r.

Sąd Okręgowy wskazał, że powyższych ustaleń faktycznych dokonał na podstawie przywołanych dowodów ze źródeł osobowych i pozaosobowych. Dowodom tym Sąd przydał moc dowodową i walor wiarygodności. Brak aneksu nr (...) do umowy nie stanowił, w ocenie Sądu, przeszkody do przyjęcia na podstawie domniemania, że został podpisany. Świadczyło o tym chociażby pismo interwenienta ubocznego z dnia 16 kwietnia 2009 r., w którym wskazano nawet wysokość wynikającego z niego wynagrodzenia. Stanowiący natomiast o zakresie robót z umowy głównej załącznik nr (...) znajduje się w teczce dołączonej do pozwu i w ocenie Sądu w powiązaniu z dowodami w postaci kosztorysów oraz zeznań powoda i świadków K. C. (1) i E. N. (1) pozwalał na ustalenie tego zakresu. Brak oryginału tego dokumentu nie mógł mieć znaczenia przesądzającego negatywnie o tym ustaleniu zważywszy choćby pismo interwenienta ubocznego z dnia 22 kwietnia 2013 r. o tym, że zakres prac i ich wykonanie przez powoda zostało wyjaśnione i nie jest pomiędzy stronami sporny. Za wiarygodną w całości uznał Sąd opinię biegłego S. K.. W pierwszej opinii podstawowej biegły oświadczył, że z braku dokumentów źródłowych nie jest w stanie ściśle odpowiedzieć na postawione w postanowieniu dowodowym pytania, jednak po wizycie na miejscu prac, rozmowach z powodem i pełnomocnikiem pozwanej Gminy oraz analizie przedstawionej dokumentacji w dalszych opiniach pisemnych oraz w czasie ustnych wyjaśnień biegły jednoznacznie wyjaśnił, że powód wykonał powierzone mu prace, które zostały odebrane przez kierownika budowy oraz wyjaśnił przyczyny przestojów wskazując, że nie leżały one po stronie powoda, lecz wynikały z braku dokumentacji, poszerzenia zadań, braku decyzji inwestora. W celu wyeliminowania wątpliwości pozwanej oraz interwenienta ubocznego co do możliwości skorzystania przez biegłego z informacji podanych mu przez powoda w czasie spotkania przed wydaniem pisemnej opinii uzupełniającej Sąd przesłuchał powoda z udziałem biegłego na podstawie art. 284 k.p.c. W ocenie Sądu sięgnięcie przez biegłego do wyjaśnień powoda co do przyporządkowania kwot wskazanych w fakturach do konkretnych kosztorysów i wykonanych robót nie dyskwalifikowało opinii zważywszy na trudności dowodowe w tej sprawie wynikające z braku dokumentacji źródłowej obejmującej choćby oryginał załącznika nr (...) do umowy głównej, czy aneksu nr (...). Biegły wyjaśnił, że w procesie budowlanym dwie osoby będące najbliższymi prac budowlanych nadzorujące te prace, mają tym samym największą, najszerszą wiedzę na temat sposobu ich wykonania. Są to K. C. (1) - kierownik budowy z ramienia zamawiającego interwenienta ubocznego i T. S. (1) - inspektor nadzoru z ramienia pozwanej Gminy. Obydwaj zostali przesłuchani w charakterze świadków.

Sąd dał wiarę ich zeznaniom, a także zeznaniom świadka E. N. (1) oraz powoda. Sąd uznał również moc dowodową dokumentów wskazanych przy ustalaniu stanu faktycznego, które stanowiły wiarygodny materiał dowodowy. Dowody z zeznań pozostałych świadków zdaniem Sądu były nieistotne dla dokonania ustaleń faktycznych. Świadczenie mieli w istocie niewiele wspólnego z inwestycją. Twierdzenia świadka M. S. stanowiły w istocie jego ocenę, gdy zeznał, że nieterminowość prac powoda spowodowana była jego opieszałością. To samo dotyczyło zeznań świadka R. C. i L. B. o wadliwości obmiarów dokonywanych przez powoda. W tym zakresie wiarę należało dać dowodowi w postaci dziennika budowy oraz opinii biegłego S. K..

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo zasługiwało na uwzględnienie w zakresie należności głównej.

Gmina W. twierdziła, że nie знаła treści aneksów do umowy podwykonawczej z powodem, a pismo zawierające wniosek o wyrażenie zgody na podzlecenie części robót wynikających z umowy głównej otrzymała, gdy umowa (oraz aneks nr (...)) była już zawarta. To jej zdaniem zwalniało ją z odpowiedzialności względem podwykonawcy wynikającej z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Sąd I instancji wskazał, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób - bierny albo czynny. O wyrażeniu zgody w sposób bierny stanowi art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie 2 k.c. Z kolei czynny sposób wyrażenia zgody może przybrać różną formę. Inwestor może wyrazić ją w sposób wyraźny pisemnie lub ustnie, albo przez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Może to zatem nastąpić poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, np. poprzez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie podobnych czynności. Jeżeli inwestor w sposób czynny wyraża zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji, to nie jest konieczne przedłożenie mu dokumentacji. 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.

Sąd Okręgowy wskazał, że pozwana Gmina wyraziła zgodę na podwykonawstwo powoda w sposób czynny w piśmie z dnia 18 czerwca 2008 r. Fakt, że nastąpiło to już po zawarciu umowy przez interwenienta ubocznego z powodem nie zwalnia pozwanej z odpowiedzialności wynikającej z art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c., ponieważ zgoda ta mogłaby zostać wyrażona w każdym czasie. Inna byłaby sytuacja pozwanej, gdyby w terminie 14 dni od przedstawienia jej przez wykonawcę umowy z powodem - podwykonawcą lub jej projektu zgłosiła sprzeciw lub zastrzeżenia, co jednak nie miało miejsca w sprawie. Pozwana Gmina miała pełną świadomość zarówno co do osoby powoda jako podwykonawcy (...) w zakresie robót dekarских i obróbek blacharskich w szkole podstawowej nr (...) w W. określonych w umowie głównej powoda z interwenientem ubocznym, wszystkich aneksach, jak również co do konieczności wykonania podwyższenia ogniomurów na dachu płaskim szkoły, co nie znalazło odzwierciedlenia w żadnym aneksie mimo konieczności wykonania tych prac. Wskazywały na to nie tylko wpisy z dziennika budowy, ale również zeznania świadka T. S. (1) - inspektora nadzoru z ramienia zamawiającego. Zdaniem Sądu I instancji niewyobrażalna była sytuacja, aby pozwana nie wiedziała jaki jest zakres remontu dachów w prowadzonej przez nią szkole. Fakt, że zlecała powodowi bezpośrednio usuwanie gruzu po katastrofie budowlanej również dowodził jej wiedzy o wykonywaniu przez niego prac dekarских i blacharskich w szkole. W tej sytuacji Sąd Okręgowy przyjął istnienie odpowiedzialności pozwanej Gminy względem J. D. na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. za zapłatę wynagrodzenia za roboty wykonane przez niego w ramach realizacji inwestycji w szkole podstawowej nr (...) w W.. Sąd I instancji uznał także, że roszczenie powoda wynikające z umowy z dnia 23 maja 2008 r. i aneksów do niej, jak również w związku z wykonaniem podwyższenia ogniomurów na dachu płaskim, było w całości usprawiedliwione.

Wynagrodzenie za roboty zlecone powodowi miało wynieść 971.209,38 zł netto (bez tych zleconych bez aneksu). J. D. - co było bezsporne - otrzymał od zamawiającego inwestora kwotę 340.134,17 zł brutto. Dowód z opinii biegłego potwierdził prawidłowość wystawienia faktur, które powód uczynił podstawą faktyczną powództwa w powiązaniu z zakresem wykonanych przez J. D. robót opisanych w kosztorysach i zatwierdzonych przez kierownika budowy. Wszelkie wątpliwości dotyczące ilości kosztorysowych cen jednostkowych, w tym co do ceny folii paroprzepuszczalnej, biegły wyjaśnił na korzyść powoda. W dniu 29 października 2008 r. powód sporządził kosztorys powykonawczy na

remont dachu szkoły na kwotę 57.485,61 zł, obejmujący szczegółowo określone w nim roboty. Odbiór tych robót w kosztorysie potwierdził interwenient uboczny oraz dowód z opinii biegłego. J. D. wystawił fakturę nr (...) na tę kwotę, która nie została zapłacona. Oznaczało to, że żądanie w tej części było zasadne. W dniu 6 grudnia 2008 r. powód sporządził kosztorys powykonawczy na docieplenie stropodachu ma kwotę 46.170,55 zł, obejmujący szczegółowo określone w nim roboty. (...) potwierdziła odbiór tych robót w kosztorysie. Powód wystawił fakturę nr (...) na tę kwotę uznaną w całości przez zamawiającego i niezapłaconą. Także w tym zakresie - zdaniem Sądu I instancji - powództwo było zatem uzasadnione. Roboty objęte fakturą nr (...) z dnia 6 listopada 2008 r. na kwotę 50.325 zł brutto z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących wynikały z aneksów nr (...) i zostały wykonane w całości. I ta faktura nie została zapłacona przez zamawiającego, a jej zasadność nie budziła wątpliwości Sądu Okręgowego. Roboty objęte fakturą nr (...) z dnia 9 grudnia 2008 r. na kwotę 117.586,16 zł brutto z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących - dach styropapowy zostały wykonane w całości. Wykonanie robót ujętych w tej fakturze potwierdził kierownik budowy K. C. (1) oraz biegły S. K.. Niesporne było, że faktura nie została zapłacona przez zamawiającego, zatem i w tym zakresie powód udowodnił swoje roszczenie. Roboty objęte fakturą nr (...) z dnia 9 grudnia 2008 r. na kwotę 29.871,55 zł brutto z tytułu krycia dachu dachówką oraz robót towarzyszących zostały w całości zaakceptowane przez interwenienta ubocznego, lecz faktury nie zapłacono. Opinia pisemna uzupełniająca biegłego S. K. oraz ustne wyjaśnienia tego biegłego złożone na rozprawie w dniu 27 marca 2015 r., z uzupełniającym przesłuchaniem powoda w charakterze strony z udziałem biegłego, potwierdziły prawidłowość jej wystawienia na podstawie wykonanych robót i kosztorysu. Z tego względu Sąd I instancji uznał zasadność roszczenia powoda także w tym zakresie.

