

Sygn. akt. I ACa 41/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Rzeszowie Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący	<b>SSA Andrzej Palacz</b>
Sędziowie:	<b>SA Dariusz Mazurek (spr.)</b> <b>SA Roman Skrzypek</b>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Cecylia Solecka

po rozpoznaniu w dniu 9 maja 2013 r. na rozprawie sprawy

z powództwa (...) **S.A. z/s w R.**

przeciwko (...) **-Budownictwo Sp. z o.o. z/s w P. i**

**Skarbowi Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w W. zastępowanego przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa w W.

od wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie

z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt I C 221/11

I. **oddala** apelację,

II. **zasądza** od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 5.400zł (pięć tysięcy czterysta) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

## UZASADNIENIE

Powód (...) S.A. w R. w pozwie skierowanym przeciwko (...) Budownictwo Spółka z o.o. w P., (...) Spółka z o.o. w S., Skarbowi Państwa Dyrektorowi Generalnemu GDDKiA domagał się zasądzenia od pozwanych solidarnie kwoty 574 409,80 zł wraz z odsetkami ustawowymi określonymi w żądaniu pozwu i kosztami procesu. Powód argumentował, że jako podwykonawca na podstawie umowy zawartej z generalnym wykonawcą wykonał roboty budowlane branży sanitarnej. Wszystkie roboty wykonane przez powoda zostały odebrane przez zamawiającego. Z tytułu wykonanych robót powód przedstawił do rozliczenia faktury, które nie zostały zapłacone w zakresie dochodzonym pozwem.

Pozwani domagali się oddalenia powództwa i zasądzenia od powoda na rzecz każdego z pozwanych kosztów procesu.

W związku z ogłoszeniem upadłości pozwanego (...) Spółki z o.o. w S. postępowanie w stosunku do pozwanego zostało umorzone przez Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 19 marca 2012 (k. 1298).

Sąd Okręgowy w Rzeszowie wyrokiem z dnia 30 października 2012r. uwzględniając powództwo (...) S.A. zasądził od pozwanych (...) – Budownictwo Spółki z o.o. w P. i Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. kwotę 574 409, 80 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwot:

- 299.000,00 zł od dnia 19 maja 2010r. do dnia zapłaty
- 48.024,08 zł od dnia 12 lipca 2010r. do dnia zapłaty
- 95.481,56 zł od dnia 26 sierpnia 2010r. do dnia zapłaty
- 131.904,16 zł od dnia 20 września 2010r. do dnia zapłaty

oraz zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda koszty procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 82 296,25 zł.

W uzasadnieniu wyroku wskazał, że rozstrzygnął sprawę w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 9.04.2008r (...) Sp. z o.o. w S. oraz (...) – Budownictwo Sp. z o.o. w P. zawarli umowę Konsorcjum celem wspólnego przygotowania oferty na przetarg ogłoszony w trybie zamówienia publicznego przez Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad - na realizację kontraktu przedmiotem którego była budowa obwodnicy R. w ciągu drogi krajowej nr (...) ((...)) J.-K. od km 561+357 do km 565+454 a w przypadku wygrania przetargu wspólnego wykonania robót stanowiących przedmiot kontraktu.

Liderem Konsorcjum na podstawie umowy została spółka D., a spółka H. partnerem konsorcjum.

Po rozstrzygnięciu przetargu i wybraniu oferty złożonej przez Konsorcjum, zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad umową z dnia 30.05.2008r. (...) powierzył Konsorcjum wykonanie robót polegających na budowie obwodnicy miasta R. w ciągu drogi krajowej nr (...) ((...)). W klauzuli (...) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowiących element umowy przewidziano, iż „w przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą oraz, że jeżeli w terminie określonym w umowie z Podwykonawcą, Wykonawca nie dokona w całości lub w części zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, a Podwykonawca zwróci się z żądaniem zapłaty tego wynagrodzenia bezpośrednio przez zamawiającego na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. i udokumentuje zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez Wykonawcę i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający zapłaci na rzecz Podwykonawcy kwotę będącą przedmiotem jego żądania”.

W związku z uzyskaniem zamówienia publicznego i zawarciem powyższej umowy (...) Sp. z o.o. w S. oraz (...) – Budownictwo Sp. z o.o. w P. zawarły w dniu 20.06.2008r. porozumienie wykonawcze do umowy Konsorcjum przewidując w § 8, iż strony Konsorcjum mogą powierzyć wykonanie części prac, które zostały im przypisane do realizacji osobom trzecim i w takim przypadku Lider Konsorcjum z zachowaniem trybu określonego w Kontrakcie musi uzyskać zgodę Zamawiającego.

W dniu 5.09.2008r. pomiędzy (...) – Budownictwo Sp. z o.o. w P. a powodem (...) S.A. w R. została zawarta umowa (...) o wykonanie robót budowlanych, na podstawie której pozwany spółka (...) zlecił powodowi wykonanie robót branży sanitarnej na kontrakcie „Budowa O. R. w Ciągu Drogi Krajowej nr (...) ((...)) J.-K. od km 561+357 do km 565+454” w zakresie przedstawionym w załączniku nr 1 do umowy, w którym wyszczególniono elementy rozliczeniowe, jednostki miar, ceny i wartości robót. Szacunkowa wartość przedmiotu umowy została ustalona na kwotę 5.400.000,00 zł. W § 4 umowy zostało wskazane, że wykonawca tj. (...) R. wskazuje swego pełnomocnika (kierownika robót) w osobie

kierownika robót sanitarnych R. K. (1). Z kolei w § 5 umowy określono datę rozpoczęcia robót tj. 1.10.2008r. i zakończenia robót – 30.11.2009r. Aneksiem (...) z dnia 4.01.2010r. zmieniony został termin zakończenia robót na 30.04.2010r., a Aneksiem (...) z dnia 29.04.2010r. termin zakończenia robót został określony na 30.06.2010r. W § 9 ust 5 umowy określono, że potwierdzenie wykonania poszczególnych etapów robót budowlanych następowało na podstawie protokołu częściowego podpisanego przez pozwanego (...) Budownictwo Sp. z o.o. i wykonawcę.

Sąd Okręgowy ustalił, że Powód realizował powierzone roboty branży sanitarnej w okresie od października 2008r. do września 2010r. Zakres powierzonych mu obowiązków starał się wykonywać zgodnie z harmonogramem, przy czym niewykonywanie całego zakresu umownego objętego umową z dnia 5.09.2008r. wynikało z braku udostępnienia na czas frontu robót przez pozwanych D. i H..

Z tytułu wykonanych robót powód wystawił szereg częściowych VAT w tym fakturę VAT nr (...) z dnia 19.04.2010r. na kwotę 401.068,49 zł, nr (...) z dnia 10.06.2010r. na kwotę 48.024,08 zł, nr (...) z dnia 26.07.2010r. na kwotę 95.481,56 zł i nr (...) z dnia 19.08.2010r. na kwotę 131.904,16 zł.

W związku z brakiem płatności za wyżej wymienione faktury, powód wzywał pozwanego (...) Budownictwo Sp. z o.o. do uregulowania należności. Pozwany pomimo upływu terminu płatności uregulował tylko część należności dokonując dwóch wpłat t. w dniu 1.07.2010r. kwoty 101.068,49 zł i w dniu 2.08.2010r. kwoty 1.000,00 zł. Powód zaliczył wpłaty na poczet najdawniej wymagalnej wierzytelności tj. faktury VAT nr (...) z dnia 19.04.2010r.

Powód poza wezwaniem do pozwanego (...) Budownictwo Sp. z o.o. wystosował również wezwania do zapłaty w stosunku do pozwanego (...) Sp. z o.o. oraz Skarbu Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w W.. Pozwany GDDKiA pismem z dnia 8.07.2010r. poinformował powoda, iż nie może zaakceptować wezwania z powodu nie spełnienia warunków klauzuli (...) Warunków Kontraktowych, która stanowi, iż wykonawca zgłasza podwykonawcę inżynierowi kontraktu, który po konsultacji z zamawiającym musi wyrazić na to zgodę oraz, że wykonawca powinien zgłosić ten fakt nie później niż 28 dni przed planowanym skierowaniem podwykonawcy do wykonania robót. Podniósł również powołując się na przepis art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c., że wykonawca powinien zgłosić podwykonawcę przed rozpoczęciem przez niego robót wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie i że do dnia dzisiejszego żadne zgłoszenie od wykonawcy nie wpłynęło i GDDKiA nie wie o wykonywaniu jakichkolwiek robót przez podwykonawcę. Z kolei pozwany (...) Budownictwo Sp. z o.o. pismem z dnia 26.05.2010r. poinformował powoda, że w dniu 24 maja 2010r. zlecił uregulowanie najbardziej zaległych płatności w kwocie 392.206,96 zł oraz, że kolejne dwie faktury zamierza zrealizować w możliwie szybkim terminie tj. nie później niż do 15.06.2010r. kwotę 177.566,00 zł (termin płatności 9.05.2010r.) i kwotę 401.068, 49 zł (termin płatności 21.05.2010r.) w ratach tj. 131.068,49 zł nie później niż do 15.06.2010r. i 5% czyli 270000,00 zł, która to kwota będzie zwalniana w przypadku pojawiania się i zaakceptowania kolejnych faktur wystawianych przez powoda, pomimo, że kwota ta powinna być zatrzymana zgodnie z umową do odbioru końcowego tytułem zabezpieczenia wad i usterek w okresie gwarancji i zwolnione po przedstawieniu gwarancji ubezpieczeniowej. W związku z w/w pismem pozwanego powód w dniu 28.05.2010r. przedłożył gwarancje ubezpieczeniową. Pozwany nie wypłacił jednak powodowi żądanych kwot.

