

Sygn. akt *I AGa 206/18*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: **SSA Jan Futro**

Sędziowie: **SA Ryszard Marchwicki /spr./**

SA Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga

Protokolant: **st. sekr. sąd. Katarzyna Kaczmarek**

po rozpoznaniu w dniu 4 grudnia 2018 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **(...) Sp. z o.o. w P.**

przeciwko **(...) S.A w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 24 lipca 2017 r. sygn. akt IX GC 159/16

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od powoda na rzecz pozwanego 4.050 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Ryszard Marchwicki Jan Futro Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga

Sygn. akt I AGa 206/18

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 20 stycznia 2016r. powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych: Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. oraz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., kwoty 111.025,95 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 sierpnia 2015r. oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 31 marca 2016r. pozwany ad. 2 – (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad. 2 kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na pozew z dnia 06 kwietnia 2016r. pozwany ad. 1 - Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., domagał się oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia od powoda na rzecz pozwanego ad. 2 kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z dnia 24 lipca 2017 r Sąd Okręgowy w Poznaniu

I. zasądził od pozwanego ad. 1 na rzecz powoda kwotę 111.025 zł 95 gr (sto jedenaście tysięcy dwadzieścia pięć złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 sierpnia 2015r. do dnia zapłaty, z tym, że odsetki od dnia 01 stycznia 2016r. są odsetkami ustawowymi za opóźnienie.

II. oddalił powództwo w stosunku do pozwanego ad. 2.

III. kosztami postępowania w sprawie pomiędzy powodem a pozwanym ad. 1 obciążył pozwanego ad. 1 i z tego tytułu zasądził od pozwanego ad. 1 na rzecz powoda kwotę 12.769 zł.

IV. kosztami postępowania w sprawie pomiędzy powodem a pozwanym ad. 2 obciążył powoda i z tego tytułu zasądził od powoda na rzecz pozwanego ad. 2 kwotę 7.217 zł.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski Sądu I Instancji.

Powód – (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...).

Pozwany ad. 1 - Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...).

Pozwany ad. 2 – (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem (...).

Pozwany ad. 1 złożył pozwanemu ad. 2 ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia niepublicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr (...) na przebudowę warsztatu samochodowego i magazynu opon w budynku D w siedzibie (...) S.A. w P.. W ofercie tej pozwany ad. 1 zobowiązał się wykonać zamówienie niepubliczne w terminie do dnia 30 czerwca 2014r. samodzielnie (bez udziału podwykonawców).

W dniu 20 maja 2013r. pozwany ad. 2 jako inwestor zawarł z pozwanym ad. 1 jako wykonawcą umowę nr (...). Umowę zawarto po przeprowadzeniu przetargu. Na mocy tej umowy pozwany ad. 1 zobowiązał się do opracowania projektu budowlanego i wykonawczego oraz do wykonania robót budowlanych dla zadania pn „Przebudowa warsztatu samochodowego i magazynu opon w budynku D w siedzibie (...) S.A. w P., przy ul. (...)” w zakresie określonym w umowie oraz w warunkach technicznych nr (...) (...) z dnia 21 lutego 2013r. W zamian miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości 1.155.000 zł netto, powiększone o należny podatek VAT.

W § 11 umowy pozwany ad. 2 wyraził zgodę na zawarcie przez pozwanego ad. 1 umów z podwykonawcami w zakresie wskazanym przez pozwanego ad. 1 w ofercie na etapie postępowania. Strony zastrzegły, że wykonawca – pozwany ad. 1 zobowiązany jest przed zawarciem umowy z podwykonawcą, jak również przed zmianą takiej umowy polegającą na rozszerzeniu jej przedmiotu, przedłożyć projekt umowy zamawiającemu – pozwanemu ad. 2 i uzyskać pisemną akceptację zamawiającego na podzlecenie prac objętych umową.

W dniu 04 maja 2015r. wykonawca – pozwany ad. 1 zawarł umowę z powodem, w której powierzył mu wykonanie dzieła obejmującego dostawę stolarki aluminiowej okien i drzwi zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy (ofertą stanowiącą integralną część umowy) oraz montaż tej stolarki według załącznika nr 2 dla zadania „Przebudowa warsztatu samochodowego i magazynu opon w budynku D w siedzibie (...) S.A. w P., przy ul. (...)”.