Sąd I instancji wskazał także, iż zarzuty pozwanej Gminy oraz interwenienta ubocznego podniesione przeciwko żądaniu powoda nie znajdowały potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. J. D. prawidłowo rozliczył wykonane roboty, czego dowodziły kosztorysy, faktury oraz opinia biegłego, a pomocniczo zeznania świadków K. C. (1), T. S. (1) oraz przesłuchanie powoda. W świetle opinii biegłego sądowego zarzuty dotyczące zawyżenia cen jednostkowych, czy niewykonania robót były chybione. Zdaniem Sądu Okręgowego chybiony był także zarzut potrącenia zgłoszony przez (...), a popierany w sprawie przez Gminę W.. Interwenient uboczny podnosił, że posiada wobec powoda wierzytelność wynikającą po pierwsze z kary umownej naliczonej powodowi w związku z nieterminowym zakończeniem robót (kwota 321.483,82 zł), po drugie z pokrycia za powoda kosztów wywozu gruzu (kwota 21.558,62 zł), po trzeciej z pokrycia za powoda kosztów zniszczonej stolarki okiennej (kwota 15.745 zł). Pozwana Gmina powoływała się na bezzasadność powództwa z uwagi na wygaśnięcie roszczenia wobec dokonanego skutecznie przez (...) potrącenia wzajemnych wierzytelności. Interwenient uboczny zarzucił J. D. nieterminowe wykonanie robót, ale zdaniem Sądu Okręgowego zarzut ten był chybiony, ponieważ roboty objęte umową główną zostały wykonane do dnia 30 sierpnia 2008 r., na co wskazywały wpisy w dzienniku budowy i kosztorysy wykonane przez powoda, a zatwierdzone przez kierownika budowy. Roboty wynikające z aneksów zostały wykonane najpóźniej do dnia 12 listopada 2008 r. na co wskazywał sam interwenient uboczny w piśmie z dnia 16 kwietnia 2009 r. Sąd I instancji wskazał również, że gdy uwzględnia się, iż zakres prac zleczonych powodowi zwiększał się, a w czasie ich wykonywania pojawiały się przestoje, których przyczyny nie leżały po stronie J. D., lecz (...), to uznać należało, że powód wykonał wszystkie prace w terminie. Uwzględnić też należało, że interwenient uboczny zawarł z pozwaną Gminą aneks do umowy głównej przedłużający wykonanie robót do dnia 25 października 2008 r., a jednocześnie nie zgodził się na prośbę powoda o przedłużenie terminu zakończenia robót i to mimo że nie musiał płacić kar na rzecz Gminy W.. W tej sytuacji żądanie z tytułu kar umownych i tak podlegałoby miarkowaniu na podstawie art. 483 § 2 k.c. (powinno być art. 484 § 2 k.c.) w sposób prowadzący do jej nienaliczenia. Zdaniem Sądu Okręgowego zakres prac zleczonych powodowi w powiązaniu z niezapewnieniem przez interwenienta ubocznego frontu robót doprowadziły do przesunięcia daty zakończenia prac, a to skutkowało musiło nieuwzględnieniem roszczenia wynikającego z naliczenia kary umownej. Interwenient uboczny nie miał również roszczenia o zapłatę z tytułu wywozu gruzu, ponieważ zgodnie z § 11 ust. 7 umowy z dnia 23 maja 2008 r. wywóz materiału z demontażu leżał po stronie zamawiającego. Na taką interpretację umowy wskazywała korespondencja elektroniczna, z której wynikał taki właśnie zamiar stron. W tej sytuacji Sąd I instancji uznał, że (...) i w tym zakresie nie miał roszczenia do strony powodowej. Nie istnieje wierzytelność, którą można by potrącić z wierzytelnością powoda wynikającą z faktur. W ocenie Sądu Okręgowego J. D. wykazał, że poniósł koszty naprawy zniszczonej stolarki okiennej, stąd roszczenie interwenienta ubocznego z tego tytułu było nieusprawiedliwione. Wskazali na to świadkowie K. C. (1) i E. N. (1) oraz powód. W konsekwencji wobec braku



wierzytelności do potrącenia z wierzytelnością powoda wynikającą z faktur nr (...) z 2008 r., kwoty z nich wynikające podlegały zasądzeniu od Gminy W. na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c.

Za chybiony uznał Sąd I instancji podniesiony przez pozwaną Gminę zarzut przedawnienia roszczenia wynikającego z faktury VAT nr (...). Wskazał, na wyjaśnienie powoda zawarte w piśmie z dnia 30 kwietnia 2013 r., w którym podtrzymał on powództwo, jednocześnie prostując numer faktury wskazanej w pozwie, a opiewającej na kwotę 29.871,55 zł - zamiast nr (...), (...). Wyjaśnienie to uznane zostało za logiczne z uwagi na kwotę wynikającą z faktury, która nie różni się z tą zgłoszoną w pozwie.

Za nieuzasadnione uznał Sąd Okręgowy żądanie powoda w zakresie roszczeni ubocznego, wskazując, że w wyroku z dnia 5 września 2012 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że zakres przedmiotowy odpowiedzialności inwestora ograniczony jest w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. do wynagrodzenia należnego podwykonawcy od wykonawcy. Inwestor nie odpowiada natomiast za odsetki za opóźnienie powstałe po stronie wykonawcy. W tym zakresie powództwo zostało zatem oddalone.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 100 zdanie 2 k.p.c., przyjmując że powód uległ jedynie co do nieznacznej części swojego żądania. O nierozliczonych dotychczas kosztach sądowych orzeczono natomiast na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

***Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wniosły obie strony oraz interwenient uboczny.***

***Powód zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie pkt II co do oddalenia powództwa o odsetki za okres od dnia 7 marca 2009 r. do dnia zapłaty.*** Orzeczeniu zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 481 § 1 k.c., poprzez jego niewłaściwe niezastosowanie w sytuacji, gdy z chwilą wezwania inwestora do zapłaty wynagrodzenia, inwestor popadł w zwłokę wobec podwykonawcy, odpowiadając w tym zakresie wobec podwykonawcy, jak za własne zobowiązanie.

Podnosząc powyższy zarzut powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od Gminy W. na rzecz J. D. odsetek ustawowych od kwoty 507.702,71 zł liczonych od dnia 7 marca 2009 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania za II instancję, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych.

***Pozwana zaskarżyła wyrok w części dotyczącej pkt I co do zasądzenia od pozwanej na rzecz powoda kwoty 507.702,71 zł oraz kwoty 42.138 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, a także co do pkt III.*** Orzeczeniu zarzuciła:

1/ naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

a/ art. 647<sup>1</sup> § 1-5 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie przez Sąd I instancji, że:

- odpowiedzialność solidarna inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy obejmuje wszelkie (dowolne) roboty wykonane przez podwykonawcę, kiedy to prawidłowa wykładnia tych przepisów pozwala na stwierdzenie, że odpowiedzialnością solidarną nie są objęte należności wynikające z wykonania przez podwykonawcę robót budowlanych - dodatkowych, które nie były objęte umową inwestora i wykonawcy;

- odpowiedzialność solidarna Gminy W. obejmuje także wynagrodzenie z tytułu robót budowlanych wskazanych w aneksie nr (...) do umowy, kiedy to powód, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 6 k.c. nie udowodnił faktu zawarcia tego aneksu ani też nie udowodnił jakie roboty miały być wykonane na podstawie tego aneksu i jakie wynagrodzenie było należne powodowi z tytułu ich wykonania, co uniemożliwia ustalenie gwarancyjnej odpowiedzialności pozwanej i jej zakresu;

- powód był uprawniony do żądania zapłaty na swoją rzecz należności, które zostały potrącone przez wykonawcę ((...)) z tytułu kar umownych, kiedy to prawidłowa wykładnia art. 647<sup>(1)</sup> § 1 k.c. pozwala stwierdzić, że odpowiedzialność

solidarna inwestora z wykonawcą nie obejmuje wzajemnych roszczeń pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą z tytułu kar umownych naliczonych podwykonawcy;

- dla ustalenia odpowiedzialności Gminy W. z tytułu wynagrodzenia należnego powodowi nie zachodzi konieczność ustalenia odpowiedzialności wykonawcy za wynagrodzenie należne podwykonawcy, a tym samym pominięcie dokonania takiego ustalenia, co wykluczało ustalenie po stronie Gminy W. odpowiedzialności solidarnej za zapłatę tego wynagrodzenia;

- Gmina W. odpowiada wobec powoda za zapłatę należnego mu wynagrodzenia na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c., kiedy to powód już w apelacji od wyroku z dnia 20 lutego 2012 r., I C 87/10, podnosił zarzut nierozpoznania sprawy co do istoty i niewzięcie pod uwagę, że (...) zerwała zawartą z nim umowę, kiedy to wykładnia art. 647<sup>(1)</sup> k.c. prowadzi do wniosku, że odstąpienie przez wykonawcę od umowy z podwykonawcą wyłącza odpowiedzialność solidarną inwestora wobec podwykonawcy,

b/ art. 103 § 1-3 k.c. w zw. z art. 63 § 2 k.c. i w zw. z art. 647<sup>(1)</sup> § 4-5 k.c. poprzez ich niezastosowanie w sprawie, skutkujące uznaniem przez Sąd I instancji, że zarówno umowa nr (...) z 23 maja 2002 r. zawarta pomiędzy powodem a (...), jak i aneksy do tej umowy, zostały skutecznie zawarte i dokumenty te mogą stanowić źródło podstawy solidarnej odpowiedzialności Gminy W. za wynagrodzenie należne powodowi, kiedy to J. S., podpisując te dokumenty w imieniu (...) działał bez umocowania wynikającego z akt rejestrowych tej spółki, skutkiem czego ww. umowa i aneksy nie zostały skutecznie zawarte, co powoduje brak odpowiedzialności solidarnej pozwanej wobec powoda,

c/ art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2015 r., poz. 1515 ze zm.) oraz art. 262 w zw. z art. 54 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie, albowiem jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych dla gminy, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej; brak podpisu skarbnika powoduje bezskuteczność czynności prawnej, tj. bezskuteczność złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na działanie powoda jako podwykonawcę, skutkującej powstaniem odpowiedzialności solidarnej pozwanej w ramach przepisu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., co miało miejsce w przedmiotowym sporze,

2/ naruszenie przepisów postępowania w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

a/ art. 207 § 6 k.p.c. i art. 217 § 2 k.p.c. poprzez spóźnione zgłoszenie przez powoda zarzutu miarkowania kar umownych oraz art. 227 k.p.c. poprzez nieustalenie zasad miarkowania kar umownych, co skutkowało dokonaniem przez Sąd miarkowania kar umownych oraz uznaniem, że nie są one należne w ogóle,

b/ art. 233 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. i art. 231 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami wiedzy, logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego ocenę dowodów z aneksu nr (...) w zw. z umową nr (...) skutkującą błędnym uznaniem, że w sytuacji, gdy powód przebywał na terenie budowy i wykonywał roboty wynikające z tej umowy, pozwana wyraziła czynną dorozumianą zgodę na zawarcie aneksów do tej umowy i powierzenie powodowi wykonania robót w nich określonych,

c/ art. 235 § 1 k.p.c. w zw. z art. 284 k.p.c. i art. 6 k.c. poprzez sprzeczną z zasadami wiedzy, logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego ocenę dowodu z opinii biegłego S. K. wraz z opiniami uzupełniającymi, a tym samym:

- zezwolenie przez Sąd I instancji na przeprowadzenie postępowania dowodowego przez biegłego w siedzibie pełnomocnika powoda;

- a także poprzez przyjęcie, że zezwolenie na bezpośrednie spotkanie biegłego z powodem i pozwanym poza siedzibą Sądu celem dokonania przy pomocy powoda usystematyzowania akt sprawy stanowi określony w art. 284 k.p.c. udział biegłego w postępowaniu dowodowym;