Według ustaleń Sądu Okręgowego przez cały okres trwania umowy z dnia 5.09.2008r. na terenie budowy znajdował się sprzęt, kontenery i pracownicy powoda zaopatrzeni w widoczne znaki firmowe. Reprezentujący powoda R. K. (1) często kontaktował się z inżynierem kontraktu i inspektorem nadzoru – nawet kilka razy dziennie. Takie kontakty utrzymywał również pracownik powoda inż. P. S.. Zarówno Inżynier kontraktu oraz inspektorzy nadzoru wiedzieli jaką firmę reprezentuje R. K. (1) i P. S.. Należy mieć na uwadze, że Inżyniera Kontraktu, którym był T. R. (1) z ramienia Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. reprezentowała firma (...), z którą powód wcześniej już współpracował. Pracownicy powoda znali się z pracownikami firmy (...). T. R. (1) był pierwszą osobą, która skontaktowała się z prezesem zarządu powodowej spółki, w związku ze znalezieniem wykonawcy na roboty sanitarne. Często wydawał R. K. (1) polecenia ustne dotyczące prowadzonych aktualnie prac. Często również przyjeżdżał w soboty na budowę i uzgadniał z R. K. (1) zakres dalszych prac. R. K. (1) uczestniczył również w radach budowy, które odbywały się raz w tygodniu i na których obecny był również kierownik budowy, kierownicy wszystkich

robót branżowych, inżynier kontraktu, inspektor nadzoru oraz przedstawiciel G.D.D.K i A P. R.. Przedstawiciel G.D.D.K i A był również obecny przy odbiorach robót. Pracownicy pozwanego G.D.D.K i A w osobie P. R., jego asystenta, dyrektora lub naczelnika oddziału przyjeżdżali na budowę celem prowadzenia kontroli nad prawidłowością prac.

W oparciu o takie ustalenia Sąd Okręgowy rozważył, że zachodzą określone a art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. przesłanki do ustalenia odpowiedzialności solidarnej pozwanych.

Sąd I instancji ocenił, że w klauzuli (...) umowy z dnia 30.05.2008 r (...) na podstawie której Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad powierzył Konsorcjum firm (...) Sp. z o.o. w S. oraz (...) – Budownictwo Sp. z o.o. w P. wykonanie robót polegających na budowie obwodnicy przewidziano, iż „w przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą oraz, że jeżeli w terminie określonym w umowie z Podwykonawcą, Wykonawca nie dokonała w całości lub w części zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, a Podwykonawca zwróci się z żądaniem zapłaty tego wynagrodzenia bezpośrednio przez zamawiającego na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. i udokumentuje zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez Wykonawcę i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający zapłaci na rzecz Podwykonawcy kwotę będącą przedmiotem jego żądania”.

Sąd Okręgowy ocenił, że powołany w klauzuli(...) przepis art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. wprowadził jako zasadę solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy za umowy zawierane z podwykonawcami. Regulacja ta wprowadziła korzystną dla podwykonawców sytuację prawną umożliwiającą bezpośrednie roszczenia wobec inwestora i generalnego wykonawcy. Przepis ten pozwala chronić interesy podwykonawców w przypadku nierzetelności finansowej podmiotu, z którym bezpośrednio zawarli umowę na wykonanie robót.

Jak ustalono, w związku z uzyskaniem zamówienia publicznego i zawarciem powyższej umowy (...) Sp. z o.o. w S. oraz (...) – Budownictwo Sp. z o.o. w P. zawarły w dniu 20.06.2008r. porozumienie wykonawcze do umowy Konsorcjum przewidując w § 8, iż strony Konsorcjum mogą powierzyć wykonanie części prac, które zostały im przypisane do realizacji osobom trzecim i w takim przypadku Lider Konsorcjum z zachowaniem trybu określonego w Kontrakcie musi uzyskać zgodę Zamawiającego. Pozwany (...) Budownictwo Sp. z o.o. ponad wszelką wątpliwość mógł więc powierzyć wykonanie części prac podwykonawcy, co uczynił zawierając umowę z dnia 5.09.2008r. Wprawdzie pozwany nie uzyskał zgody Zamawiającego. Należy jednak mieć na uwadze, że zgoda może być wyrażona przez każde zachowanie, które ją wyraża w sposób dostateczny. Sąd Okręgowy powołał się na uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29.04.2008r. III CZP 6/08 wyrażającą pogląd, że do zgody wymaganej przez art. 647<sup>1</sup> § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.) oraz, że niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647<sup>1</sup> § 2 zdanie drugie k.c. Powołał się również na stanowisko zawarte w szeregu późniejszych orzeczeń SN tj. w wyroku z 26.06.2008 r II CSK 80/08, M. Prawn. 2008 nr 22 poz. 1215, wyroku z 11.12.2008r. IV CSK 323/08, wyroku z 20.01.2009r. II CSK 417/08, wyroku z 2 lipca 2009r. V CSK 24/09 i wyroku SN z dnia 4.02.2011r. III CSK 152/10, w których wskazano, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w dwojaki sposób tj. bierny (pasywny) oraz czynny (aktywny). Wyrażenie zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie oraz, że drugi sposób wyrażenia zgody (czynny) może przybrać różną formę. Inwestor może wyrażać ją w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, albo poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.). Może zatem nastąpić to poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót, oraz dokonywanie podobnych czynności. Sąd Najwyższy wskazał również, że przepis art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu

dokumentacji, jeśli wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji. Może on uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor zgodę w sposób czynny wyraża, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny (wyrok SN z 4.02.2011r. III CSK 152/10).

W tych okolicznościach mając dodatkowo na uwadze, że roboty branży sanitarnej wykonywane przez powoda były znaczącym elementem w całym procesie realizacji inwestycji oraz około dwuletni okres jej realizacji w ocenie Sądu I instancji pomimo braku pisemnej zgody, należało przyjąć, że zgoda ta została wyrażona przez zamawiającego poprzez czynności faktyczne w sposób dorozumiany co skutkowało oceną, że istnieje solidarna odpowiedzialność pozwanych zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.

Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd Okręgowy wskazał art. 98 § 1 k.p.c.

Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Rzeszowie zaskarżył w całości apelacją pozwany Skarb Państwa Dyrektor Generalny G.D.D.K i A w W..

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie prawa materialnego:

- art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. w związku z art. 60 k.c. poprzez zasądzenie od Skarbu Państwa wynagrodzenia i przyjęcie przesłanki dorozumianej zgody przez inwestora na określoną treść umowy podwykonawczej za udowodnioną;

- art. 647<sup>1</sup> § 4 w związku z 73 § 1 k.c. poprzez nie przyjęcie, że prace budowlane określone fakturą z dnia 10 czerwca 2010r. zostały wykonane na podstawie nieważnej umowy, która nie była objęta umową Skarbu Państwa z wykonawcami zawartą w trybie zamówienia publicznego;

Pozwany zarzucił również zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów postępowania:

- art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 232 zdanie 1 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, błędne ustalenie stanu faktycznego sprawy, w sposób sprzeczny z zebraniem materiałem dowodowym i przyjęcie, że powód wykazał przesłanki do uwzględnienia powództwa oraz nie wskazanie w uzasadnieniu wyroku przyczyn dla których Sąd odmówił wiarygodności i mocy dowodowej innym dowodom;

- art. 233 § 1 w związku z art. 232 zdanie 1 i 231 k.p.c. a nadto art. 45 punkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane i § 6 punkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002r. w związku z art. 244 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i przyjęcie faktów nie wynikających z poprawnie ustalonych innych faktów t.j. brak jakiegokolwiek rozważenia okoliczności wpisu do Dziennika Budowy, że wykonawcą robót kanalizacyjnych pozostaje H., potwierdzonego zgłoszeniem się R. K. (1) jako kierownika tychże robót i brak jakichkolwiek wpisów do Dziennika Budowy w imieniu (...) S.A.;