Strony zastrzegły, że jakiegokolwiek zmiany co do przedmiotu oraz sposobu realizacji umowy mogą być do niej wprowadzone wyłącznie przez osoby upoważnione reprezentujące strony umowy i wymagają formy pisemnej oraz zgody obu stron zawierających umowę pod rygorem nieważności (§ 2 umowy).

Strony ustaliły także, iż wybranym przez nie sposobem porozumiewania się we wszelkich sprawach związanych z zawartą umową jest forma pisemna. Strony wskazały jako adresy do korespondencji adresy siedziby oraz adresy do korespondencji elektronicznej (§ 3 ust. 1 i 3 umowy).

Przedmiot umowy miał zostać wykonany w całości w terminie 7 tygodni od dnia zaksięgowania zaliczki na koncie firmowym powoda (§ 5 ust. 2 umowy).

Za wykonanie dzieła powód miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości 129.000 zł netto – 158.670 zł brutto. W dniu podpisania umowy albo niezwłocznie po tej dacie, nie później jednak niż do 7 dni od podpisania umowy, pozwany ad. 1 miał zapłacić powodowi zaliczkę w wysokości 47.601 zł. Następnie w dniu protokolarnej dostawy stolarki aluminiowej na plac budowy pozwany ad. 1 miał zapłacić powodowi następną transzę wynagrodzenia - kwotę 96.069 zł. Po zakończeniu montażu strony miały sporządzić protokół odbioru przedmiotu umowy, który stanowić miał podstawę do wystawienia końcowej faktury VAT (§ 6 umowy).

W § 8 umowy strony przewidziały procedurę odbiorów. W trakcie realizacji przedmiotu umowy miały być dokonywane codzienne odbiory jakościowe oraz odbiór końcowy. Dienne odbiory jakościowe miały być dokonywane na placu budowy przez strony lub ich upoważnionych przedstawicieli codziennie, po zakończeniu dziennego etapu robót instalacyjnych, potwierdzając należyłą jakość użytych materiałów i ich zgodność z załącznikami do umowy. Odbiór końcowy natomiast miał potwierdzać ostateczne zakończenie realizacji przedmiotu umowy oraz należyłą jakość wszystkich dostarczonych materiałów i wykonanych robót. O gotowości do końcowego odbioru powód miał obowiązek powiadomić pisemnie pozwanego ad. 1 na 3 dni robocze przed planowanym odbiorem przedmiotu umowy. Końcowy odbiór miał nastąpić w terminie 3 dni roboczych od daty doręczenia pozwanemu ad. 1 w/w pisemnego powiadomienia. Z czynności tej sporządzony miał być protokół, a w jej trakcie miało dojść do przekazania dokumentacji technicznej dot. przedmiotu umowy. W protokole pozwany ad. 1 zobowiązał się do usunięcia wad w najkrótszym możliwym terminie, tj. 7 dni, jednak nie dłuższym niż 2 tygodnie. Strony postanowiły, że każdy odbiór jednostronny dokonany w sposób i w terminie wynikającym z umowy ma dla stron taką samą moc obowiązującą i znaczenie, jak dokonany w terminie umownym odbiór dwustronny.

Prace miały zostać zakończone do dnia 15 listopada 2012r. (§ 3 pkt. 1 umowy).

Powód dostarczył i zamontował stolarkę aluminiową okien i drzwi w całości, w warsztacie samochodowym i magazynie opon w budynku D w siedzibie (...) S.A. w P.. W dniu 31 lipca 2015r., po uprzednim pisemnym powiadomieniu pozwanego ad. 1, w obecności przedstawiciela powoda oraz kierownika robót A. Z. dokonano końcowego odbioru przedmiotu umowy z dnia 04 maja 2015r. W protokole odnotowano usterki: brak zaślepek na odwodnienia. Powód usunął stwierdzone wady.