- oraz przyjęcie, że dopuszczalne jest w ramach wydawania opinii przez biegłego i ustalania przez niego okoliczności faktycznych sprawy sięgnięcie do wyjaśnień powoda co do przyporządkowania kwot wskazanych w fakturach do konkretnych kosztorysów i wykonanych robót, kiedy to zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa na stronie, która wywodzi skutki prawne z określonej czynności,

d/ art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez dokonanie błędnego ustalenia faktycznego, iż powodowi z tytułu faktury VAT nr (...) pozostaje do zapłaty kwota 211.446 zł pomniejszona o korektę w kwocie 5.182,31 zł, tj. kwota 206.263,69 zł, gdy tymczasem kwota z tej faktury powinna zostać obniżona o wartość zapłaconej przez interwenienta ubocznego zaliczki w kwocie 183.000 zł (150.000 zł netto), co wynika z zeznań powoda, opinii uzupełniającej biegłego oraz ustaleń samego Sądu I instancji,

e/ art. 233 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. i art. 231 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami wiedzy, logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego ocenę dowodów z: zeznań powoda na rozprawie w dniu 13 lutego 2012 r., umowy nr (...) z 23 maja 2002 r., kosztorysów do umowy i aneksów oraz przejściowych protokołów odbioru robót, umowy z 10 marca 2008 r. nr (...), załącznika nr (...) do umowy nr (...), pisma (...) z 16 kwietnia 2009 r. - skutkującą błędnym uznaniem, że powód (1) nie zawyżył faktur wystawionych na rzecz (...), (2) że powód wykonał pełen zakres robót wskazany w przedstawionych przez niego kosztorysach i przejściowych protokołach odbioru robót (tj. w ilości zgodnej z twierdzeniami powoda) oraz (3) że prace wykonane przez powoda pokrywały się z zakresem prac wchodzącym w zakres umowy (...),

f/ art. 233 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez ustalenie wbrew materiałowi dowodowemu, że powód nie wykonał umowy ze zwłoką co uzasadniałoby obciążenie powoda karami umownymi,

g/ art. 233 § 1 i 2 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami wiedzy, logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego ocenę dowodów z: umowy z 10 marca 2008 r. nr (...), umowy nr (...) z 23 maja 2002 r. w zakresie § 7, dziennika budowy, zeznań powoda z 13 lutego 2012 r., pisma powoda do Urzędu Miejskiego w W. z 12 listopada 2008 r., pisma inwestora zastępczego - (...) sp. z o.o. dotyczącego usunięcia i wywozu gruzu z sali gimnastycznej - polegającą na uznaniu, że zgodnym zamiarem stron było dokonanie wywozu całego gruzu z terenu budowy przez (...) (na podstawie umowy z powodem - § 11 ust. 7), co doprowadziło Sąd I instancji do uznania, że po stronie interwenienta ubocznego nie istniały podstawy do potrącenia z wynagrodzenia powoda należności z tytułu uprzątnięcia terenu budowy i wywozu gruzu,

h/ art. 233 § 1 i 2 k.p.c. poprzez sprzeczną z zasadami wiedzy, logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego ocenę dowodów z: pisma (...) (k. 85-86) - polegającą na uznaniu, że brak było po stronie interwenienta ubocznego uprawnienia do dokonania potrącenia należności za uszkodzone przez powoda i niewymienione przez niego okna w budynku szkoły,

i/ art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie za wiarygodne wyłącznie zeznań świadków K. C., T. S. i E. N. oraz błędne uznanie zeznań pozostałych świadków za nieistotne z uwagi na to, że „mieli oni niewiele wspólnego z inwestycją”,

j/ art. 386 § 4 k.p.c. poprzez nieustalenie przez Sąd I instancji istoty sprawy i niedokonanie ustalenia, których dachów z poszczególnych budynków szkoły dotyczyła umowa i aneksy zawarte przez powoda z (...).

Wskazując na powyższe zarzuty strona pozwana wniosła o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości;
- ewentualnie, uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie celem ponownego rozpoznania;
- zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania przez Sądem I instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

- zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Interwenient uboczny zaskarżył wyrok w części dotyczącej pkt I sentencji co do zasądzenia od pozwanej na rzecz powoda kwoty 507.702,71 zł oraz kwoty 42.138 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, a także co do pkt III.** Orzeczeniu zarzucił:

1/ naruszenie przepisów postępowania, tj.:

a/ art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez dokonanie błędnego ustalenia faktycznego, iż:

- powód wykonał przedmiot umowy głównej do 30 września 2008 r., roboty wynikające z aneksu nr (...) do 15 września 2008 r., roboty wynikające z aneksu nr (...) do 7 października 2008 r., a pozostałe prace do 12 listopada 2008 r., gdy tymczasem z zeznań samego powoda, wpisów w dzienniku budowy, załączonych przez samego powoda kosztorysów oraz z zeznań świadków wynika, że powód w dniu 30 października 2008 r. wykonał jedynie 63,11% prac z umowy głównej, w dniu 3 listopada 2008 r. rozpoczął dopiero prace na dachu płaskim, a prace zakończył 12 listopada 2008 r.;

- powód nie spóźnił się z wykonaniem prac objętych aneksami, ponieważ przestoje obciążały interwenienta ubocznego, względnie pozwaną, z uwagi na niezapewnienie frontu robót, tj. brak rusztowań, brak decyzji co do folii i przekroju rynien, gdy tymczasem z zeznań inspektora nadzoru, kierownika budowy K. H., R. C., L. B., M. S., R. K. wynika, że powód miał przez cały czas udostępniony front robót, kwestia związana z folią nie miała wpływu na realizację prac przez powoda, a przerwy w wykonywaniu robót dotyczyły powoda, który nie pojawiał się na budowie, ponieważ delegował pracowników w inne miejsca na terenie miasta W. - co w konsekwencji doprowadziło do uznania przez Sąd I instancji, iż powód nie ponosił odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu przez niego prac, a interwenient uboczny nie miał podstawy faktycznej do naliczenia kary umownej i przedstawienia jej do potrącenia z wierzytelnościami powoda,

b/ art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez dokonanie błędnego ustalenia faktycznego, iż zeznania świadka T. S. (1) (inspektora nadzoru) oraz wpisy do dziennika budowy potwierdzają, że pozwana miała pełną świadomość odnośnie do zakresu robót wykonywanych przez powoda, no co nie pozwala zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a w szczególności zeznania świadka T. S. (1), który wskazał, że nie pamięta, aby były aneksy zawierane pomiędzy powodem a interwenientem ubocznym, jak również świadka E. Z. - przedstawiciela inwestora zastępczego, która zeznała, iż o fakturach powoda (tj. zakresie i wartości wykonanych przez powoda prac) dowiedziała się po raz pierwszy z pozwu złożonego w niniejszej sprawie,

c/ art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, że opinia uzupełniająca biegłego (wraz z dalszymi opiniami uzupełniającymi) jest dowodem pozwalającym ustalić wskazaną w wyroku kasatoryjnym okoliczność, „czy roboty ujęte w fakturach złożonych do akt sprawy zostały wykonane przez powoda na podstawie umowy z interwenientem ubocznym i czy ceny w nich wskazane są zgodne z kosztorysami i umową”, gdy tymczasem biegły sporządził opinię:

- przypisując do poszczególnych faktur kosztorysy według wytycznych powoda, przekazanych biegłemu na spotkaniu, bez ich weryfikacji;

- zakładając, iż każdy kosztorys i każda faktura zostały zaakceptowane w pełnej wysokości przez interwenienta ubocznego, co jest niezgodne z rzeczywistością, w szczególności w świetle zarzutów interwenienta ubocznego dotyczącego zawyżenia wynagrodzenia przez powoda o kwotę 155.763,39 zł z uwagi na błędnie podany zakres i wartość robót i podnoszenia, że do tych samych robót powód stosuje w kosztorysach różne stawki wynagrodzenia;

- nie weryfikując obmiaru robót wskazanych w kosztorysach z rzeczywistością, pomimo zgłaszanego od początku procesu zarzutu interwenienta ubocznego dotyczącego zawyżenia przez powoda wynagrodzenia o kwotę 155.763,39 zł wraz z podaniem szczegółowego określenia pozycji kosztorysowych i przyczyn dla których nie uznaje wynagrodzenia

powoda i pomimo tego, że biegły był obecny na miejscu realizacji inwestycji, ale nie dokonał obmiaru robót, tylko wykonał oględziny budynku „zza płotu”;

- zastrzegając, że nie ma kompletnych danych źródłowych, które umożliwiłyby ustalenie jakie wynagrodzenie i stawki powód z interwenientem ubocznym przyjęli do wzajemnych rozliczeń;

- zastrzegając, iż nie może określić, które roboty zostały wykonane w ramach umowy głównej, a które roboty były robotami dodatkowymi,

co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia, że wszystkie roboty ujęte w fakturach VAT zostały wykonane przez powoda, a ich wartość odpowiada umownemu wynagrodzeniu,

2/ naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a/ art. 118 k.c. w zw. z art. 123 § 1 pkt 1 k.c. i art. 193 § 3 k.p.c. i art. 192 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie zgłoszonego przez interwenienta ubocznego na rozprawie w dniu 25 września 2013 r. zarzutu przedawnienia roszczenia w kwocie 29.871,55 zł wynikającego z faktury nr (...) z 9 grudnia 2008 r., gdy tymczasem roszczenie wynikające z faktury nr (...) z 9 grudnia 2008 r. zostało zgłoszone przez powoda dopiero w piśmie procesowym z 30 kwietnia 2013 r. w miejsce roszczenia wynikającego z faktury VAT nr (...) z 14 sierpnia 2008 r. (przedmiotowa zmiana powództwa), co w świetle przepisów art. 193 § 3 k.p.c. i art. 192 k.p.c. powinno skutkować uznaniem, że dopiero 30 kwietnia 2013 r. powód złożył przeciwko pozwanej pozew o zapłatę tej kwoty, a zatem interwenient uboczny mógł skutecznie podnieść zarzut przedawnienia roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wynikającego z faktury VAT nr (...), które stało się wymagalne 24 grudnia 2008 r.,

b/ art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym oraz art. 262 w zw. z art. 54 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie przy ocenie skuteczności „zgody” pozwanej wyrażonej w piśmie z 18 czerwca 2008 r., co w konsekwencji spowodowało błędne przyjęcie przez Sąd I instancji, iż pozwana Gmina wyraziła skuteczną zgodę na wstąpienie powoda do procesu inwestycyjnego jako podwykonawcy, co równocześnie wiąże się z powstaniem odpowiedzialności solidarnej pozwanej w ramach przepisu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., gdy tymczasem do uznania za skuteczną czynność prawną (np. złożenia oświadczenia woli), która może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych dla gminy niezbędna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej, a brak podpisu skarbnika powoduje bezskuteczność czynności prawnej, co w przedmiocie pisma z 18 czerwca 2008 r., podpisanym wyłącznie przez zastępcę prezydenta, oznacza konieczność uznania za bezskuteczne złożone przez pozwaną oświadczenie o wyrażeniu zgody na działanie powoda jako podwykonawcy, a w konsekwencji braku powstania odpowiedzialności solidarnej pozwanej w ramach przepisu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.,

c/ art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. poprzez przyjęcie, że samo posiadanie przez inwestora (pozwaną) świadomości wykonywania przez powoda robót w zakresie remontu dachu wyznaczonym umową nr (...), jest przesłanką wystarczającą do powstania odpowiedzialności solidarnej pozwanej wobec powoda w ramach przepisu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. również z tytułu robót wykraczających poza tę umowę (aneksy nr ...) i roboty związane z podwyższeniem ogniomurów - brak umowy), gdy tymczasem warunkiem niezbędnym do powstania odpowiedzialności inwestora (pozwanej) w ramach przepisu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. jest znajomość lub możliwość poznania przez inwestora (pozwaną) postanowień pisemnych umów zawartych pomiędzy wykonawcą (interwenientem ubocznym) a podwykonawcą (powodem) przed przystąpieniem i wyrażenie zgody na te postanowienia co nie miało w niniejszej sprawie miejsca, ponieważ pozwana mogła uzyskać wiedzę o faktycznym zakresie wykonywanych przez powoda prac i warunkach ich wykonywania dopiero w 2009 r., tj. po zakończeniu realizacji robót przez powoda, kiedy to powód przedstawił inwestorowi zastępczemu aneksy nr (...), co w konsekwencji doprowadziło do zasądzenia od pozwanej na rzecz powoda wynagrodzenia z tytułu aneksów nr (...), wykonania ogniomurów i nieobjętych umową prac (faktura VAT nr (...)).