- art. 233 w związku z 232 zdanie 1 i art. 231 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, przyjęcie okoliczności nie wynikających z przedłożonych dowodów lub nie przyjęcie i rozważenie faktów wynikających z dowodów a nadto przyjęcie faktów nie wynikających z poprawnie ustalonych innych faktów t.j:

a – brak jakiegokolwiek rozważenia okoliczności, że R. K. (1) nie oponował treści wpisów w dokumentach, że pozostaje reprezentantem (...) i Przyjęcie dowodu z oświadczenia świadka z naruszeniem art. 258 k.p.c. w związku z 236 k.p.c.;

b – bezpodstawne i błędne przyjęcie, że R. K. (1) lub inni pracownicy powoda brali udział w radach budowy jako przedstawiciele powoda a nie H., przedstawiając się i podpisując dokumenty jedynie imieniem i nazwiskiem;

c – bezpodstawne i błędne przyjęcie, że R. K. (1) jako reprezentant powoda a nie H. kontaktował się z Inżynierem Kontraktu;

d – bezpodstawne przyjęcie, że Inżynier Kontraktu i inwestor wiedzieli jaką firmę, odrębną od wykonawcy H., reprezentuje R. K. (1) i P. S. oraz pozostali pracownicy powoda;

e – bezpodstawne i błędne przyjęcie, że roboty były wykonywane przez powoda a nie przez H. w odniesieniu nie do faktycznego wykonania prac a co do ujawnienia tychże prac wobec pozwanego Skarbu Państwa i nie ustalenie momentu w którym inwestor wyraził zgodę na określoną treść umowy podwykonawczej oraz poznał firmę powoda jako podwykonawcę;

f – nie przyjęcie, że przeprowadzone dowody nie wykazują faktu zaznajomienia się Skarbu Państwa z warunkami umowy podwykonawczej albowiem dowody te nie były ukierunkowane na wykazanie tej okoliczności;

g – bezpodstawne i błędne przyjęcie, że w odniesieniu do powoda prace były zatwierdzane przez Inżyniera Kontraktu i przyjęcie, że dokumenty obmiarowe sygnowane przez powoda były dystrybuowane do Inżyniera Kontraktu, co jest sprzeczne z zebrany materiałem dowodowym;

h – bezpodstawne i błędne przyjęcie, że przedstawiciel G.D.D.K i A. P. R. był obecny przy odbiorach robót co jest sprzeczne z pozostałymi dowodami w tym zeznaniami R. K. (1) i dokumentami;

i – bezpodstawne i błędne przyjęcie okoliczności, że do biura Inżyniera Kontraktu były kierowane liczne pisma przez powoda oraz nie ustalenie, że do pozwanego Skarbu Państwa korespondencję powód skierował po raz pierwszy w dniu 28 czerwca 2010r.;

j – błędne ustalenie, że prace objęte fakturą z dnia 10 czerwca 2010r. na kwotę 48 024,08 zł w postaci naprawy uszkodzonego kolektora, mieściły się w zakresie umowy zawartej w trybie ustawy o zamówieniach publicznych i obciążają Skarb Państwa, przy jednoczesnym istnieniu dowodów przeciwnych w postaci zeznań świadków oraz treści faktury, a nadto błędne ustalenie, że prace te zostały poczynione na podstawie pisemnej umowy i zostały zatwierdzone przez inwestora.

- art. 232 zdanie 1 w związku z art. 227 k.p.c. i art. 233 § 1 w związku z art. 299 k.p.c. poprzez uznanie za wiarygodne zeznań J. Ż. w całości i uznanie za niewiarygodne częściowych zeznań P. R. oraz bezpodstawne ustalenie, że Inżynier Kontraktu T. R. (1) kontaktował się z Prezesem Zarządu powoda w celu ustalenia wykonawcy prac sanitarnych;

- art. 98 § 1 w związku z 749 k.p.c. poprzez przyznanie od Skarbu Państwa kosztów postępowania zabezpieczającego jako kosztów niezbędnych do celowego dochodzenia praw w sytuacji gdy zabezpieczenie roszczeń pieniężnych przeciwko Skarbowi Państwa nie jest dopuszczalne.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości w stosunku do pozwanego Skarbu Państwa oraz rozstrzygnięcie o kosztach procesu poprzez zasądzenie wydatków oraz kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, a w przypadku nie uwzględnienia apelacji pozwanego ewentualnie domagał się zmiany postanowienia o kosztach procesu zawartego w punkcie II sentencji poprzez odstąpienie od obciążania pozwanego Skarbu Państwa kosztami postępowania zabezpieczającego, jako kosztami nie związanymi z celowym dochodzeniem praw powoda od Skarbu Państwa.

Ponadto na wypadek uwzględnienia apelacji pozwany domagał się zasądzenia od powoda na jego rzecz kosztów procesu i kosztów postępowania odwoławczego.

Powód w odpowiedzi na apelację pozwanego wnosił o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Apelacyjny w Rzeszowie rozpoznając apelację pozwanego zważył, co następuje:**

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

W sprawie nie zachodzi zarzucane w apelacji przez pozwanego naruszenie przepisów postępowania, zwłaszcza w zakresie mogącym mieć wpływ na prawidłowość istotnych ustaleń faktycznych, które posłużyły Sądowi I instancji do dokonania oceny prawnej zgłoszonych przez powoda żądań. Trafność tych ustaleń w sposób oczywisty rzutuje na prawidłowość dokonanej przez ten Sąd subsumcji i wpływa na ocenę zarzutów apelującego w zakresie naruszenia prawa materialnego. Z tego względu rozważania co do zasadności zarzutów zawartych w apelacji stron należało w ocenie sądu odwoławczego rozpocząć od zarzutu naruszenia przepisów postępowania w tym art. 233 § 1 k.p.c. oraz innych przepisów postępowania, do naruszenia których doszło w ocenie apelującego w powiązaniu z tym przepisem.

Sąd Apelacyjny oceniając zasadności zarzutów apelującego z tego zakresu zauważa, że dla skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie jest wystarczające powołanie się przez apelującego na wadliwość dokonanych ustaleń faktycznych i odwołanie się do stanu faktycznego, który w jego przekonaniu odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając ( postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r. sygn. IV CKN 970/00)

Skuteczne postawienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania uchybienia przez sąd zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Jedynie to może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest bowiem wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 grudnia 2012r. sygn. I ACa 1203/12, wyrok Sadu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 grudnia 2012r. sygn. akt I ACa 1015/12, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 14 listopada 2012r. sygn. akt I ACa 1130/12 , wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 września 2012r. sygn. akt III AUa 758/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 czerwca 2012r. sygn. akt I ACa 1168/11 i z dnia 17 maja 2012r. sygn. akt VI ACa 31/12.

Jak wynika z przedstawionych poglądów w orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że swobodna ocena dowodów dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - wając ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (wyrok SN 2010-01-20 sygn. akt II UK 154/09).

Tymczasem pozwany Skarb Państwa formułując zarzut oparcia rozstrzygnięcia o błędne ustalenia faktyczne w ocenie Sądu Apelacyjnego przedstawił jedną z możliwych wersji ustalenia stanu faktycznego, która w ocenie apelującego uzasadniała oddalenie powództwa.

Sąd Apelacyjny działając jako Sąd odwoławczy ma świadomość, że w obowiązującym obecnie modelu apelacji pełnej jako sąd merytoryczny nie może ograniczyć się jedynie do omówienia zasadności zarzutów zawartych w apelacji pozwanego ale ma obowiązek dokonania samodzielnych ustaleń i oceny prawnej. Sąd Apelacyjny podziela jako prawidłowe w znacznej części ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie, pomimo, że w niewielkim zakresie zarzuty apelującego okazały się uzasadnione. Jest tak w przypadku ustalenia przez Sąd Okręgowy, że Kierownik Projektu reprezentujący zamawiającego – P. R. uczestniczył w odbiorze robót budowlanych wykonywanych przez powoda. Faktycznie już z dowodu z zeznań świadka R. K. wynika, że fakty takie na placu budowy nie miały miejsca, a w sprawie nie istnieją inne dowody na podstawie których Sąd Okręgowy mógł ustalić taką okoliczność. Nie ma to jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, co wynikać będzie z argumentacji zawartej w dalszej części uzasadnienia i mimo wadliwego ustalenia stanu faktycznego w tym zakresie, istniały podstawy do ustalenia solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności Skarbu Państwa.

Sąd Apelacyjny zauważa, że dokonując rozważań na podstawie zasadniczo prawidłowo ustalonego stanu faktycznego Sąd I instancji przedstawiając swoją argumentację nadał dużą rangę dowodom powołanym na okoliczności faktyczne

obrazujące sposób realizacji robót przez powoda. Było to uzasadnione stanowiskiem pozwanych, którzy kwestionowali roszczenie powoda co do zasady, a pozwany Skarb Państwa sformułował wręcz twierdzenie o zatajeniu przez powoda wobec zamawiającego faktu wykonania robót budowlanych w ramach kontraktu.

Nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego prawidłowość ustalenia przez Sąd Okręgowy okoliczności, że roboty objęte umową z dnia 5 września 2008r. w postaci wykonania robót branży sanitarnej na Kontrakcie „Budowa obwodnicy R. w ciągu drogi krajowej nr (...) w zakresie przedstawionym w załączniku nr 1 do umowy ( k. 103) były wykonywane przez powoda z zaangażowaniem własnych środków. Zakres wykonanych przez pracowników powoda robót opisany został w dzienniku budowy i wynika również z dokonanych obmiarów odebranych robót, co stanowiło podstawę do wystawienia przez zamawiającego przejściowych świadectw płatności. W tym kontekście twierdzenia zawarte w pismach pozwanych (...) Spółki z o.o. i (...) spółka z o.o. obecnie w upadłości likwidacyjnej o niezrealizowaniu przez powoda zakresu prac za które powód domaga się zapłaty, Sąd Apelacyjny podobnie jak Sąd Okręgowy ocenił jako gołosłowne.

Odnosząc się do zarzutów pozwanego Skarbu Państwa, który kwestionował zasadność dochodzonego przez powoda żądania tak co do zasady jak i co do wysokości, należało ocenić, że również ten pozwany nie zdołał podważyć wynikającego z przeprowadzonych przez Sąd I instancji dowodów, faktu wykonania przez powoda zakresu robót za które powód dochodzi zapłaty. Okoliczności sprawy dawały podstawę do ustalenia, że powód został dopuszczony przez wykonawcę na plac budowy jako podwykonawca, gdzie posługując się w sposób oficjalny i jawny swoimi środkami przystąpił do wykonania umowy i faktycznie w zakresie w jakim domaga się zapłaty ją wykonał za aprobatą kierownika budowy reprezentującego wykonawcę i nadzoru budowlanego i Inżyniera Kontraktu reprezentującego zamawiającego.

Osobą odbierającą roboty wykonane przez powoda był inspektor nadzoru A. P. odpowiedzialny za roboty w zakresie przebudowy gazociągu, wodociągu, budowę kanalizacji deszczowej. Z ramienia wykonawcy roboty te nadzorował kierownik budowy M. M. (1), a od 30 listopada 2009r. T. R. (2).

Powyższa okoliczność została wykazana przez powoda wpisami do dziennika budowy potwierdzającymi odbiór robót, fakturami wystawionymi przez wykonawcę i przejściowymi świadectwami płatności za wykonane roboty w tym związane z wykonaniem przez powoda odwodnień, kanalizacji deszczowej i sanitarnej ( k. 683, 688, 689, 722, 738, 795, 840).

Sąd Apelacyjny ocenił, że odpowiedzialność pozwanego Skarbu Państwa za zobowiązania zaciągnięte przez wykonawcę wobec powoda da się wywieść na podstawie przeprowadzonych dowodów takich jak dopuszczone przez Sąd I instancji dowody z dokumentów - prawdziwości których żadna ze stron nie kwestionowała - oraz przeprowadzonych dowodów osobowych z zeznań świadków i przesłuchania stron. Jednak zawartą w uzasadnieniu Sądu I instancji argumentację należało zdaniem Sądu Apelacyjnego rozszerzyć o dodatkowe argumenty oparte o poczynione przez Sąd Okręgowy ustalenia.

Omówienie tych okoliczności wymaga uporządkowania dokonanych przez Sąd I instancji ustaleń stanu faktycznego ze zwróceniem uwagi na pewne istotne a niesporne w sprawie okoliczności, wynikające z dołączonej do akt dokumentacji obrazującej przebiegu procesu inwestycyjnego.

Na podstawie dołączonych do akt dokumentów:

- umowy konsorcjum ( § 2, 3, 7 umowy k. 33 – 39 );
- oferty złożonej przez konsorcjum w postępowaniu przetargowym ( punkty 8 i 9 oferty k. 1132);
- pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum (k. 1136);



- umowy nr (...) zawartej przez Dyrektora G.D.D. k. i A z wykonawcą w trybie zamówienia publicznego ( ust. 2 umowy k. 41 – 43);

- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ( klauzula(...), klauzula (...) k. 44 – 76);

- umowy wykonawczej do umowy konsorcjum ( § 8 k. 77 – 81), jak również w oparciu o treść art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c. stwierdzić należy, że wykonawca, a konkretnie (...) Spółka z o.o. nie wywiązał się z wynikającego z ustawy, a także postanowień wskazanych umów, obowiązku zawiadomienia zamawiającego o zawarciu z podwykonawcą umowy o wykonanie zamówienia w części obejmującej kanalizację sanitarną i deszczową. W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany (...) Spółka z o.o. kwestionował swoją wiedzę o zawarciu przez partnera konsorcjum (...) Spółkę z o.o. umowy o podwykonawstwo z powodem. Twierdzenia pozwanego Lidera Konsorcjum, w świetle ustaleń Sądu Okręgowego oraz przedstawionej już wyżej argumentacji należało ocenić jako nie znajdujące potwierdzenia w okolicznościach sprawy. Z ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że pracownicy powoda w okresie realizacji kontraktu w latach 2008 – 2010r. niemal codziennie kontaktowali się z kierownikiem budowy reprezentującym wykonawcę, brali udział w naradach organizowanych przez wykonawcę. Świadczy o tym treść korespondencji kierowanej z biura budowy (wykonawca) między innymi do powoda. Wynika z niej, że powodowa firma znajdowała się w rozdzielniku biura budowy jako oficjalny uczestnik procesu inwestycyjnego ( odpis korespondencji, protokoły narad koordynacyjnych z podwykonawcami k. 250 – 327). Niezależnie od tego powód kierował korespondencję do Lidera Konsorcjum między innymi wzywając do uregulowanie zaległych płatności ( k.313 wezwanie z 15 stycznia 2010r. podpisane przez R. K. (1) i sygnowane pieczęcią i papierem firmowym powoda). Wykazanie wiedzy wykonawcy o udziale powoda w procesie inwestycyjnym ma znaczenie, nie tylko ze względu na przeciwne w tym zakresie twierdzenia współpозwanych, ale również dla dokonania oceny przez Sąd orzekający w sprawie w jakim charakterze i w czym imieniu pracownicy powoda inż. S. i K. dokonywali czynności faktycznych podczas realizacji robót przez powoda, między innymi w czym imieniu dokonywane były wpisy do dziennika budowy przez R. K.. Nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego prawidłowość ustalenia przez Sąd Okręgowy, że R. K. (1) dokonując wpisów do dziennika budowy czynił to w imieniu powoda. Ustalenie tego faktu odpowiada bezspornej w sprawie okoliczność, że pełniący funkcję kierownika robót sanitarnych R. K.dokonywał wpisów do dziennika budowy jako osoba posiadająca uprawnienia techniczne do dokonywania tej czynności w imieniu firmy, która budowała kanalizację. Był pracownikiem powoda i posiadał pełnomocnictwo, którego treść była znana wykonawcy, do reprezentowania powoda w procesie inwestycyjnego. W procesie budowy miał stały kontakt z przedstawicielem generalnego wykonawcy – kierownikiem budowy i osobami z nadzoru budowlanego, którzy według prawidłowych ustaleń Sądu Okręgowego mieli świadomość, jaka firma faktycznie wykonuje ten zakres robót. Należało zatem ocenić, że R. K. nie miał powodu aby dodatkowo manifestować okoliczność, że działa w imieniu podwykonawcy a nie partnera konsorcjum Spółki (...) z którym nie łączył go inny stosunek niż wynikający z umowy zawartej przez partnera konsorcjum z powodem o podwykonawstwo.