W trakcie realizowania umowy z dnia 04 maja 2015r. pozwany ad. 1 zlecił powodowi wykonanie parapetów, za którą to pracę powód miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości 4.480 zł netto – 5.510,40 zł brutto. Powód zlecone mu dzieło wykonał.

Powód przekazał także pozwanemu ad. 1 dokumentację techniczną elementów wykonanego dzieła.

Pozwany ad. 1 przelał na konto powoda zaliczkę w wysokości 47.601 zł w dniu 07 maja 2015r. Powód zakończył wykonywanie dzieła z dniem 31 lipca 2015r. Opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do umownego terminu wyniosło 5 tygodni – 35 dni roboczych.

W umowie strony zastrzegły zakaz zlecenia wykonania przedmiotu umowy bądź jego części dalszym podwykonawcom, za wyjątkiem uzyskania pisemnej zgody wykonawcy na takie zlecenie, pod rygorem nieważności (§ 4 pkt. 13 umowy).

W § 11 umowy strony zastrzegły możliwość naliczenia kar umownych przez pozwanego ad. 1 m. in. za zwłokę w terminowym wykonaniu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto określonego w § 5, za każdy dzień zwłoki.

Powód za wykonane dzieło wystawił w ciężar pozwanego ad. 1 faktury VAT nr:

- (...) z dnia 07 sierpnia 2015r. na kwotę 111.069 zł z terminem płatności na dzień 21 sierpnia 2015r. z tytułu robót instalacyjnych stolarki budowlanej – dostawa i montaż stolarki aluminiowej,

- (...) z dnia 07 sierpnia 2015r. na kwotę 5.510,40 zł z terminem płatności na dzień 14 sierpnia 2015r. z tytułu robót instalacyjnych stolarki budowlanej – dostawa i montaż parapetów wewnętrznych.

Faktury zostały doręczone pozwanemu ad. 1.

Pozwany ad. 1 wystawił noty obciążeniowe wobec powoda, oba dokumenty datowane są na dzień 21 grudnia 2015r. Nota obciążeniowa nr (...) została wystawiona na kwotę 9.275 zł z tytułu - jak wynika z opisu - niewykonania prac objętych umową o dzieło z dnia 04 maja 2015r., tj. braku siłowników do drzwi oraz pochwyty, a nota obciążeniowa nr 01/12/2015 została wystawiona na kwotę 7.791 zł z tytułu – jak wynika z opisu- kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, zgodnie z § 5 umowy. Obydwe noty miały zostać uregulowane w terminie 7 dni od dnia ich otrzymania.

W dniu 04 sierpnia 2015r. pozwany ad. 1 wystosował do powoda wiadomość e-mail, w której poinformował go o naliczeniu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 7.791 zł (przyjmując, że zwłoka trwała 49 dni) oraz o żądaniu zapłaty odszkodowania w wysokości 69.629 zł.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2015r. powód zwrócił się do pozwanego ad. 2 jako inwestora o rozliczenie jego należności z uwagi na nieotrzymanie zapłaty od pozwanego ad. 1. Pozwany ad. 2 wezwał o wyjaśnienie podstaw wysokości żądanej kwoty z uwagi na informacje uzyskane od pozwanego ad. 1 o obciążenie powoda karą umowną.

Powód nie uzyskał zapłaty wynagrodzenia od żadnego z pozwanych.

Pismami z dnia 19 listopada 2015r. powód wezwał obydwu pozwanych do niezwłocznej zapłaty kwoty 111.025,95 zł z tytułu faktur VAT nr (...). Wezwanie pozostało bezskuteczne.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie jedynie co do pozwanego ad 1. natomiast co do pozwanego ad 2 powództwo jest bezzasadne.