Wskazując na powyższe zarzuty interwenient uboczny wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz interwenienta ubocznego kosztów postępowania przed Sądem I instancji według norm przepisanych;
- zasądzenie od powoda na rzecz interwenienta ubocznego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Interwenient uboczny w odpowiedzi na apelację powoda z dnia 15 marca 2016 r. wniósł o oddalenie apelacji oraz zasądzenie na swoją rzecz od strony powodowej kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

J. D. w odpowiedzi na apelację pozwanej z dnia 21 marca 2016 . wniósł o oddalenie apelacji oraz zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych. Z kolei w odpowiedzi na apelację interwenienta ubocznego z dnia 20 kwietnia 2016 r. powód wniósł o oddalenie apelacji oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***apelacja powoda zasługiwała na uwzględnienie, natomiast apelacje pozwanej oraz interwenienta ubocznego były nieuzasadnione.***

Sąd Apelacyjny podziela w zasadniczej części ustalenia faktyczne poczynione w sprawie przez Sąd I instancji i przyjmuje je za własne. Opierały się one na prawidłowo zgromadzonym i ocenionym materiale dowodowym.

Strona pozwana i interwenient uboczny podnieśli w apelacji zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c. w powiązaniu z szeregiem innych przepisów prawa procesowego poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dokonanie tej oceny w sposób sprzeczny z zasadami wiedzy, logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego. Zarzuty te nie zasługiwały jednakże na podzielenie.

Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Sąd dokonuje swobodnej oceny dowodów, nie jest to jednak ocena dowolna. Granice sędziowskiej oceny dowodów wyznaczają przepisy proceduralne (przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o dowodach i postępowaniu dowodowym), reguły logicznego rozumowania oraz zasady doświadczenia życiowego. Ujęcie swobodnej oceny dowodów w ramy proceduralne oznacza, że musi ona odpowiadać warunkom określonym przez ustawę procesową. Po pierwsze, sąd może opierać się jedynie na dowodach prawidłowo przeprowadzonych. Po drugie, ocena dowodów musi być dokonana na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego (vide art. 233 § 1 in fine k.p.c.), tj. sąd musi ocenić wszystkie przeprowadzone dowody oraz uwzględnić towarzyszące im okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla oceny mocy i wiarygodności tych dowodów. Po trzecie, sąd zobowiązany jest przeprowadzić selekcję dowodów, tj. dokonać wyboru tych, na których się oparł i ewentualnie odrzucić inne, którym odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Wiąże się to jednocześnie z obowiązkiem należytego uzasadnienia orzeczenia (art. 328 § 2 k.p.c.). W związku z powyższym postawienie sądowi I instancji skutecznego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania naruszenia przepisów prawa procesowego o dowodach lub uchybienia zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, bowiem tylko takie zarzuty można przeciwstawić uprawnieniu sądu do dokonania swobodnej oceny dowodów. W tej sytuacji nie będzie wystarczające samo przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze i znaczeniu poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena dokonana przez sąd. Innymi słowy skarżący nie może ograniczyć się do przedstawienia własnego stanu faktycznego, ale musi, odwołując się do argumentów jurystycznych, wykazać, że sąd naruszył wynikające z art. 233 § 1 k.p.c. zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy.

Pozwana oraz interwenient uboczny naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c. w powyżej określony sposób, nie wykazali, ograniczając się w zasadzie do polemiki z oceną dowodów przedstawioną przez ten Sąd oraz powtórzenia zastrzeżeń prezentowanych już w postępowaniu przed Sądem I instancji, które słusznie nie zostały podzielone przez ten Sąd.

Przed wszystkim wskazać należało, że Sąd Okręgowy dokonał selekcji dowodów zgromadzonych w sprawie i wskazał na których oparł się dokonując ustaleń faktycznych. Niewątpliwie podstawowe znaczenie miał dowód z opinii biegłego, bowiem dla właściwego rozstrzygnięcia sprawy niezbędne były wiadomości specjalne z zakresu budownictwa, w tym kosztorysowania robót budowlanych. Sąd I instancji ocenił dowód z opinii biegłego sądowego S. K. jako wiarygodny i przede wszystkim na jego podstawie ustalił, że powód wykonał roboty, za które dochodził wynagrodzenia w sprawie niniejszej, wartość tych robót, a także to, że do opóźnień w wykonaniu prac przez J. D. doszło z przyczyn, za które nie ponosił on odpowiedzialności.

Za nieuzasadnione uznać należało zarzuty apelujących wskazujące na naruszenie przez Sąd I instancji art. 235 § 1 k.p.c. w zw. z art. 284 k.p.c. i art. 6 k.c. poprzez niewłaściwą ocenę dowodu z opinii biegłego S. K. (wraz z opiniami uzupełniającymi), nieuwzględniając okoliczności, w jakich doszło do jej sporządzenia. Przed wszystkim zarzucono, że biegły samodzielnie przeprowadził postępowanie dowodowe spotykając się poza siedzibą Sądu z powodem i uzyskując od niego informacje wykorzystane następnie przy sporządzaniu opinii.

W pierwszym rzędzie podnieść należało, że wbrew odmiennemu stanowisku apelujących w sprawie niniejszej biegły nie zbierał samodzielnie dowodów, na podstawie których sporządził następnie opinię. Spotkanie ze stronami służyło poczynieniu ustaleń umożliwiających biegłemu sądowemu przyporządkowanie znajdujących się materiały sprawy dokumentów do siebie, przede wszystkim kosztorysów do odpowiednich faktur. Jak wynikało bowiem z opinii podstawowej biegłego, sposób przedstawienia materiału dowodowego dołączonego do akt sprawy nie był dla niego czytelny i dlatego konieczny był bezpośredni kontakt biegłego ze stronami, aby wyjaśnić powstałe wątpliwości. Nie można jednak postępowania biegłego odczytywać jako naruszającego art. 235 § 1 k.p.c. prowadzenia postępowania dowodowego poza siedzibą Sądu orzekającego w sprawie, nie stanowiło to też o naruszeniu przez biegłego zasad bezstronności przy opracowywaniu opinii. Biegły pozyskał jedynie od stron konieczne informacje, aby móc poddać analizie zgromadzony w sprawie materiał pod kątem wykonania zlecenia otrzymanego od Sądu. Niezgodne z rzeczywistością było zatem zawarte w apelacji strony pozwanej twierdzenie, iż opinia została sporządzona przez biegłego „wyłącznie dzięki wyjaśnieniom ustnym powoda złożonym poza rozprawą”. O treści opinii zdecydowały przede wszystkim dołączone do akt sprawy dokumenty i to na tej płaszczyźnie ewentualnie należało kwestionować opinię biegłego, a nie na podstawie ogólnikowych twierdzeń o naruszeniu przez biegłego reguł bezstronności.

Biegły sądowy wyraźnie wskazał, że spotkanie ze stronami służyło usystematyzowaniu i segregacji materiału zgromadzonego w sprawie i brał w nim udział powód i pozwana. Biegły oparł swoją opinię na materiale zgromadzonym w sprawie (vide trzecia opinia uzupełniająca biegłego sądowego - k. 1687-1694). Nadto, aby wykluczyć jakiegokolwiek wątpliwości co do sposobu pozyskania przez biegłego informacji służących do właściwego sporządzenia opinii, Sąd Okręgowy w obecności biegłego sądowego przesłuchał powoda na okoliczności dotyczące zakresu wykonanych przez niego robót oraz relacji do siebie wystawionych faktur i kosztorysów, umożliwiając tym samym pozwanej i interwenientowi ubocznemu wyjaśnienie ewentualnych wątpliwości związanych z przyporządkowywaniem kosztorysów do poszczególnych faktur (k. 1571-1572).

Nie zasługiwał na podzielenie zarzut interwenienta ubocznego, iż biegły nie dokonał weryfikacji kosztorysów. Biegły S. K. wyjaśnił, że opierał się na kosztorysach zweryfikowanych przez (...), co potwierdzone było pieczęcią interwenienta ubocznego i podpisem osoby uprawnionej do dokonania takiej weryfikacji (vide k. 1753). Należało się z takim stanowiskiem biegłego zgodzić, nie było bowiem podstaw do podważania dokumentów sporządzonych w toku realizacji robót przez kompetentne osoby. Stanowisko biegłego znajdowało w tym zakresie potwierdzenie w innych dowodach zgromadzonych w sprawie, przede wszystkim w zeznaniach świadków K. C. (1) - kierownika budowy z ramienia interwenienta ubocznego oraz T. S. (1) - inspektora nadzoru z ramienia pozwanej, tj. osób, które w świetle regulacji ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane odgrywały istotne role w całym procesie budowlanym (por.

art. 17 pkt 2 i 4 ustawy). Świadek K. C. (1) zeznał, że powód wykonał prace do których by zobowiązany zgodnie z umową, w sposób prawidłowy i w terminie. Świadek nie miał zastrzeżeń do prac wykonanych przez J. D.. K. C. (1) zeznał także, że sprawdzał kosztorysy powykonawcze powoda, zaś podpisanie przez niego potwierdzenia obmiaru robót oznaczało, że powód wykonał roboty w całości i bez zastrzeżeń (k. 572 - zeznania świadka K. C. (1), odpowiedzi na pytania 2-3; k. 572v - odpowiedzi na pytania 5-7 i 10). Z kolei świadek T. S. (1) zeznał, że odbierał comiesięcznie roboty od generalnego wykonawcy (...) i nie kwestionował przy odbiorach tych robót, które faktycznie wykonywał powód (k. 817-818 - zeznania świadka T. S. (1), odpowiedź na pytanie 6). Świadek potwierdził, że potwierdzenie w obmiarze robót oznaczało prawidłowo i faktycznie wykonaną pracę (k. 818 - odpowiedź na pytanie 7).

W świetle powyższego zastrzeżenia strony pozwanej i interwenienta ubocznego do opinii biegłego S. K. uznać należało za nieuzasadnione. Zauważyć na marginesie należało, że pewne problemy, przed którymi w sprawie stanął biegły, wynikały nie tylko z postępowania powoda, ale i interwenienta ubocznego, którzy we wzajemnych rozliczeniach stosowali sposoby, które były nieczytelne dla osób postronnych, np. powodujące trudności z rozdzieleniem w kosztorysach powykonawczych robót wykonanych na podstawie umowy głównej od robót wykonanych na podstawie aneksów, czy co do przyjętych stawek rozliczeń. Jednakże kosztorysy takie były sprawdzane i weryfikowane przez kierownika budowy z ramienia (...), co musiało obejmować zarówno zakres robót (na budowie sporządzano obmiary robót, weryfikowane tak przez kierownika budowy, jak i inspektora nadzoru - vide zeznania świadka T. S. (1) - k. 820, odpowiedź na pytanie 16), jak i stawki przyjęte do ich rozliczenia. K. C. (1) wskazał w swoich zeznaniach, że otrzymane od powoda kosztorysy sprawdzał i nanosił na nie korekty. Zarzut interwenienta ubocznego, iż K. C. (1) nie miał uprawnień do reprezentowania go przy realizacji umowy, był niejasny i należało go uznać za nieuzasadniony w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego (rzeczywistego udziału ww. w procesie budowlanym i wykonywaniu przez niego konkretnych czynności) oraz przepisów Prawa budowlanego odnoszących się do uprawnień kierownika budowy.

W tych okolicznościach nie zasługiwały na podzielenie zastrzeżenia apelujących co do oparcia się przez biegłego sądowego przy sporządzaniu opinii na zweryfikowanych kosztorysach powykonawczych dołączonych do akt niniejszej sprawy. W konsekwencji nie było też podstaw do uznania za trafny zarzutu strony pozwanej dotyczącego naruszenia art. 233 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. i art. 231 k.p.c. poprzez pominięcie okoliczności, że powód zawyżył faktury obejmujące wynagrodzenie należne mu od (...).