Istotne w ocenie Sądu Apelacyjnego jest również to, że umowę zawartą przez powoda z partnerem konsorcjum traktować należy jako umowę zawartą z wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych Dz.U.2010.113.759 j.t. każdy z łącznie występujących wykonawców w postępowaniu przetargowym traktowany jest jak wykonawca, a także każdy z takich wykonawców z osobna winien być traktowany jako wykonawca. W ocenie Sądu Apelacyjnego zasada ta przenosi się również na etap wykonania zamówienia. Pogląd ten potwierdza zapatrywanie prawne wyrażone w uzasadnieniu Sądu Najwyższego w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 września 2008r. w sprawie sygnatura akt III CSK 119/08 zgodnie z którym przy umowach zawieranych przez podmioty występujące wspólnie o udzielenie zamówienia bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy umowy z podwykonawcami były zawierane przez takie podmioty samodzielnie, czy też wspólnie. Ustalenia dokonywane w umowie łączącej takie podmioty (np. konsorcjum) co do rozłożenia pomiędzy nich obowiązków wynikających z umowy zawartej z inwestorem, pozostaje dla niego bez znaczenia; ustalenia takie mają jedynie skutek wewnętrzny pomiędzy stronami umowy. Konsekwentnie należy zatem przyjąć, że niewykonanie przez jednego ze współwykonawców (konsorcjantów) umowy zawartej przez niego z podwykonawcą stanowi jednocześnie nienależyte wykonanie umowy zawartej z inwestorem i jako takie rodzi odpowiedzialność kontraktową. Cytowany pogląd odnosi się do stanu faktycznego w którym rozważano dopuszczalności regresu

zamawiającego wobec wykonawcy którym było konsorcjum firm i zasady odpowiedzialności członków konsorcjum. W okolicznościach niniejszej sprawy należało ocenić, że istniały podstawy faktyczne i prawne do odniesienia tego poglądu do stosunków umownych wynikających z umów zawieranych przez podwykonawców z członkami konsorcjum. W doktrynie przyjmuje się, że umowa konsorcjum odpowiada umowie spółki cywilnej, jako że jej celem jest osiągnięcie wspólnego efektu gospodarczego. Działanie jednego z konsorcjantów o ile podjęte zostały tak jak w okolicznościach niniejszej sprawy dla realizacji celu jaki wyznaczony był konsorcjum mieści się w granicach wyznaczonych przez prawo – w tym przypadku ustawę Prawo zamówień publicznych – należy traktować jako działania wykonawcy zamówienia publicznego. Ponieważ ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani umowa zawarta w trybie zamówienia publicznego jak również SIWZ nie sprzeciwiały się zawarciu umowy z podwykonawcą, zobowiązanie wykonawcy wobec powoda pozostaje ważne. Bez znaczenia dla ważności tego zobowiązania jest okoliczność, czy drugi z konsorcjantów potwierdził zawarcie umowy, bowiem w świetle ustawy konsorcjum traktowane jest jako jeden podmiot – wykonawca zamówienia.

Zawarte w umowie wykonawczej konsorcjantów w § 8 ( k. 80 ) postanowienie o obowiązku uzyskania przez Lidera Konsorcjum zgody zamawiającego na powierzenie części prac podwykonawcy odpowiada obowiązkowi wynikającemu z art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c. Niewypełnienie tego obowiązku wynikającego z ustawy oraz z subklauzuli (...) kontraktu zawartego w trybie zamówienia publicznego przez wykonawcę stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania zawartego z zamawiającym oraz z podwykonawcą. Sąd Apelacyjny zauważa, że w kontrakcie zawartym przez zamawiającego z wykonawcą w trybie zamówienia publicznego strony niezależnie od uregulowania ustawowego określonego w art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c. wprowadziły do umowy zapis zawarty w subklauzuli (...), który w sposób bardziej szczegółowy określał obowiązki wykonawcy i zamawiającego w stosunku do podwykonawcy, na co zwrócił również uwagę Sąd Okręgowy. Postanowienia umowne w ocenie Sądu Apelacyjnego regulowały kwestie zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy określając w ramach odpowiedzialności solidarnej zamawiającego i wykonawcy wynikającej z art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. wewnątrz ustaloną kolejność spełnienia obowiązku zapłaty wynagrodzenia wobec podwykonawcy. Tak jak powiedziano zasady spełnienia świadczenia wobec podwykonawcy były wiążące tylko w stosunkach pomiędzy dłużnikami solidarnymi, bowiem w stosunku do podwykonawcy obowiązywała reguła wynikająca z treści przepisu art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. Z uwagi na bezwzględna moc obowiązująca tego przepisu jakiegokolwiek porozumienia stron pozostające w sprzeczności z jego treścią pozostałyby nieważne ( art. 647<sup>(1)</sup> § 6 k.c.).

Dokonując analizy stanu faktycznego i oceny znaczenia pewnych faktów dla ustalenia relacji zachodzących pomiędzy powodem a wykonawcą (konsorcjum) Sąd Apelacyjny w sposób celowy omówił tą kwestię bowiem treści uzasadnienia Sądu Okręgowego, na co zwrócił uwagę apelujący, w sposób niezbyt precyzyjny przedstawia argumentację prawną wskazującą na to, że działania podejmowane przez przedstawicieli zamawiającego Inżyniera Kontraktu i jego personel (nadzór budowlany) w stosunku do powoda, ocenić należy jako działania podejmowane przez zamawiającego.

O trafności ustalenia przez Sąd Okręgowy okoliczności, że doszło do faktycznego potwierdzenia przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo zawartej z powodem świadczy w ocenie Sądu Apelacyjnego między innymi to, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak i złożonej przez Konsorcjum pozwanemu Skarbowi Państwa ofercie przetargowej przewidziane było wykonanie zakresu robót wykonanych przez powoda, przez podwykonawcę. Wskazane okoliczności a zwłaszcza treść SIWZ i treść oferty przetargowej Konsorcjum poddają w wątpliwość wiarygodność zeznań P. R., który przesłuchany w charakterze strony pozwanej zeznał, że żaden z podwykonawców nie wykonywał robót kanalizacyjnych. Prawdłowo ocenił Sąd Okręgowy, że wszystkie strony stosunku prawnego wynikającego z zamówienia publicznego miały świadomość, że realizacja tego zakresu umowy nastąpi przez podwykonawcę, który nie został jednak określony w umowie zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przetargu. Jak już zwrócił na to uwagę Sąd Okręgowy w takiej sytuacji zawarta przez zamawiającego z wykonawcą umowa przewidywała procedurę określoną w subklauzuli (...) zgodnie z którą wykonawca miał obowiązek przedstawić zamawiającemu za **pośrednictwem Inżyniera** projekt umowy z podwykonawcą wraz informacjami o podwykonawcy wymaganymi przez SIWZ. Zamawiający po uzyskaniu tych informacji i wyrażeniu opinii przez Inżyniera mógł podjąć decyzję w sprawie zgody na zawarcie umowy w terminie 14 dni od przedłożenia mu projektu umowy z podwykonawcą. W

przypadku braku oświadczenia zamawiającego w postaci sprzeciwu lub zastrzeżeń wyrażonych na piśmie, umowa przewidywała domniemanie, że zamawiający wyraził zgodę na zawarcie umowy. Poza sporem w sprawie jest, że Lider Konsorcjum ani partner nie przekazali zamawiającemu jakichkolwiek informacji co do treści umowy zawartej z powodem pomimo posiadania wiedzy o realizacji robót kanalizacyjnych przez powoda jako podwykonawcę na podstawie umowy zawartej z (...) Spółką z o.o.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutu zawartego w apelacji pozwanego który podnosił, że wbrew ustaleniom Sądu I instancji z treści dziennika budowy nie wynika aby dokonując wpisów do dziennika R. K. (1) dokonywał ich w imieniu powoda, a nie partnera konsorcjum firmy Hemem, Sąd Apelacyjny zwraca ponownie uwagę na fakt, że R. K. (1) był pracownikiem powoda i ustanowionym przez powoda pełnomocnikiem do działania w imieniu powoda przy dokonywaniu czynności faktycznych i prawnych dotyczących wykonania umowy zawartej w dniu 5 września 2008 r. z (...) spółką z o.o. ( § 4 ust. 1 umowy k. 97, zeznania R. K. k. 668 - 671). W świetle dowodu z zeznań świadka R. K. (k. 668 – 671) jak i innych dowodów n.p. wezwania do zapłaty skierowanego przez świadka do Lidera Konsorcjum w styczniu 2010r. wynika niezbicie, że R. K. reprezentował powoda. Również zeznający w sprawie P. R. nie zaprzeczył, że R. K. mógł być przedstawiany jako pracownik firmy (...) (zeznania P. R. k. 1366 – 1371). Prawidłowo zatem ocenił Sąd Okręgowy, że treść zeznań złożonych przez P. R. jako złożonych wyłącznie na potrzeby niniejszej sprawy nie może stanowić podstawy do dokonania ustaleń faktycznych, za wyjątkiem okoliczności przyznanych przez stronę przeciwną. W świetle tak ocenionego materiału dowodowego nie można podzielić stanowiska prezentowanego przez apelującego, że wbrew treści dowodu z dokumentu urzędowego (dziennika budowy) Sąd I instancji poczynił sprzeczne z treścią tego dowodu ustalenia co do charakteru w jakim R. K. dokonywał wpisów do dziennika budowy. Przepis art. 244 § 1 k.p.c. normuje formalną moc dowodową dokumentu urzędowego i nakazuje traktować jako udowodnioną jedynie jego treść. Materialna moc dowodowa dokumentu urzędowego i jego znaczenie dla wyniku postępowania są przedmiotem oceny według zasad przewidzianych w art. 233 k.p.c. Zatem fakt dokonania w dzienniku budowy wpisu jako wykonawcy robót kanalizacyjnych firmy (...) nie dawał podstaw do czynienia na tej podstawie ustaleń, w sytuacji gady w ocenie Sądu Apelacyjnego wiedza przedstawicieli wykonawcy o podwykonawstwie powoda musiała być w tym zakresie powszechna, skoro powód wykonywał powierzony mu zakres robót w sposób jawny nie kryjąc swojej obecności na placu budowy, a nawet wręcz ją manifestując – co również wynika z treści zeznań przesłuchanych świadków. Opisane okoliczności wskazują, że jak to prawidłowo ustalił Sąd Okręgowy powód przez głównego wykonawcę oraz nadzór budowlany i Inżyniera Kontraktu traktowany był jako podwykonawca aktywnie uczestniczący w procesie budowy.