Sąd Okręgowy uznał, iż stan faktyczny ustalony w niniejszej sprawie pozwalał na przyjęcie, że zawarta pomiędzy powodem a pozwanym ad 1 umowa z dnia 04 maja 2015r. oraz umowa na wykonanie parapetów stanowiły umowy o dzieło. Po pierwsze zdaniem sądu na powyższe wskazywała literalna treść umowy stron, gdzie w sposób jednoznaczny strony określiły jej charakter definiując przedmiot umowy jako wykonanie skonkretyzowanego dzieła. Na dzieło to składały się dwa elementy: dostawa i montaż stolarki aluminiowej okien i drzwi w obiekcie. Zatem przedmiotem umowy stron nie były rzeczy oznaczone co do gatunku, co jest elementem charakterystycznym umowy dostawy, lecz rzeczy oznaczone co do tożsamości – drzwi i okna zaprojektowane pod konkretną zabudowę - warsztat samochodowy i magazyn opon w budynku D w siedzibie (...) S.A. w P.. Nadto w ocenie Sądu I Instancji działanie powoda objęte umową stron miało doprowadzić do powstania konkretnego rezultatu w postaci zamontowania określonych okien i drzwi w budynkach warsztatu samochodowego i magazynu opon w siedzibie pozwanego ad. 2. Wszystkie powyższe elementy ujmowane łącznie prowadzą do wniosku, iż strony łączyły umowy o dzieło, a nie umowy dostawy.

Powód wywodził swoje roszczenie z treści art. 647¹ § 1 – 6 k.c.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód był podwykonawcą ponieważ prace wykonane przez powoda w ramach umowy z pozwanym ad. 1 bezsprzecznie weszły w skład świadczenia pozwanego ad. 1 jako wykonawcy robót budowlanych w budynku będącym inwestycją pozwanego ad. 2.

Sąd wskazał ponadto, że w myśl utrwalonego w orzecznictwie poglądu podwykonawcy świadczący swoje usługi nie na podstawie umowy o roboty budowlane, lecz na podstawie umowy o dzieło, również podlegają ochronie wynikającej z art. 647¹ § 5 k.c.

Jednak zdaniem Sądu Okręgowego powód nie udowodnił, aby zaistniały przesłanki uzasadniające solidarną odpowiedzialność pozwanego ad. 2 jako inwestora za zobowiązania pozwanego ad. 1, wynikające z zawartych z powodem umów o dzieło.

Sąd wskazał, że jednym z warunków solidarnej odpowiedzialności inwestora jest zawarcie umów o podwykonawstwo w formie pisemnej. Forma ta zastrzeżona została pod rygorem nieważności. Zgodnie z przywołanym wcześniej orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 02 czerwca 2014r. w sprawie (...), skutek nieważności umów o roboty budowlane i umów o podwykonawstwo prowadzi przede wszystkim do wyłączenia solidarnej odpowiedzialności inwestora oraz podmiotu zawierającego umowę z podwykonawcą za wypłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

W przedmiotowej sprawie żadna ze stron nie kwestionowała, iż umowa o wykonanie parapetów zawarta przez powoda z pozwanym ad. 1, została zawarta w formie ustnej. Zatem niezachowanie wymaganej wskazanym przepisem formy umowy o podwykonawstwo – formy pisemnej skutkowało wyłączeniem solidarnej odpowiedzialności inwestora – (...) S. A. za zobowiązania pozwanego ad. 1 wobec powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie parapetów w warsztacie samochodowym i magazynie opon w budynku D w siedzibie inwestora.

Odnosnie drugiej z umów o dzieło łączących strony – umowa z dnia 04 maja 2015r., to w ocenie Sądu powód nie udowodnił, aby zaistniały pozostałe przesłanki solidarnej odpowiedzialności inwestora ujęte w art. 647¹ § 1 – 6 k.c, tj. aby spółka (...) S. A. wyraziła zgodę na zatrudnienie powoda w charakterze podwykonawcy przy realizacji inwestycji w jakiegokolwiek formie.

Powód nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego wyrażenie przez pozwanego ad. 2 zgody na zaangażowanie powoda w proces inwestycyjny w trybie przewidzianym w art. 647¹ § 2 k.c. W szczególności strona powodowa nie przedstawiła ani pisemnej zgody pozwanego ad. 2 na jej zatrudnienie ani nie załączyła pisemnego dowodu potwierdzającego zgłoszenie pozwanemu ad. 2 powoda jako podwykonawcy wraz z informacją o zakresie powierzonych mu prac i wysokości wynagrodzenia oraz terminie ich wykonania. Pozwany ad. 2 konsekwentnie natomiast zaprzeczał, aby wiedział o udziale powoda w inwestycji w charakterze podwykonawcy.