W konsekwencji uznania za prawidłową oceny dowodów dokonanej przez Sąd Okręgowy nie można było też podzielić zastrzeżeń pozwanej i interwenienta ubocznego co do ustaleń dotyczących przyczyn częściowego opóźnienia się przez powoda z wykonaniem robót objętych umową nr (...) oraz aneksów do niej. Zauważyć należało, że biegły sądowy odnosząc się w swojej opinii do tej kwestii wskazywał przede wszystkim na dowody z dokumentów zgromadzone w aktach sprawy, w szczególności zaś zapisy poczynione w dzienniku budowy. Uwzględniając dodatkowo dowody z zeznań świadków K. C. (1) i E. N. (1), jak również zeznania przesłuchanego w charakterze strony powodowej J. D. zgodzić należało się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, że w sprawie nie było podstaw do dokonania ustalenia, że uchybienie terminowi wykonania prac objętych umową nr (...) oraz aneksów do niej nastąpiło na skutek okoliczności za które odpowiada powód. Oznaczało to jednocześnie, że nie było podstaw do obciążenia J. D. karą umową za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części uzasadnienia.

Nie zasługiwał także na podzielenie zarzut apelacji strony pozwanej dotyczący naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez dokonanie błędnego ustalenia faktycznego, iż powodowi z tytułu faktury VAT nr (...) pozostawała do zapłaty kwota 211.446 zł pomniejszona o korektę w kwocie 5.182,31 zł, tj. kwota 206.263,69 zł, w sytuacji gdy kwota z tej faktury powinna zostać obniżona o wartość zapłaconej przez interwenienta ubocznego zaliczki w kwocie 183.000 zł (150.000 zł netto).

Zeznający w charakterze strony powód J. D. wyraźnie wskazał, że kwota objęta fakturą VAT nr (...) uwzględnia już fakt rozliczenia zaliczki w wysokości 183.000 zł. Odwołał się przy tym do „Przejściowego Protokołu Odbioru (...) nr (...) za okres 01.08.2008 r. - 30.10.2008 r.” (k. 103-107), w którym jako wartość robót w okresie rozliczeniowym wskazano 327.664,32 zł (k. 1571 - zeznania J. D.). Twierdzenia powoda znajdowały zatem potwierdzenie w dokumentach



dołączonych do akt sprawy, a jeżeli strona pozwana twierdziła, że uiszczona zaliczka winna zostać rozliczona z należnością wynikającą z faktury VAT nr (...), to okoliczność taką powinna udowodnić (art. 6 k.c.). Dowodów takich pozwana jednak nie zaferowała. Zauważyć także należało, że powód w dniu 1 października 2008 r. wystawił fakturę VAT nr (...) właśnie na kwotę brutto 183.000 zł (vide k. 289), z której należności nie dochodził w sprawie niniejszej, uznając ją bowiem za uregulowaną (vide k. 82 - pismo powoda z 27 października 2008 r.). Również z pisma interwenienta ubocznego z 19 lutego 2009 r. wynikało, że zaliczka została rozliczona właśnie fakturą VAT nr (...) (k. 319 - pismo z 19 lutego 2009 r.).

Przechodząc do istoty sporu w pierwszym rzędzie wskazać należało, że nie zasługiwały na podzielenie zarzuty strony pozwanej oraz interwenienta ubocznego dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji art. 647<sup>1</sup> § 1-5 k.c. Przepis ten wprowadza solidarną odpowiedzialność inwestora z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.). Powstanie solidarnej odpowiedzialności inwestora, o której mowa jest w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., uzależnione jest od wystąpienia trzech przesłanek. Po pierwsze, zawarcia przez wykonawcę z podwykonawcą umowy, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, przy czym wymagane jest zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności. W świetle stanowiska judykatury przesłankę tę rozumieć należy w ten sposób, że przedmiot świadczenia podwykonawcy spełniony na podstawie umowy z wykonawcą musi wchodzić w skład obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach zawartej z inwestorem umowy o roboty budowlane (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2008 r., I CSK 106/08, OSNC-ZD 2009/C/64). Po drugie, wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie ww. umowy. Po trzecie, aby odpowiedzialność ta zaistniała, konieczne jest istnienie wymagalnej wierzytelności podwykonawcy wobec wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Zgoda inwestora, o której mowa jest w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie pierwsze k.c., może przybrać postać czynną lub bierną. O zgodzie wyrażonej w sposób bierny mowa jest w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c., natomiast zgoda czynna może zostać wyrażona albo przez złożenie wyraźnego oświadczenia woli przez inwestora albo w sposób dorozumiany, przez każde zachowanie, które ujawnia wolę w sposób dostateczny (art. 60 k.c.). O ile zatem procedura biernego wyrażenia zgody (tzw. zgody domniemanej) jest sformalizowana i wynika z regulacji zawartej w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c., o tyle zgoda czynna nie została uregulowana i podlega ogólnym zasadom składania oświadczeń woli. Przy zgodzie czynnej wysłowionej przez inwestora wprost w zasadzie nie powinny występować żadne wątpliwości, inaczej jest natomiast w sytuacjach, gdy udzielenie zgody wywodzi się z całokształtu zachowania inwestora, tzn. wskazuje się na jej udzielenie w sposób dorozumiany. Wątpliwości te znajdują też odzwierciedlenie w niejednolitej judykaturze. W ocenie Sądu Apelacyjnego warunkiem powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora jest akceptacja umowy o roboty budowlane zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą, którą inwestor zna lub ma możliwość zapoznania się przynajmniej z tymi jej postanowieniami, które wyznaczają zakres odpowiedzialności inwestora wskazanej w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Dotyczy to podstawowych kwestii podmiotowych i przedmiotowych umowy podwykonawczej. Zgoda inwestora odnosi się zatem do zindywidualizowanego podwykonawcy, dotyczy konkretnej umowy i nie może mieć charakteru blankietowej zgody na zawieranie umów przez wykonawcę z podwykonawcami (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., III CZP 108/15, OSNC 2017/2/14).

Przechodząc do okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić należało, że Gmina W. i (...) kwestionowali zaistnienie wszystkich trzech ww. przesłanek warunkujących solidarną odpowiedzialność strony pozwanej.

Na wstępie zauważyć należało, że zakres odpowiedzialności solidarnej inwestora wynika z umowy podwykonawczej, na której zawarcie inwestor udzielił zgody. Decyduje przy tym stan z chwili wyrażenia zgody. W niniejszej sprawie było niesporne, że interwenient uboczny zwrócił się do strony pozwanej o wyrażenie zgody na zawarcie umowy podwykonawczej z J. D., dołączając projekt umowy, a Gmina W. takiej zgody udzieliła (k. 276 - pismo (...) z 11 czerwca 2008 r., k. 277 - pismo Gminy W. z 18 czerwca 2008 r.). Pozwana wiedziała zatem, że powód wykonuje na terenie budowy określone roboty budowlane - „w zakresie remontu więźby dachowej wraz z pokryciem dachowym oraz modernizacją instalacji odgromowej”. Nie budziło zatem wątpliwości, że w przypadku zaistnienia pozostałych

przesłanek, strona pozwana była odpowiedzialna - solidarnie z interwenientem ubocznym - za zapłatę wynagrodzenia należnego powodowi za roboty wykonane na podstawie umowy nr (...). Zakres prac i należne powodowi wynagrodzenie ulegały zmianom w toku wykonywania robót. J. D. i (...) podpisali cztery aneksy do umowy podwykonawczej, z czego aneksy nr (...) zostały dołączone do materiału dowodowego. Aneksu nr (...) strony postępowania i interwenient uboczny nie byli w stanie przedstawić, jednakże w świetle całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału oraz stanowiska samych stron i interwenienta ubocznego, nie ulegało wątpliwości, że aneks nr (...) został podpisany przez J. D. i (...). Nie można było też zgodzić się z pozwaną Gminą, że brak w aktach sprawy dokumentu aneksu nr (...) uniemożliwił ustalenie daty zawarcia tego aneksu, zakresu robót oraz wysokości należnego powodowi za wykonanie tych robót wynagrodzenia. Aneks nr (...) zawarty został 17 lipca 2008 r. i obejmował remont wywietrzaka dachowego za wynagrodzeniem w wysokości 36.762,28 zł netto (vide k. 306-309 - pismo interwenienta ubocznego z 16 kwietnia 2009 r.). Symptomatyczne było przy tym, że kwestionując możliwość ustalenia treści aneksu nr (...), strona pozwana odwoływała się jednocześnie w sprawie do złożonego przez interwenienta ubocznego zarzutu potrącenia, który oparty był także na twierdzeniu o zwłoce powoda z wykonaniem prac objętych aneksem nr (...) i naliczeniem z tego tytułu kary umownej w wysokości 13.418,23 zł (vide k. 309).

Nie można też było zgodzić się z twierdzeniem pozwanej, że strona powodowa nie przedłożyła oferty wykonawcy (tj. (...)) do aneksu nr (...), a tym samym niemożliwe było ustalenie zakresu prac wykonanych przez podwykonawcę na podstawie tego aneksu, jak też tego, jakie wynagrodzenie zostało przewidziane za te roboty. Zdaniem apelującej uniemożliwiało to ustalenie jej odpowiedzialności solidarnej za roboty wykonane na podstawie aneksu nr (...) do umowy podwykonawczej. Z § 1 aneksu nr (...) wynikało, że zakres robót miał określać załącznik nr (...) stanowiący ofertę wykonawcy na objęty aneksem zakres robót. Załącznik ten dołączony został do pozwu i opisywał rodzaj robót, które miały zostać wykonane, ich ilości, ceny jednostkowe i wartość. Określał on ogólną wartość prac na 117.085,35 zł brutto (95.971,60 zł netto) (k. 64 - załącznik nr (...) do aneksu nr (...) z dnia 5 sierpnia 2008 r. do umowy (...) z dnia 23 maja 2008 r. - Docieplenie stropodachu wentylowanego nad budynkiem głównym szkoły i zapleczem socjalnym sali gimnastycznej (...)). Zarzuty strony pozwanej odnoszące się do tej kwestii uznać zatem należało za całkowicie nieuzasadnione.

Strona pozwana naruszenia art. 647<sup>(1)</sup> § 1-5 k.c. upatrywała także w tym, że aneksy zwiększające zakres robót podwykonawcy zostały zawarte zanim doszło do powierzenia przez inwestora wykonania tych robót interwenientowi ubocznemu, a zatem powód wykonał prace, które nie były jeszcze przewidziane do wykonania w umowie łączącej Gminę W. z (...). Stanowiło to naruszenie zarówno § 15 umowy nr (...), jak i § 14 umowy nr (...). Pozwana podkreśliła, że do powierzenia interwenientowi ubocznemu wykonania robót dodatkowych doszło na podstawie umowy z 30 września 2008 r. nr (...) - (...).