Dla dokonania takiej oceny istotne jest zdaniem Sądu Apelacyjnego rozważenie roli i kompetencji Inżyniera Kontraktu oraz ocena skutków dla zamawiającego podejmowanych przez Inżyniera działań wobec podwykonawcy. Ocenę tą należało przeprowadzić w świetle postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ( k. 44 – 76) i postanowień Warunków Kontraktowych dla Budowy dla (...) – Budowlanych Projektowanych przez Zamawiającego wydanych przez (...) Federację (...) ( warunki (...)), które zgodnie z warunkami ogólnymi kontraktu (k. 45) stanowiły element umowy o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie nie zmienionym postanowieniami tej umowy.

Strony umowy dokonując zmiany jedynie akapitu trzeciego klauzuli (...) warunków (...), treść pozostałych postanowień warunków pozostawiły bez zmian.

Zgodnie z klauzulą (...) SIWZ Inżynier kontraktu miał obowiązek uzyskiwania zgody zamawiającego przed podjęciem czynności wynikających z zakresu obowiązku Inżyniera między innymi w sprawach dotyczących podwykonawstwa (klauzula (...)). Zgodnie z niezmienionym przez strony akapitem czwartym klauzuli(...) Warunków (...) Jeżeli jednak inżynier wykona czynność, wymagająca zgody zamawiającego to na potrzeby kontraktu strony przyjęły fikcję, że zamawiający zgody takiej udzielił z zastrzeżeniem, że gdziekolwiek Inżynier pełni obowiązki lub korzysta z uprawnień wymienionych lub wynikających z kontraktu, tam uważa się, że działa w imieniu zamawiającego. Analiza postanowień SIWZ odniesieniu do okoliczności niniejszej sprawy dawała Sądowi Apelacyjnemu podstawę do oceny, że wyrażona przez Inżyniera Kontraktu faktyczna aprobata udziału podwykonawcy w procesie budowlanym i akceptacja odbioru wykonanych przez niego robót i przyjęcie dokumentów stanowiących podstawę do dokonania zapłaty za wykonane

przez powoda roboty za okres do lutego 2010r., stanowiła formę czynnej akceptacji, mającej skutek również w odniesieniu do zamawiającego.

Wbrew stanowisku apelującego przeprowadzone przez Sąd I instancji postępowanie dowodowe dawało podstawy do ustalenia okoliczności wskazującej na wiedzę Inżyniera Kontraktu o udziale powodowej firmy w procesie inwestycyjnym na podstawie umowy zawartej z pozwanym i zakresie powierzonych jej robót. Brak dowodu w postaci zeznań inżynierów R., M., czy P. nie dyskwalifikuje przedstawionych wyżej ustaleń i oceny, skoro okoliczności dotyczące wiedzy Inżyniera Kontraktu dało się wywieść z innych przeprowadzonych dowodów ( wpisy do dziennika budowy, dokumentacja robót sporządzona przez pracowników powoda przekazana wykonawcy, a następnie Inżynierowi Kontraktu i akceptacja w postaci zatwierdzenia przejściowych świadectw płatności i zapłata za wykonane roboty kanalizacyjne). Jak to wynika z zeznań przesłuchanego w charakterze strony za zamawiającego P. R., Inżynier Kontraktu nie informował go o innych podwykonawcach niż zgłoszeni przez wykonawców. Jednak w świetle dokonanej wyżej oceny okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla ustalenia, że zamawiający w sposób czynny wyraził zgodę na realizację przez powoda zakresu robót na podstawie umowy z wykonawcą.

Z lektury uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika dla Sądu Apelacyjnego w sposób jednoznaczny wniosek, że ustalając solidarną odpowiedzialność zamawiającego i wykonawcy za zobowiązania wykonawcy wobec podwykonawcy za wykonane przez niego roboty budowlane (art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c) Sąd Okręgowy ustalił i ocenił, że zamawiający wyraził w sposób czynny zgodę na realizację przez powoda powierzonego mu umową zakresu robót. Ocenę taką potwierdzają zawarte wyżej rozważania Sądu Apelacyjnego dotyczące skuteczności wobec zamawiającego działań podjętych przez Inżyniera kontraktu. Sąd Apelacyjny zauważa, że zgodnie z przytaczanymi w niniejszej sprawie aktualnymi poglądami judykatury w sytuacji gdy zamawiający wyraża w sposób czynny zgodę na podwykonawstwo to nie jest konieczne spełnienie przesłanki wymienionej w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.(przedstawienie umowy z podwykonawcą lub jej projektu oraz zakresu robót) bowiem dyspozycja tego przepisu odnosi się do innego stanu faktycznego. Z tego punktu widzenia podniesiony przez apelującego zarzut, że zamawiający nie był zapoznany z warunkami umowy podwykonawczej należało ocenić jako nie mający znaczenia dla prawidłowości rozstrzygnięcia.

Konieczne jest w tym miejscu odniesienie się przez sąd odwoławczy do zarzutu apelującego, że brak jest dowodu na to, że dokumenty sygnowane przez powoda były dystrybuowane do Inżyniera Kontraktu.

W przypadku czynnego wyrażenia zgody przez zamawiającego na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą poprzez czynności konkludentne przyjmuje się w orzecznictwie, że nie jest istotne źródło z jakiego zamawiający dowiędzie się o tym fakcie. Zamawiający jako strona stosunku prawnego wynikającego z zamówienia publicznego i uczestnik procesu inwestycyjnego zobowiązany jest – tak jak inni uczestnicy tych stosunków - do zachowania należytej staranności. Biorąc pod uwagę, że sam zamawiający jak i uczestniczący w procesie inwestycyjnym uczestnicy są profesjonalistami, a dodatkowo zamawiający realizuje inwestycję ze środków publicznych to należało oczekiwać od nich najwyższego stopnia staranności (355 § 2 k.c.w związku z 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Podwyższenie wobec zamawiającego wymogów starannego działania w okolicznościach sprawy należało rozpatrywać również w aspekcie obowiązków Inżyniera Kontraktu wynikających z subklauzuli (...) SIWZ oraz wynikających z poleceń zamawiającego dotyczących obowiązku zadbania aby poza zgłoszonymi przez wykonawcę na placu budowy nie byli obecni inni podwykonawcy ( zeznania P. R.). W okolicznościach w jakich według ustaleń Sądu Okręgowego przebiegała realizacja budowy obwodnicy nie sposób przyjąć, że skoro personel Inżyniera Kontraktu – inspektorzy nadzoru – na bieżąco kontrolował przebieg robót powoda w okresie dwóch lat - to obecnie twierdzenia zamawiającego o tym, że obecność powoda na placu udowy była niezauważalna są usprawiedliwione, tym bardziej, że jak to potwierdził w swoich zeznaniach (...) roboty z zakresu wykonywanego przez powoda miały bardzo istotne znaczenie dla całej inwestycji. W tak ustalonych okolicznościach należało ocenić, że zamawiający dochowując tylko zwykle wymaganej staranności mógł zapoznać się z treścią umowy zawartej przez wykonawcę z powodem, a zakres robót wykonywanych przez powoda powinien być znany, skoro elementem umowy zawartej przez powoda były warunki określone przez zamawiającego w SIWZ.

Powyższa ocena stanowi też bezpośrednią odpowiedź sadu odwoławczego na zarzuty zawarte w apelacji pozwanego, tak dotyczące naruszenia prawa materialnego jak i procesowego.

Z powyższych względów nie można zgodzić się z apelującym co do tego, że zamawiający nie miał obowiązku analizowania charakteru stosunku łączącego powoda z wykonawcą.

Sąd Apelacyjny zauważa, że o ile zamawiający wobec braku działania Inżyniera Kontraktu mógł mieć wątpliwości co do roli w jakiej pracownicy i sprzęt powoda przebywa na placu budowy to sytuacja taka mogła mieć miejsce tylko do czasu gdy zamawiający uzyskał wiadomość o treści umowy zawartej przez powoda z wykonawcą. Prawdopodobnie zwraca uwagę apelujący, że materiał dowodowy przeprowadzony w sprawie dawał podstawy do ustalenia, że informacja o istotnych postanowieniach umowy zawartej przez powoda z wykonawcą dotarła bezpośrednio do zamawiającego w dniu doręczenia mu pisma powoda z dnia 22 czerwca 2010r. t.j. 28 czerwca 2010r. (k. 161 dowód doręczenia pisma).