Powód w przedmiotowej sprawie nie wykazał także zdaniem Sądu, aby pozwany ad. 2 uzyskał wiedzę o tym, iż pracuje on przy remoncie warsztatu samochodowego i magazynu opon jako podwykonawca, o tym, jaki jest zakres jego prac i jaka została ustalona kwota wynagrodzenia powoda za wykonanie dzieła. Powód nie przedstawił bowiem żadnych dowodów w tej kwestii, w szczególności nie potwierdziły powyższej okoliczności zeznania świadka A. D..

Dalej Sąd podkreślił, iż w umowie nr (...) z dnia 20 maja 2013r. pozwany ad. 2 co prawda wyraził zgodę na zawarcie przez pozwanego ad. 1 umów z podwykonawcami, ale tylko w zakresie wskazanym przez samego pozwanego ad. 1 w ofercie złożonej na etapie postępowania przetargowego. Natomiast pozwany ad. 1 w ofercie zobowiązał się wykonać zamówienie niepubliczne samodzielnie (bez udziału podwykonawców). Pozwany ad. 2 miał więc prawo oczekiwać, iż wszystkie osoby realizujące tą inwestycję są pracownikami lub współpracownikami wykonawcy, a nie podwykonawcami.

Powyższe zdaniem Sądu Okręgowego niezbicie wskazuje na brak wiedzy, a tym samym i zgody pozwanego ad. 2 na zatrudnienie powoda jako podwykonawcy oraz brak znajomości zapisów umowy powoda z pozwanym ad. 1 w zakresie istotnych jej warunków.

Odnosnie odpowiedzialności pozwanego ad 1 Sąd Okręgowy stwierdził , że powód udowodnił wykonanie całości prac objętych umowami stron, i to wykonania w sposób prawidłowy, zgodny ze sztuką, a także zrealizowanie umówionego dzieła.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał , że Pozwany ad. 1 który kwestionował zarówno wykonanie przez powoda całego przedmiotu umowy stron jak i prawidłową jakość pracy powoda nie udowodnił swoich twierdzeń w tym zakresie.

Ponadto sąd uznał , za nieuzasadniony podniesiony przez pozwanego ad. 1 wobec powoda zarzut potrącenia .

O odsetkach ustawowych Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c., zgodnie z którym jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W przypadku należności ujętej w fakturze VAT nr (...) termin jej zapłaty upłynął z dniem 21 sierpnia 2015r. Począwszy zatem od dnia następnego po upływie terminu płatności, tj. od dnia 22 sierpnia 2015r. pozwany ad. 1 pozostawał w zwłóce ze spełnieniem świadczenia.

O kosztach postępowania Sąd orzekł w punkcie III i IV sentencji wyroku. W tym zakresie Sąd oparł się na przepisach art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. Zgodnie z ich brzmieniem strona przegrywająca sprawę jest obowiązana zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Do powyższych kosztów stosownie do § 3 przywołanego powyżej przepisu należą dla strony reprezentowanej przez adwokata wynagrodzenie nie wyższe niż stawki określone w odrębnych przepisach i wydatki jednego adwokata, koszty sądowe oraz koszty nakazanego przez sąd osobistego stawiennictwa strony.

Na koszty postępowania poniesione przez powoda w niniejszym procesie składały się: opłata od pozwu w wysokości 5.552 zł, koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł ustalone w oparciu o treść § 2 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015r., poz. 1804), i koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Na koszty postępowania poniesione przez pozwanego ad. 2 w niniejszym procesie składały się: koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł ustalone w oparciu o treść § 2 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015r., poz. 1804) i koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Mając na względzie, że powód wygrał proces co do roszczenia względem pozwanego ad. 1, Sąd obciążył pozwanego ad. 1 jako przegrywającego proces w całości kosztami procesu poniesionymi przez powoda i zasądził od pozwanego ad. 1 na rzecz powoda kwotę 12.769 zł (punkt III wyroku).