Powyższe zastrzeżenia apelującej uznać należało za nieuzasadnione. Nie ulegało w sprawie wątpliwości, że roboty objęte aneksami podpisanymi przez J. D. i (...) były niezbędne dla właściwego wykonania umowy zawartej pomiędzy pozwaną a interwenientem ubocznym. Przyznaje to de facto sama strona pozwana w apelacji. Umowa nr (...) z 30 września 2008 r. rozszerzyła zakres robót, które miała wykonać (...) o ułożenie folii paroprzepuszczalnej, remont powłok zewnętrznych wywietrzaka dachowego i wykonanie instalacji odgromowej dachu. Wszystkie te prace wykonane zostały przez stronę powodową, zatem ostatecznie weszły w zakres obiektu, który stanowił przedmiot umowy łączącej inwestora i wykonawcę - umowy podstawowej z 10 marca 2008 r. oraz umowy dodatkowej z 30 września 2008 r. Z punktu widzenia odpowiedzialności przewidzianej w art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. za bez znaczenia uznać należało kolejność zmian wprowadzanych do umów łączących z jednej strony podwykonawcę z wykonawcą, z drugiej zaś wykonawcę z inwestorem. W świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy zauważyć należało, że konieczność wykonania robót dodatkowych, niezbędnych dla właściwego wykonania robót podstawowych, w postaci wykonania folii dachowej, stwierdzona została 26 maja 2008 r., tj. już 3 dni po zawarciu umowy podwykonawczej (vide k. 849 - wpis do dziennika budowy kierownika budowy K. H.). Reprezentujący interesy pozwanej Gminy na budowie inspektor nadzoru T. S. (1) wpisem z tego samego dnia wskazał, że uzgodniono zastosowanie folii na całym dachu (vide k. 849 - wpis do dziennika budowy inspektora nadzoru T. S. (1)). W tych okolicznościach zawarcie 2 czerwca 2008 r. aneksu nr (...) do umowy nr (...) zwiększającego zakres robót podwykonawcy o wykonanie izolacji z

membrany paroprzepuszczalnej na całej powierzchni dachu krytego dachówką wraz z wykonaniem kontrłat stanowiło reakcją podwykonawcy i wykonawcy na sytuację zaistniałą na terenie budowy i zmierzało do właściwego wykonania powierzonych robót. Konieczność wykonania dalszych robót dodatkowych stwierdził również kierownik budowy K. C. (1) wpisem do dziennika budowy z 2 lipca 2008 r. (vide k. 856 - wpis do dziennika budowy kierownika budowy K. C. (1)). We wpisie tym mowa jest m.in. o wykonaniu remontu wywietrzaka dachowego strychu na budynku głównym, co stanowiło przedmiot aneksu nr (...) z 17 lipca 2008 r. Odczytując konsekwentnie stanowisko strony pozwanej należałoby uznać, że podwykonawca i wykonawca powinni wstrzymać się z jakimikolwiek decyzjami, w tym i pracami dodatkowymi, do 30 września 2008 r., kiedy doszło do zawarcia umowy na prace dodatkowe pomiędzy inwestorem a wykonawcą, zatem przez ponad cztery miesiące (od 26 maja 2008 r.) nie wykonywać prac niezbędnych (co potwierdzili kierownik budowy i inspektor nadzoru) dla właściwego wykonania całego przedmiotu umowy, oczekując na decyzję Gminy W.. Zauważyć przy tym należało, że 30 września 2008 r. był terminem zakończenia całości robót objętych umową nr (...) i dopiero aneksem z 23 września 2008 r. termin ten przesunięty został na 25 października 2008 r. Stanowisko pozwanej uznać zatem należało za nie tylko nie znajdujące oparcia w obowiązujących przepisach prawa, ale i wysoce niekonsekwentne w świetle okoliczności faktycznych sprawy. Na marginesie zwrócić należało uwagę i na to, że przy takim stanowisku strony pozwanej budziło wątpliwości jednoczesne powoływanie się na odmowę zapłaty powodowi dochodzonego wynagrodzenia z uwagi na złożone przez interwenienta ubocznego oświadczenie o potrąceniu, w którym wierzytelności J. D. przeciwstawiona została wierzytelność z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy. Jak wynikało z wycenienia kary umownej w wysokości 321.483,82 zł, kary te naliczane były już od 30 sierpnia 2008 r. (termin zakończenia prac objętych umową nr (...)). Tymczasem zgodnie ze stanowiskiem pozwanej powód winien wstrzymać się z robotami do czasu aż umowa pomiędzy inwestorem a wykonawcą obejmie także roboty dodatkowe, a wykonanie tych robót determinowało prawidłowe wykonanie prac podstawowych. Pozwana nie wyjaśniła w jakim zatem terminie roboty winny zostać wykonane, w sytuacji gdy o postępie prac na budowie miała decydować nie reakcja kompetentnych osób na ujawniające się w toku prac potrzeby, ale decyzyjność organów Gminy W., która jak pokazały okoliczności niniejszej sprawy potrzebowała czterech miesięcy, aby zawrzeć umowę o wykonanie niezbędnych robót dodatkowych.

Niezależnie od powyższego zauważyć należało, że okoliczność iż interwenient boczny naruszył postanowienia umowy nr (...) z 10 marca 2008 r. pozostawała bez wpływu na możliwość żądania przez podwykonawcę zapłaty wynagrodzenia od inwestora na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. Naruszenie umowy przez (...) rodziło ewentualnie odpowiedzialność kontraktową względem Gminy W., gdyby ta poniosła skutek tego szkody. Nadto, regulacja zawarta w § 1 art. 647<sup>(1)</sup> k.c. nie została powiązana z § 5 wskazanego przepisu, a o odpowiedzialności inwestora decyduje jego zgoda na zawarcie umowy między podwykonawcą i wykonawcą oraz istnienie wymagalnej wierzytelności podwykonawcy względem wykonawcy z tytułu wykonanych na podstawie tej umowy robót budowlanych, a nie postanowienia umowy o roboty budowlane zawartej pomiędzy inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą). Zgoda inwestora musi zostać udzielona przed ostatecznym wykonaniem umowy podwykonawczej, co niewątpliwie w niniejszej sprawie miało miejsce. Powód wykonywał przecież roboty do przełomu października i listopada 2008 r.

Podsumowując powyższe rozważania wskazać zatem należało, że nie miało znaczenia w sprawie to, że najpierw doszło do rozszerzenia zakresu prac w umowie łączącej podwykonawcę z wykonawcą, a dopiero następnie w umowie głównej, tj. umowie pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Okoliczność ta miała jedynie znaczenie z punktu widzenia ustalenia jaki dokładnie zakres robót obejmowała zgoda inwestora i jaki w związku z tym jest zakres jego solidarnej odpowiedzialności. Takie postępowanie podwykonawcy i wykonawcy jest oczywiście obarczone pewną dozą ryzyka, tj. tym, czy inwestor zgodzi się na rozszerzenie zakresu umowy o roboty dodatkowe, jednakże w niniejszej sprawie taki problem nie wystąpił, odpowiednia umowa pomiędzy inwestorem a wykonawcą została zawarta i jak już powyżej na to wskazywano roboty wykonane przez podwykonawcę weszły w skład obiektu stanowiącego przedmiot umowy o roboty budowlane łączącej inwestora i wykonawcę.

Przechodząc do oceny zarzutów strony pozwanej i interwenienta ubocznego odnoszących się do zakresu zgody Gminy na zawarcie umowy podwykonawczej pomiędzy J. D. a (...), w pierwszym rzędzie odwołać należało się do stanowisk stron wyrażanych w niniejszej sprawie. Powód już w pozwie powoływał się na to, że dochodzone przez niego

wynagrodzenie wynika nie tylko z umowy nr (...), ale i aneksów do niej, które to aneksy sporządzane były na podstawie oddzielnych kosztorysów i uzgodnień między stronami. Powód załączył również aneksy, z wyjątkiem aneksu nr (...), do pozwu (vide k. 43-45 - aneksy nr (...)). Nie ulegało zatem wątpliwości, że podstawa faktyczna dochodzonego przez J. D. żądania obejmowała również roboty i wynagrodzenie za nie objęte aneksami do umowy nr (...). W odpowiedzi na tak sformułowany pozew Gmina W. nie tylko nie zaprzeczyła temu, aby nie udzieliła zgody - w całości albo w jakiejś części - na zawarcie umowy podwykonawczej i aneksów do niej, ale wręcz wskazała, że zatwierdziła projekt umowy powoda z interwenientem ubocznym i wyraziła zgodę na podzlecenie J. D. przez (...) robót dekarских (vide k. 322). Strona pozwana podnosiła natomiast, że powodowi przysługiwało wynagrodzenie jedynie za roboty wykonane, a ten, mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu (art. 6 k.c.), nie wykazał, aby żądane wynagrodzenie należało mu się co do zasady i wysokości. Stanowisko to nie uległo w tym zakresie zmianie i w takim stanie faktycznym orzekł zarówno Sąd Okręgowy w Warszawie wydając wyrok w dniu 20 lutego 2012 r., jak i Sąd Apelacyjny w Warszawie rozstrzygając o apelacji powoda wyrokiem z dnia 5 grudnia 2012 r. Po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, interwenient uboczny w piśmie procesowym z dnia 23 kwietnia 2013 r. jednoznacznie uznał, że powodowi należało się wynagrodzenie w łącznej wysokości 351.939,32 zł, wynikające z następujących faktur VAT: nr (...) (kwota 19.590,11 zł), nr (...) (kwota 181.927,33 zł), nr (...) (kwota 31.259,56 zł), nr (...) (kwota 46.170,55 zł), nr (...) (kwota 68.992,24 zł) i nr (...) (kwota 3.999,53 zł), wskazując jednocześnie, że powyższa należność wygasła w związku ze złożeniem powodowi oświadczenia o potrąceniu (vide k. 1117-1126). Zauważyć należało, że należności określone w fakturach VAT nr (...) wynikały także z robót wykonanych na podstawie aneksów do umowy nr (...). Powyższe stanowisko (...) zostało w pełni podzielone przez pozwaną Gminę w jej piśmie procesowym z dnia 25 września 2013 r., w tym co do „zakresu i wartości robót wykonywanych przez powoda”. Pozwana wskazała, że kwota 351.939,32 zł „jest to bezsporna wysokość roszczenia powoda”, jakkolwiek także wskazywała na jej wygaśnięcie w związku ze złożonym przez interwenienta ubocznego oświadczeniem o potrąceniu. W dalszej części ww. pisma, strona pozwana odnosząc się do zakresu odpowiedzialności inwestora wynikającej z art. 647<sup>(1)</sup> k.c. w żadnym zakresie nie odnosiła się do kwestii zgody na zawarcie umowy podwykonawczej, wskazując natomiast na wzajemne rozliczenia pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą, które wywierały także wpływ na zakres solidarnej odpowiedzialności inwestora (vide k. 1193-1194). Kwestia braku zgody Gminy W. na zawarcie aneksów podniesiona została dopiero po sześciu (!) latach toczenia się niniejszego sporu, na jego końcowym etapie, na rozprawie w dniu 27 marca 2015 r., i to nie przez stronę pozwaną, a interwenienta ubocznego (vide k. 1573).

W świetle powyższego, przede wszystkim stwierdzić należało, że zarzuty pozwanej i interwenienta ubocznego dotyczące braku zgody Gminy W. na zawarcie aneksów do umowy nr (...) ocenić należało jako niewiarygodne, podniesione wyłącznie na potrzeby sporu sądowego. Stały one w sprzeczności ze spójnym stanowiskiem wyrażanym przez obie ww. strony przez sześć lat toczenia się przedmiotowej sprawy, w szczególności zawartym w odpowiedzi na pozew strony pozwanej stwierdzeniem o udzieleniu zgody na wykonywanie przez powoda robót dekarских oraz faktycznym uznaniem roszczenia J. D. co do kwoty 351.939,32 zł, które obejmowało także wynagrodzenie za wykonanie robót wynikających z zawartych aneksów. Diametralna zmiana stanowiska - co symptomatyczne dokonana najpierw przez interwenienta ubocznego - nie została w żaden logiczny sposób uzasadniona i w tej sytuacji powinna zostać uznana jedynie za próbę przywołania argumentu, który miałby prowadzić do oddalenia powództwa podwykonawcy. Takie postępowanie było także nielojalne procesowo wobec drugiej strony, zważywszy na to, że na tym etapie sprawy zostały już przeprowadzone wszystkie osobowe środki dowodowe, a oczywistym było, że w związku z dotychczasowymi twierdzeniami pozwanej i interwenienta ubocznego nie było potrzeby przesłuchiwania świadków i powoda pod kątem zgody Gminy W. na wykonanie robót objętych aneksami do umowy nr (...).