W świetle tego co powiedziano wyżej okoliczność ta nie miała już jednak zasadniczego znaczenia dla przyjęcia solidarnej odpowiedzialności zamawiającego i wykonawcy na podstawie art. 467<sup>1</sup> § 5 k.c.

Dokonana ocena, że zamawiający miał lub mógł mieć możliwość uzyskania wiedzy o zakresie robót które miał wykonać powód, wysokości wynagrodzenia powoda i fakcie zawarcia umowy z wykonawcą, stanowi odpowiedź na zarzuty apelującego, który kwestionował możliwość dokonania takich ustaleń na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Okoliczność, że jak zeznał R. K. - P. R. nie brał udziału w odbiorze robót wykonanych przez powoda nie może oznaczać braku wiedzy zamawiającego o wykonaniu robót przez powoda i zakresie tych robót, skoro działało się to za wiedzą Inżyniera Kontraktu, który zgodnie z cytowanymi wyżej postanowieniami umowy i SIWZ reprezentował w opisanych sytuacjach zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom apelującego uzyskanie przez zamawiającego w dniu 28 czerwca 2010r. wiedzy o treści umowy zawartej z podwykonawcą nie pozostawało dla zamawiającego bez znaczenia. Co prawda termin wyznaczony przez zamawiającego do zakończenia robót upłynął w dniu 3 czerwca 2010r. jednak roboty w tym terminie nie zostały zakończone i trwały nadal, aż do wypowiedzenia przez zamawiającego umowy w lipcu 2010r.

Jak wynika z dołączonych do akt faktur wystawionych przez wykonawcę - Lidera Konsorcjum, przejściowych świadectw płatności sporządzonych przez zamawiającego, po dniu 28 czerwca 2010r. zamawiający dokonywał na rzecz wykonawcy wypłaty znacznych kwot, przekraczających wielokrotnie wysokość należności powoda. Wobec wiedzy o istnieniu niezapłaconych przez wykonawcę należności na rzecz podwykonawcy zamawiający miał możliwość podjęcia działań w celu uniknięcia ryzyka „podwójnej” zapłaty należności.

Okoliczność tę Sąd Apelacyjny również miał na uwadze przy rozpoznawaniu apelacji pozwanego bowiem w sytuacji gdy doszło do upadłości wykonawcy (Lidera Konsorcjum) kwestia dokonania „podwójnej zapłaty” wymagała rozważenia interesu inwestora. Jak wyjaśnił to Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 czerwca 2006r. sygn. akt III CZP 36/06 „zapłata wykonawcy wynagrodzenia nie wyłącza odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.” Wskazał jednak, że w okolicznościach jak w niniejszej sprawie (upadłość wykonawcy) założenie ustawodawcy o możliwości skorzystania przez inwestora z roszczenia regresowego może okazać się nietrafione, co wskazuje na konieczność wykładni art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. uwzględniającej interes inwestora w fazie podejmowania decyzji o wyrażeniu zgody na umowę z podwykonawcą. Rozważając zatem w ustalonych okolicznościach interes zamawiającego Sąd Apelacyjny ocenił, że zamawiający mógł uniknąć podwójnej zapłaty o ile podjął by właściwe działanie po uzyskaniu od podwykonawcy informacji o zaleganiu przez wykonawcę z zapłatą za wykonane roboty.

Sytuacja jaka stała się przyczyną sporu sądowego pomiędzy stronami w niniejszej sprawie jest przykładem dosyć typowego w warunkach naszego kraju podejścia technicznych uczestników procesu inwestycyjnego do łączących się z tym procesem zagadnień. Zainteresowani ograniczają się najczęściej do uzyskania właściwego efektu gospodarczego. Analizując okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie sposób oprzeć się wrażeniu, że świadomość obecnego na placu budowy personelu reprezentującego wykonawcę oraz nadzór budowlany i Inżyniera Kontraktu co do podmiotów

i zakresu robót realizowanych przez te podmioty była bardziej szczegółowa od świadomości zamawiającego. W ocenie Sądu Apelacyjnego każdy z uczestników procesu budowlanego ponosi część odpowiedzialności za nienależyty przepływ informacji pomiędzy zainteresowanymi. Nie może to jednak wpływać na zakres odpowiedzialności pozwanych: wykonawcy i zamawiającego wobec powoda za wykonane przez niego roboty budowlane. Ustalone przez Sąd Okręgowy okoliczności dawały podstawę do ustalenia, że Inżynier Kontraktu miał wiedzę, że powód jako podwykonawca skierowany na plac budowy przez wykonawcę wykonał roboty kanalizacyjne, zgodnie z zakresem tych robót, które potwierdzał wykonawca poprzez dokonywanie odbioru robót, a ostatecznie znając osoby zatrudniane przez powoda miał świadomość jaką firmę reprezentują inż. S. i dokonujący wpisów do dziennika budowy inż. K.. W świetle postanowień SIWZ (klauzula (...) i subklauzula (...)) brak informacji ze strony Inżyniera Kontraktu udzielonej przedstawicielowi (...) Kierownikowi Projektu P. R. o podwykonawcach, dotychczas nie zgłoszonych zamawiającemu a obecnych na placu budowy, nie może uzasadniać braku odpowiedzialności solidarnej zamawiającego z wykonawcą na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 2 k.c.

Powód rozpoczynając w 2008r. prace nad realizacją przedmiotu umowy działając w zaufaniu do kontrahenta miał prawo oczekiwać zrealizowania przez wykonawcę obowiązku uzyskania zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą przed dopuszczeniem powoda na plac budowy.. Niezależnie od tego Inżynier Kontraktu dopuścił powoda do wykonywania robót w powierzonym przez wykonawcę zakresie, wyraził zgodę na dokonanie odbioru tych robót, akceptował dokumenty, które stanowiły podstawę do zapłaty na rzecz powoda wynagrodzenia. Należało zatem tak jak wyżej to zostało rozważone, że w sposób czynny akceptował realizację przez powoda umowy o wykonanie robót kanalizacyjnych. Zakres rzeczowy robót był znany Inżynierowi Kontraktu z dokumentacji, w tym projektów sporządzonych przez inż. S., które stanowiły jedyną dokumentację wykonanej kanalizacji.

Powód w 2010r. na skutek braku płatności należności podjął w swoim interesie działania w stosunku do wykonawcy w celu uzyskania zapłaty, które zakończyły się niepowodzeniem. Znajdując się w takiej sytuacji Powód mając świadomość solidarnej z odpowiedzialności zamawiającego i wykonawcy zawiadomił bezpośrednio zamawiającego o treści zobowiązania wykonawcy i wysokości niezrealizowanych należności chociaż nie miał takiego obowiązku. Podejmując te działania powód postępował zgodnie z własnym interesem, który przejawiał się w wyegzekwowanie od wykonawcy uzyskanie zgody zamawiającego na podwykonawstwo robót realizowanych przez powoda i zabezpieczenie możliwości uzyskania od zamawiającego zapłaty za wykonane i odebrane roboty. Sam fakt powierzenia podwykonania robót w zakresie wykonanym powoda wynikał ze złożonej przez Konsorcjum oferty przetargowej i treści umowy zawartej z wykonawcą o udzielenie zamówienia. Umowa w tym zakresie zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c. określała zakres robót, które miały być zlecone innym niż wykonawca podmiotom.

Odnosząc się do zarzutów apelującego dotyczących ustaleń odnoszących się do odpowiedzi zamawiającego na pismo powoda z dnia 22 czerwca 2010r. ( k. 160), której udzielił z upoważnienie Dyrektora Oddziału Kierownik Projektu P. R., Sąd Apelacyjny zauważa, że z treści odpowiedzi udzielonej na wezwanie o zapłatę wynika przede wszystkim to, że zamawiający odmówił zapłaty zaległych należności. Z argumentacji użytej przez zamawiającego wynikało, że wykonawca zataił fakt zawarcia z powodem umowy o podwykonawstwo i nie zawiadomił zamawiającego o treści zawartej umowy. Zamawiający uzależnił podjęcie decyzji w przedmiocie zapłaty należności od dokonania zgłoszenia przez wykonawcę zamawiającemu podwykonawcy i przedstawienia dokumentacji dotyczącej wykonanych robót. Swoje stanowisko zamawiający podtrzymał w odpowiedzi na pismo powoda z 14 lipca 2010r., argumentując dodatkowo, że według oświadczenia wykonawcy nastąpiła już zapłata za większość faktur wymienionych w wezwaniu do zapłaty.