Z uwagi na to, że powód przegrał proces co do roszczenia w stosunku do pozwanego ad. 2, obciążono go w tym zakresie obowiązkiem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego pozwanego ad. 2 w kwocie 7.217 zł, zgodnie z pkt. IV wyroku.

Apelację na powyższe orzeczenie złożył powód w części oddalającej powództwo wobec pozwanego ad 2 tj. (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W..

Na podstawie art. 368 § 1 pkt 2 KPC zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego:

art. 647(1) kodeksu cywilnego, poprzez ustalenie, że nie wystąpiły przesłanki solidarnej odpowiedzialności pozwanego ad2 - wobec powoda z tytułu zrealizowanych, jako zaakceptowany podwykonawca, prac w ramach umowy o dzieło na

rzecz pozwanego ad 1 i oddalenie powództwo wobec pozwanego ad2(inwestora - zamawiającego), w sytuacji gdy sam pozwany ad2 w piśmie z dnia 02.09.2015r. wprost potwierdził fakt zaakceptowania umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy powodem a pozwanym ad 1 w dniu 04.05.2015 roku o wykonanie dzieła obejmującego dostawę i montaż stolarki aluminiowej okien i drzwi,

2) naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy:

- art. 233 § 1 KPC poprzez brak rozważenia całego materiału dowodowego zebranego w sprawie i pominięcie w szczególności oświadczenia pozwanego ad2 z pisma z dnia

02.09.2015r. o znajomości i akceptacji umowy podwykonawczej powoda i pozwanego ad1 z dnia 04.05.2015r., pominięcie stanowiska pozwanego ad2 potwierdzającego akceptację powoda jako podwykonawcy zawarte w odpowiedziach na pisma - wezwania z dnia 26.08.2015r, i pisma z dnia 19.11.2015r. oraz odpowiedzi na pozew, gdzie pozwany wyłącznie kwestionował rodzaj umowy podwykonawczej (jako dostawa), odbiór prac oraz naliczenie kar umownych przez pozwanego ad1,

- art. 207 § 6 i art. 217 § 1 i 2 KPC i art. 299 KPC, poprzez pominięcie - jako spóźnionego i niemającego znaczenia dla sprawy dowodu z przesłuchania stron na okoliczność wiedzy pozwanego ad2 o zakresie umowy podwykonawczej i odpowiedzialności solidarnej stron, pomimo że dowód ten nie został zgłoszony „dopiero po upływie roku od wystąpienia z pozwem, ponieważ gdy wniosek ten został już zgłoszony w piśmie procesowym powoda z dnia 10.05.2016r (ustosunkowanie się do odpowiedzi na pozew) - strona 2 akapit - dowód - „przesłuchanie stron”.

Jednocześnie nawet wniosek dowodowy zgłoszony na rozprawie 14.02.2017r. powinien zostać uwzględniony ponieważ przesłuchanie stron nie mogło spowodować zwłoki w rozpoznaniu sprawy w sytuacji, gdy wiadomym było w sytuacji dopuszczenia dowodu z biegłego oraz odezwy sądowej do Sądu Rejonowego w Koszalinie o przesłuchanie w drodze pomocy sądowej świadka A. D., że niezbędna będzie kolejna rozprawa gdzie można było przesłuchać strony (odbyła się w dniu 26.05.2017). Przesłuchanie stron wobec braku współpracy pozwanego z powodem potwierdziłoby stanowisko pozwanego ad2 z pisma z dnia 10.05.2016r. o akceptacji i znajomości warunków umowy podwykonawczej powoda z pozwanym ad 1.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 386 § 1 KPC w zw. z art. 368 § 1 pkt 5 KPC skarżący wniósł o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie roszczenia wobec pozwanego ad2 i zasądzenie dochodzonej kwoty solidarnie z pozwanym ad 1,
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania w I. instancji poprzez zasądzenie od pozwanego d2 na rzecz powoda kosztów tego postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.
- 3) zasądzenie od pozwanego ad2 na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.
- 4) rozpoznanie sprawy także pod nieobecność powoda lub jego pełnomocnika.

Ewentualnie, na podstawie art. 386 § 4 KPC

- 5) uchylene zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

W odpowiedzi na apelację pozwany ad 2 wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego ad 2 zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

W sprawie również pozwany ad 1 zajął stanowisko i poparł apelację powódki.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powódki okazała się nieuzasadniona .