Przede wszystkim zatem uznać należało, że w świetle samych stanowisk zajmowanych w sprawie przez uczestników sporu twierdzenie o braku zgody inwestora na zawarcie aneksów do umowy podwykonawczej było niewiarygodne. Niezależnie od powyższego również z zeznań świadka T. S. (1), który był na przedmiotowej budowie inspektorem nadzoru z ramienia pozwanej Gminy, wynikało, że pozwana nie tylko miała wiedzę o tym, że J. D. jest podwykonawcą wykonującym roboty dekarские wraz z obróbkami blacharskimi (na podstawie zgłoszenia (...) z 11 czerwca 2008 r.), ale i o całym zakresie wykonywanych przez podwykonawcę robót. Ww. świadek wskazał, że generalny wykonawca w zasadzie nie wykonywał samodzielnie prac objętych umową nr (...) i korzystał z podwykonawców. Powód wykonywał

prace dekarские, inni podwykonawcy wykonywali elewację, modernizację kotłowni oraz wymianę okien. Świadek wiedział od (...), że w zakres prac strony powodowej wchodzi wszystkie roboty dekarские. Świadek wskazywał też na ustalenia dotyczące ułożenia folii paroprzepuszczalnej, a także na to, że powód miał zlecone wykonanie murków (k. 817-821 - zeznania świadka T. S. (1)). Z kolei z zeznań świadka E. Z. - pracownika inwestora zastępczego na terenie przedmiotowej budowy - wynikało, że zajmowała się koordynacją pracy nadzoru inwestorskiego, czyli koordynacją prac inspektorów nadzoru poszczególnych branż (vide k. 615). Należało z tego wyprowadzić wniosek, że podmiot działający w imieniu inwestora bezpośredniego (Gminy W.) poprzez koordynowanie prac nadzoru inwestorskiego musiał mieć wiedzę na temat zakresu prac wykonywanych na przedmiotowej budowie przez poszczególnych podwykonawców, a tym samym wiedzę taką należało przypisać także pozwanej Gminie. W świetle powyższego zgodzić należało się z Sądem Okręgowym, że strona pozwana miała wiedzę o zakresie prac dekarских i blacharskich wykonywanych przez powoda na dachu Szkoły Podstawowej nr (...) przy ul. (...) w W. i w pełni akceptowała J. D. jako podwykonawcę (...). Zakres tych prac został niejako potwierdzony w umowie dodatkowej z 30 września 2008 r., która to umowa wyraźnie dowodziła tego, że i organy pozwanej Gminy miały świadomość konieczności wykonania dodatkowych prac dekarских. Dodatkowym argumentem było i to, że po katastrofie budowlanej, jaka miała miejsce na budowie 1 września 2008 r. pozwana Gmina zleciła powodowi usunięcie gruzu.

Strona pozwana naruszenia art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. upatrywała również w tym, że Sąd I instancji nie uwzględnił, że odpowiedzialność solidarna inwestora ma charakter gwarancyjny, powód winien zatem wykazać, że przysługuje mu wynagrodzenie w tytułu wykonania robót budowlanych wobec wykonawcy (generalnego wykonawcy). J. D. nie wykazał natomiast, aby przysługiwało mu roszczenie względem (...), co tym samym wykluczało odpowiedzialność Gminy W.. Strona pozwana zarzuciła także nieuwzględnienie okoliczności, że część żądanego przez stronę powodową wynagrodzenia została rozliczona wskutek złożonego przez interwenienta ubocznego oświadczenia o potrąceniu. Nie kwestionując samego stanowiska, że przesłanką odpowiedzialności inwestora jest istnienie wymagalnej wierzytelności podwykonawcy wobec wykonawcy z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane - czego również nie podważał Sąd Okręgowy - podnieść należało, że powyższe zarzuty pozwanej były nieuzasadnione, bowiem powód po pierwsze wykazał w niniejszym postępowaniu, że (...) winna mu zapłacić tytułem wynagrodzenia kwotę 507.702,71 zł, a po drugie, podniesiony przez interwenienta ubocznego zarzut potrącenia nie był uzasadniony i nie skutkowało umorzeniem wierzytelności objętych oświadczeniem o potrąceniu. Kwestie te rozwinięte zostaną w dalszej części uzasadnienia.

Nieuzasadniony był również zarzut strony pozwanej, iż przy wykładni art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. Sąd I instancji nie wziął pod uwagę, że doszło do odstąpienia od umowy podwykonawczej przez wykonawcę, tj. (...). Nie kwestionując samego twierdzenia, że w przypadku, gdy dochodzi do odstąpienia przez wykonawcę od umowy o roboty budowlane zawartej z podwykonawcą, to inwestor nie ponosi odpowiedzialności na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2015 r., III CZP 45/15, OSNC 2016/6/73), zauważyć należało, że w niniejszej sprawie strona pozwana nie udowodniła, aby interwenient uboczny w ogóle złożył powodowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...), a tym bardziej, aby zaistniały przewidziane prawem lub umową okoliczności uprawniające wykonawcę (generalnego wykonawcę) do złożenia skutecznego prawnie oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Fakt, że powód nie dokończył robót na przedmiotowej budowie nie mógł być utożsamiany ze złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy, bowiem oświadczenie takie ma charakter prawokształtujący, może być złożone jedynie w ściśle określonych okolicznościach i nie może być utożsamiane z faktycznym zaprzestaniem przez strony wykonywania umowy.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należało, że podniesiony w apelacji pozwanej zarzut naruszenia art. 647<sup>1</sup> § 1-5 k.c. nie był uzasadniony. Za nieuzasadnione z tych samych przyczyn uznać także należało zarzuty apelacji interwenienta ubocznego dotyczące naruszenia art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c.

Nieuzasadniony, nie znajdujący oparcia ani w okolicznościach faktycznych sprawy, ani w przepisach prawa materialnego, był zarzut pozwanej dotyczący naruszenia przez Sąd I instancji art. 103 § 1-3 k.c. w zw. z art. 63 § 2 k.c. i w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 4-5 k.c. poprzez nieuwzględnienie tego, że J. S., podpisując umowę nr (...) z 23 maja 2002 r. i aneksy

do niej, działał bez umocowania wynikającego z akt rejestrowych spółki (...), skutkiem czego ww. umowa i aneksy nie zostały skutecznie zawarte, co skutkowało brakiem odpowiedzialności solidarnej pozwanej wobec powoda.

Przede wszystkim zauważyć należało, że występująca w niniejszej sprawie najpierw w charakterze strony pozwanej, a następnie interwenienta ubocznego spółka (...) nigdy nie zakwestionowała skuteczności zawarcia umowy nr (...) i aneksów do niej, a tym i umocowania J. S. do jej reprezentacji. Okoliczność, że J. S. nie figurował w rejestrze spółki jako członek jej zarządu, nie uzasadniała sama w sobie twierdzenia o braku jego uprawnienia do składania oświadczeń woli w imieniu interwenienta ubocznego. Z faktu, że umocowanie to nie było w niniejszej sprawie kwestionowane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany, można było co najmniej wyprowadzić domniemanie faktyczne (art. 231 k.p.c.), iż J. S. dysponował umocowaniem do reprezentowania (...), a tym samym umowa nr (...) i aneksy do niej zostały zawarte w sposób ważny i skuteczny. Okoliczności przeciwnej pozwana w niniejszej sprawie nie wykazała.

Niezależnie od powyższego należało także zauważyć, że apelująca nie wyjaśniła na czym miałyby konkretnie polegać naruszenie art. 63 § 2 k.c., skoro zarzut nie odnosił się do zgody osoby trzeciej (tu: inwestora), ale ważności samej umowy podwykonawczej. Nadto, zgodnie ze stanowiskiem judykatury, do zgody wymaganej przez art. 647<sup>1</sup> § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008/11/121). Już tylko dodatkowo zauważyć należało, że omawiany zarzut pojawił się na etapie wnoszenia przez stronę pozwaną apelacji i stał w sprzeczności z wcześniejszym stanowiskiem pozwanej Gminy, która, jak zwracano już na to uwagę przy okazji rozważania kwestii zgody inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej, uznawała, że powodowi należało się wynagrodzenie w wysokości 351.939,32 zł.

Za nieuzasadniony uznać należało również zarzut apelacji pozwanej i interwenienta ubocznego dotyczący naruszenia art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (u.s.g.) oraz art. 262 w zw. z art. 54 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (u.f.p.) w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. Apelujący upatrywali naruszenia ww. przepisów w tym, że Sąd Okręgowy nie uwzględnił, że aby czynność prawna mogła spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych po stronie gminy, to do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej. Brak podpisu skarbnika spowodował bezskuteczność czynności prawnej, tj. bezskuteczność złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na działanie powoda jako podwykonawcy, co prowadziło do nieziszczenia się przesłanek odpowiedzialności solidarnej inwestora, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Zgodnie z treścią art. 46 ust. 3 u.s.g., jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań pieniężnych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika gminy (głównego księgowego budżetu) lub osoby przez niego upoważnionej. W orzecznictwie dominuje stanowisko, że kontrasygnata skarbnika gminy nie stanowi oświadczenia woli, bowiem takie oświadczenie w imieniu gminy składa wójt lub upoważnione przez niego osoby. Kontrasygnata stanowi oświadczenie wiedzy skarbnika, co do stanu planu finansowego gminy i jest narzędziem dyscypliny budżetowej. Nie stosuje się do niej przepisu art. 63 k.c., bowiem po pierwsze skarbnik nie jest organem gminy, a tym bardziej organem osoby trzeciej, od zgody której uzależniona jest skuteczność złożonego przez stronę oświadczenia woli, a po drugie, organ gminy na podstawie art. 46 ust. 4 u.s.g. może wymusić złożenie kontrasygnaty przez skarbnika. Można zatem jedynie mówić o analogii do sytuacji prawnej charakteryzującej bezskuteczność zawieszoną - bezskuteczności *sui generis*. W orzecznictwie przyjmuje się również, że do składania przez skarbnika kontrasygnaty ma odpowiednie zastosowanie art. 60 k.c. Oznacza to, że np. przystąpienie do realizacji umowy, może być uznane za potwierdzenie jej zawarcia i jednocześnie za złożenie w sposób dorozumiany kontrasygnaty przez skarbnika (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2014 r., II CSK 28/14, OSNC-ZD 2016/A/9). W niniejszej sprawie Gmina W. dała jednoznacznie wyraz swojej aprobacie dla umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy J. D. i (...), i to nie tylko w piśmie z 18 czerwca 2008 r., ale i poprzez swoje późniejsze postępowanie tak w toku realizacji robót, jak i w toku niniejszego sporu sądowego poprzez uznanie za bezsporne części roszczenia powoda do wysokości 351.939,32 zł. Podniesienie kwestii braku kontrasygnaty skarbnika gminy w apelacji, po niemal siedmiu latach toczenia się sporu sądowego, należało uznać jedynie za formę obrony w toczącym się sporze, nie mogącą jednak świadczyć o tym, że taka kontrasygnata nie została złożona.