Wbrew stanowisku prezentowanemu przez apelującego oświadczenia pozwanego zawartego w pismach kierowanych do powoda w lipcu 2010r. nie można ocenić jako sprzeciwu lub zarzutów w rozumieniu 647<sup>1</sup> § 2 k.c. Przedstawiciel pozwanego sprzeciwiał się dokonaniu zapłaty należności, twierdząc, że nie istnieją ku temu podstawy prawne. W ocenie Sądu Apelacyjnego w dacie doręczenia pozwanemu pisma powoda z dnia 22 czerwca 2010r. zamawiający dysponował wiedzą i miał dostęp do informacji o wszystkich elementach koniecznych do wyrażeniu zgody lub

sprzeciwu na realizację robót wykonanych przez powoda, które zresztą powód przedstawił w piśmie z dnia 22 czerwca 2010r. (elementy umowy w tym zakres wykonanych i pozostałych do wykonania robót art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c. ich wartość).

Wprowadzenie do kodeksu cywilnego treści art. 647<sup>1</sup> k.c. służyć miało zabezpieczeniu interesów podwykonawców z jednoczesnym uwzględnieniem tego aby Inwestor miał wpływ na to, kto będzie wykonywał roboty budowlane, nie tylko jako jego bezpośredni kontrahent, ale także jako podwykonawca niezwiązany z inwestorem żadnym stosunkiem prawnym. Aby nie utrudniać obrotu, ustawodawca postanowił, że brak sprzeciwu, w ciągu 14 dni od przedstawienia inwestorowi odpowiednich dokumentów (umowy lub jej projektu wraz z dokumentacją obejmującą zakres prac oddawanych do wykonania podwykonawcy), jest równoznaczny ze zgodą na podwykonawstwo w zakresie objętym tą umową. Aby nie doprowadzać do sytuacji sporu, czy sprzeciw został złożony czy nie, zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. brak zgody musi być zastrzeżony na piśmie. Oświadczenie pozwanego zawarte w piśmie z dnia 8 lipca 2010r. jak już to oceniły sądy orzekające w sprawie nie spełniają tego wymogu bowiem nie zawierają sprzeciwu na udział powoda w realizacji kontraktu, a jedynie stwierdzają brak podstaw do zapłaty należności, a to z powodu braku zgłoszenia, a to z powodu dokonania zapłaty.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że (vide zeznania P. R. k. k. 1366 – 1371) pozwany w identycznej sytuacji po uzyskaniu od podwykonawcy informacji o zaleganiu przez wykonawcę z płatnościami wyraził zgodę na wykonanie robót przez inną firmę (...) wykonującą ekrany akustyczne, co wskazuje, że sytuacja powoda nie należała do wyjątkowych, ale typowych i tak powinna być potraktowana przez zamawiającego.

Oceniając znaczenie oświadczenia złożonego w imieniu zamawiającego i skutki związane z wystosowaniem pisma ( k. 169) do podwykonawcy Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że zgodnie z przytoczonym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy przy rozpoznawaniu sprawy sygn. akt III CSK 152/10 – wyrok z dnia 4 lutego 2011r. dla odpowiedzialności zamawiającego na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 2 i 5 k.c. jeżeli wyraża w sposób czynny zgodę na umowę z podwykonawcą na nie jest istotne skąd uzyskał wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, jak również nie jest istotne czy nastąpiło to przed zawarciem umowy, czy też później.

Formalnie rzecz biorąc wobec wyrażenia przez reprezentującego zamawiającego Inżyniera Kontraktu i jego personel czynnej zgody na realizację przez powoda robót wynikających z zakresu przewidzianego w umowie zawartej z wykonawcą, brak sprzeciwu pozwanego w oświadczeniu przedstawiciela zamawiającego z dnia 8 lipca 2010r. nie ma znaczenia dla oceny, że zamawiający na podstawie art. 647<sup>1</sup> k.c. ponosi solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za niezrealizowane zobowiązania wobec podwykonawcy.

Rozstrzygając powyższą kwestię należało odnieść się do podniesionych przez apelującego zarzutów dotyczących zakresu odpowiedzialności zamawiającego. Konkretnie chodzi o zapłatę należności objętej fakturą z dnia 10 czerwca 2010r. (k.142). W ocenie apelującego zapłata za te roboty nie była objęta zamówieniem publicznym. Z okoliczności sprawy wynika, że po wybudowaniu kolektora przez powoda doszło do jego uszkodzenia w trakcie wykonywania robót drogowych przez Lidera Konsorcjum. Wystawiona faktura dotyczy wynagrodzenia za wykonaną naprawę. W związku z podniesionym zarzutem Sąd Apelacyjny zauważa, że zgodnie z art. 140 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa zawarta w trybie zamówienia publicznego jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Apelujący nie twierdził, że wykonanie kolektora nie było objęte warunkami określonymi w SIWZ, argumentował, że poza zakres umowy wykraczają roboty związane z wykonaniem naprawy kolektora. Ze stanowiskiem takim nie można się zgodzić, w sytuacji gdy wystawiona faktura dotyczy zapłaty za budowlę przewidziano zakresem rzeczowym zamówienia. Tylko w sytuacji wykazania przez zamawiającego, że ostateczna cena za wykonanie kolektora i jego naprawę przekraczała by warunki ustalone w umowie, zamawiający miałby podstawy do kwestionowania obowiązku zapłaty. W tym miejscu konieczne jest zwrócenie uwagi przez Sąd Apelacyjny, że solidarna odpowiedzialność dłużników zgodnie z kodeksem cywilnym musi wynikać u ustawy lub czynności prawnej. W okolicznościach niniejszej sprawy niezależnie od odpowiedzialności ustawowej wynikającej z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. pozwani związani są umową zawartą w trybie zamówień publicznych, która określa zakres odpowiedzialności zamawiającego w ten sposób, że zamawiający zobowiązał się solidarnie do zapłaty z wykonawcą

kwoty będącej przedmiotem udokumentowanego żądanie podwykonawcy, w tym obowiązek spełnienia świadczenia w terminie określonym dla wykonawcy. W takim wypadku o ile udokumentowane żądanie obejmuje również należności mieszczące się w granicach zobowiązania wykonawcy, w tym także odsetki ustawowe za opóźnienie w zapłacie to Sąd Apelacyjny ocenił, że tak skonstruowana umowa stanowi podstawę do dochodzenia przez podwykonawcę należności objętych żądaniem pozwu.

Odnosząc się na koniec do zarzutu naruszenia art. 98 § 1 k.p.c. w związku z 749 k.p.c. Sąd Apelacyjny zauważa, że rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zabezpieczającego powinno nastąpić, zgodnie z art. 108 § 1 i 745 § 1 k.p.c., w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

Przy orzekaniu o kosztach postępowania zabezpieczającego obowiązuje generalna zasada odpowiedzialności za wynik postępowania (art. 98 w zw. z art. 13 vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 4 września 2008r. sygn. akt I ACa 653/08). Wyrazem tej zasady jest unormowanie art. 745 § 2 zdanie drugie, według którego wniosek o przyznanie kosztów może zgłosić również uprawniony, który nie wytoczył sprawy w terminie zakreślonym przez sąd, jeżeli niewytoczenie postępowania nastąpiło z tej przyczyny, iż dłużnik zaspokoił jego roszczenie. Z tego punktu widzenia zasadność poniesienia przez przeciwnika kosztów postępowania zabezpieczającego oceniać należy w świetle zasady odpowiedzialności za wynik sprawy i oceny, czy żądane koszty były niezbędne do celowego dochodzenia praw. Udzielone na rzecz powoda zabezpieczenie pozostawało również w interesie innych współpозwanych, bowiem zapewniało możliwość zaspokojenia się powoda z majątku pozwanych nie będących jednostkami Skarbu Państwa. Podniesiona przez apelującego okoliczność niedopuszczalności udzielenia zabezpieczenia roszczeniom skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa nie ma zatem znaczenia dla rozstrzygania o kosztach procesu, bo obciążenie Skarbu Państwa na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. na zasadzie odpowiedzialności za wynik sprawy kosztami procesu poniesionymi przez powoda zgodnie ze złożonym spisem nie narusza wskazanego przez apelującego przepisu art. 749 k.p.c. Dodatkowo obciążenie Skarbu Państwa kosztami procesu solidarnie ze współpозwanym uzasadnione było przepisem art. 105 § 2 k.p.c.

Z tych wszystkich względów nie znajdując podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia apelacji póżwanego Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł o oddaleniu apelacji.

Rozstrzygając o kosztach postępowania apelacyjnego na podstawie art. 98 § 1, 105 w związku z 391 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny zasądził na rzecz powoda jako strony, która wygrała proces koszty zastępstwa procesowego w wysokości wynikającej z § 7 w związku z §13 ust.

z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (...).

Z tych wszystkich względów orzeczono jak w sentencji.