Nie było natomiast w sprawie podstaw do odwoływania się do przepisu art. 262 u.f.p., który odnosi się do czynności prawnych polegających na zaciąganiu kredytów i pożyczek oraz udzielaniu pożyczek, poręczeń i gwarancji, a także emisji papierów wartościowych. Takie czynności prawne nie stanowiły przedmiotu niniejszej sprawy, nie było zatem w ogóle podstaw do rozważania zastosowania ww. przepisu.

Powyższe rozważania prowadziły do wniosku, że w sprawie zaistniały dwie pierwsze przesłanki solidarnej odpowiedzialności inwestora wynikającej z art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c., tj. miał miejsce fakt zawarcia przez wykonawcę z podwykonawcą umowy, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych, a po drugie, inwestor wyraził zgodę na zawarcie tej umowy. Za spełnioną uznać należało także trzecią przesłankę, tj. istnienie po stronie powoda wymagalnej wiarygodności wobec wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Po pierwsze, przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe wykazało, że J. D. przysługuje od (...) wynagrodzenie za roboty wykonane na podstawie umowy nr (...) oraz aneksów do niej i dokumentu z 25 września 2008 r. zatytułowanego jako „Notatka służbowa”, w którym faktycznie wszystkie strony, tj. inwestor, wykonawca (generalny wykonawca) i podwykonawca zgodnie ustaliły, że dla właściwego wykonania robót konieczne jest wykonanie: (1) podmurowania ogniomuru od strony budynku głównego do wysokości 30 cm od powierzchni wierzchniej warstwy papy, (2) podmurowania kominów wentylacyjnych do wysokości 60 cm od powierzchni papy, znajdujące się w środkowej części dachu na całej długości od budynku głównego do ul. (...), (3) podmurowania wyłazu na dach do wysokości 60 cm od powierzchni papy, (4) podmurowania kominów wentylacyjnych na wysokości 60 cm od powierzchni papy obok wyłazu dachowego (k. 1674). Co prawda ustalenia zawarte w powyższej notatce na znalazły ostatecznie odzwierciedlenia w kolejnym aneksie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, ale w świetle zgromadzonego w sprawie całokształtu materiału dowodowego nie ulegało wątpliwości, że wolą wszystkich ww. podmiotów było, aby J. D. wykonał powyższe roboty, które weszły w skład obiektu wykonanego przez interwenienta ubocznego na podstawie umowy łączącej go ze stroną pozwaną. Należało zatem uznać, że ww. roboty weszły w zakres przedmiotu umowy nr (...) i tym samym objęte zostały solidarną odpowiedzialnością pozwanej Gminy, bowiem jak wynikało z zeznań świadka T. S. (1) inwestor miał świadomość konieczności wykonania tych robót i wiedział, że także te roboty będą wykonywane przez powoda. Po drugie, jak już była mowa powyżej przy rozważaniu zarzutów dotyczących naruszenia przepisów postępowania, nie było podstaw do przyjęcia, że doszło do umorzenia długu wykonawcy wobec podwykonawcy wskutek złożonego przez interwenienta ubocznego zarzutu potrącenia. Po potrącenia przedstawiona została przede wszystkim kwota 321.483,82 zł z tytułu kar umownych za zwłokę powoda w wykonaniu robót objętych umową podwykonawczą oraz aneksami do niej (vide k. 309, 313-315, 319). Jednakże zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na uznanie, że do wykonania części robót przez powoda z opóźnieniem w stosunku do terminów umownych doszło wskutek okoliczności, za które odpowiada J. D.. Należy w tym zakresie ponownie odwołać się do dowodów przywołanych przez Sąd I instancji, tj. opinii biegłego sądowego, zeznań świadków K. C. (3) i E. N. (1), a także przesłuchanego w charakterze strony powodowej J. D.. Z dowodów tych wynikało, że do wydłużenia terminu wykonania robót przez powoda doszło z przyczyn leżących po stronie inwestora, wykonawcy (generalnego wykonawcy) oraz innych podwykonawców. Ocena ww. dowodów przedstawiona przez Sąd Okręgowy nie została skutecznie podważona w apelacji strony pozwanej i interwenienta ubocznego. Za niewystarczające uznać należało samo ogólne odwołanie się do zeznań innych świadków - M. S., R. C. i L. B..

W sytuacji, gdy nie było podstaw do obciążenia powoda karą umowną z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy, bezprzedmiotowa stała się kwestia, czy w sprawie wystąpiły podstawy do miarkowania kary umownej i czy strona powodowa zgłosiła w ogóle skutecznie taki zarzut. Zarzut apelacji strony pozwanej dotyczący tej kwestii pozostawał zatem bez jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Interwenient uboczny przedstawił także do potrącenia z wiarygodnością strony powodowej z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace kwotę 21.558,62 zł z tytułu kosztów usunięcia gruzu, śmieci i uporządkowania terenu budowy oraz kwotę 15.745 zł z tytułu wyrządzonych szkód przy wykonywaniu robót - zniszczenia stolarki okiennej.

Sąd I instancji uznał, że (...) nie przysługiwała względem powoda żadna z ww. wiarygodności, a zatem i w tym zakresie podniesiony zarzut potrącenia nie mógł zostać uznany za uzasadniony i prowadzić od oddalenia powództwa w części

tym zarzutem objętej. Po pierwsze, należało zgodzić się z Sądem Okręgowym, że w świetle postanowienia zawartego w § 11 ust. 7 umowy nr (...), który stanowił, iż wywóz materiału z demontażu leżał po stronie zamawiającego, tj. interwenienta ubocznego, to (...), a nie J. D., obciążały koszty wywozu gruzu w wysokości 21.558,62 zł. Na taką interpretację ww. umowy wskazywała także korespondencja elektroniczna pomiędzy powodem a reprezentantem interwenienta ubocznego J. S., który w e-mailu z 27 kwietnia 2008 r. wyraźnie wskazał, że wywóz gruzu będzie leżał po stronie (...) (vide k. 1167). W apelacji strona pozwana powyższej oceny Sądu I instancji nie podważyła, ograniczając się do polemiki z ustaleniami Sądu nie prowadzącej jednak do skutecznego zakwestionowania stanowiska tego Sądu.

Na akceptację zasługiwało także stanowisko Sąd Okręgowy co do braku podstaw do obciążenia powoda kosztami naprawy zniszczonej stolarki okiennej. Sąd I instancji wyjaśnił, że J. D. opierając się na zeznania wskazanych świadków oraz swoim przesłuchaniu w charakterze strony wykazał, że sam poniósł koszty naprawy zniszczonej stolarki. Pozwana nie wykazała w apelacji, aby Sąd Okręgowy naruszył przy ocenie materiału dowodowego art. 233 § 1 k.p.c., nie podważyła zatem skutecznie ustaleń tego Sądu. I w tym zatem zakresie zarzuty apelacji nie zasługiwały na podzielenie.

Nie zasługiwał również na podzielenie zarzut apelacji interwenienta ubocznego dotyczący naruszenia art. 118 k.c. w zw. z art. 123 § 1 pkt 1 k.c. i art. 193 § 3 k.p.c. i art. 192 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie zgłoszonego przez interwenienta ubocznego na rozprawie w dniu 25 września 2013 r. zarzutu przedawnienia roszczenia w kwocie 29.871,55 zł wynikającego z faktury nr (...) z 9 grudnia 2008 r. Zdaniem (...) roszczenie wynikające z faktury nr (...) zostało zgłoszone przez powoda dopiero w piśmie procesowym z dnia 30 kwietnia 2013 r. w miejsce roszczenia wynikającego z faktury VAT nr (...) z 14 sierpnia 2008 r. i stanowiło przedmiotową zmianę powództwa, co w świetle przepisów art. 193 § 3 k.p.c. i art. 192 k.p.c. powinno skutkować uznaniem, że dopiero 30 kwietnia 2013 r. powód złożył przeciwko pozwanej pozew o zapłatę tej kwoty, a zatem interwenient uboczny mógł skutecznie podnieść zarzut przedawnienia roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wynikającego z faktury VAT nr (...), które stało się wymagalne 24 grudnia 2008 r.

Nie można było podzielić stanowiska interwenienta ubocznego, aby pismo procesowe powoda z dnia 30 kwietnia 2013 r. stanowiło przedmiotową zmianę powództwa i w stosunku do roszczenia o zapłatę kwoty 29.871,55 zł wynikającej z faktury VAT nr (...) stanowiło czynność, o której mowa w art. 123 § 1 pkt 1 k.c. Nie ulegało wątpliwości, że wskazanie w pozwie na fakturę nr (...), zamiast nr (...), było wyłącznie omyłką pisarską, która została sprostowana w piśmie strony powodowej z dnia 30 kwietnia 2013 r. Dotyczyła ona podstawy faktycznej żądania, a jej oczywistość nie budziła wątpliwości w świetle, po pierwsze, wskazania kwoty wynikającej z faktury, tj. 29.871,55 zł, która dokładnie odpowiadała należności wynikającej z faktury VAT nr (...), a po drugie, z dołączonego do pozwu pisma powoda z 27 października 2008 r. wynikało, że J. D. uważał należność wynikającą z faktury VAT nr (...) za już uregulowaną (vide k. 82).

Za nieuzasadniony uznać należało także zarzut strony pozwanej dotyczący naruszenia art. 386 § 4 k.p.c., bowiem Sąd I instancji rozstrzygnął o materialnoprawnym żądaniu dochodzonym przez powoda. Kwestia zakresu prac wykonanych przez stronę powodową, za które domagała się zapłaty wynagrodzenia w ramach niniejszej sprawy, została wyjaśniona poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, który, jak już powyżej była o tym mowa, został oceniony jako dowód wiarygodny, pozwalający na dokonanie w sprawie ustaleń faktycznych.

Podsumowując powyżej przedstawione rozważania, stwierdzić należało, że apelacje strony pozwanej oraz interwenienta ubocznego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Uzasadniona okazała się natomiast apelacja powoda odnosząca się do sprawy oddalenia powództwa w zakresie odsetek od należności głównej.

Co do zasady należało zgodzić się z Sądem Okręgowym, że solidarna odpowiedzialność inwestora na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. ogranicza się wyłącznie do samego wynagrodzenia, tj. wierzytelności głównej, i nie obejmuje odsetek za opóźnienie powstałych w stosunku obligacyjnym pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Nie przekreśla



to jednak reguły, że inwestor odpowiada za własne opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Zobowiązanie to ma charakter bezterminowy i w związku z tym obowiązek spełnienia świadczenia powstaje niezwłocznie po wezwaniu inwestora do zapłaty (art. 455 k.c.).

W niniejszej sprawie powód wezwał stronę pozwaną do zapłaty pismem z dnia 24 lutego 2009 r. wyznaczając 10-dniowy termin do zapłaty, który - co nie było kwestionowane - upłynął z dniem 6 marca 2009 r. W tej sytuacji, na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. (z uwzględnieniem zmian tego przepisu obowiązujących od 1 stycznia 2016 r.) należało zasądzić od strony pozwanej na rzecz powoda odsetki ustawowe za opóźnienie od kwoty 507.702,71 zł od dnia 7 marca 2009 r. do dnia zapłaty.

Mając powyższe na względzie, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił częściowo zaskarżony wyrok w zakresie roszczenia odsetkowego, zaś na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację pozwanej oraz interwenienta ubocznego.

O kosztach postępowania apelacyjnego - mając na względzie zasadę odpowiedzialności za wynik procesu - Sąd II instancji orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3, art. 108 § 1 k.p.c. oraz na podstawie § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015 r., poz. 1800 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia apelacji.

O kosztach sądowych obejmujących część opłaty od apelacji, od której uiszczenia powód został zwolniony, orzeczono na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych

Marzena Miąskiewicz Maciej Dobrzyński Agnieszka Wachowicz - Mazur