Sąd II Instancji w całości akceptuje ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i czyni je na podstawie art. 382 k.p.c. własnymi. Sąd Apelacyjny podziela również wnioski i ustalenia prawne Sądu I Instancji.

Na etapie postępowania odwoławczego spór dotyczy jedynie tego , czy pozwany (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., dalej określany jako pozwany ad 2 odpowiada solidarnie z wykonawcą - (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., dalej określany jako pozwany ad 1 wobec podwykonawcy z tytułu wykonanej przez tego ostatniego umowy o dzieło.

W tym zakresie Sąd Apelacyjny w całości podziela stanowisko zaprezentowane przez Sąd Okręgowy co do braku przesłanek do przyjęcia odpowiedzialności solidarnej inwestora .

Podstawę prawną rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie stanowiły w szczególności przepisy o zobowiązaniu z tytułu umowy o roboty budowlane, w brzmieniu obowiązującym w chwili zawarcia i wykonania umowy. Treść tych przepisów zmieniono ustawą z dnia 4 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz. U. poz. 933) ze skutkiem od dnia 1 czerwca 2017 r., lecz zgodnie z art. 12 tej ustawy, do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę na podstawie takich umów stosuje się art. 6471 k.c. w brzmieniu dotychczasowym.

Umowa o roboty budowlane została zawarta 20 maja 2013 r , a umowa wykonawcy z podwykonawcą w dniu 5 maja 2015 r.

W tym czasie obowiązywał przepis art. 647¹ k.c. o brzmieniu :

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

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

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

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

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

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

W związku z tym należy wskazać co następuje :

W dniu 4 maja 2015 r pozwany ad 1 i powód zawarli umowę nazwaną umową o dzieło w której pozwany powierzył powodowi wykonanie dzieła obejmującego dostawę stolarki aluminiowej okien i drzwi zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy (ofertą stanowiącą integralną część umowy) oraz montaż tej stolarki według załącznika nr 2 dla zadania „Przebudowa warsztatu samochodowego i magazynu opon w budynku(...) w siedzibie (...) S.A. w P., przy ul. (...)”.

Ponadto strony tj pozwany ad 1 i powód zawarli dodatkową umowę o wykonanie parapetów.

W przedmiotowej sprawie żadna ze stron nie kwestionowała, iż umowa o wykonanie parapetów zawarta przez powoda z pozwanym ad. 1, została zawarta w formie ustnej. Zatem jak słusznie wskazał Sąd I Instancji niezachowanie wymaganej wskazanym wyżej przepisem z art. 647(1) k.c. formy umowy o podwykonawstwo – formy pisemnej skutkować musiało wyłączeniem solidarnej odpowiedzialności inwestora – (...) S. A. za zobowiązania pozwanego ad. 1 wobec powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie parapetów w warsztacie samochodowym i magazynie opon w budynku (...) w siedzibie inwestora.

W zakresie umowy o wykonanie parapetów co już wyżej wskazano nie było w ogóle umowy pisemnej , a więc zgodnie z przepisem art. 647¹ k.c. odpowiedzialność solidarna inwestora wobec podwykonawcy jest niewątpliwie wyłączona . Te roboty nie były bowiem objęte umowa o roboty budowlane między pozwanym ad 1 i pozwanym ad 2 i nie wynikały również z umowy z dnia 4 maja 2015 r .

Jeżeli chodzi natomiast o umowę pisemną z dnia 4 maja 2015 r. to w pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii charakteru tej umowy.

Co prawda apelujący nie podnosi takiego zarzutu – z oczywistych względów, to jednak ta kwestia pojawia się w odpowiedzi na apelację złożoną przez pozwanego ad 2.

Nie ulega wątpliwości i w tej kwestii Sąd Apelacyjny w całości akceptuje ustalenia Sądu Okręgowego , że dnia 04 maja 2015r. wykonawca – pozwany ad. 1 zawarł umowę z powodem, w której powierzył mu wykonanie dzieła obejmującego dostawę stolarki aluminiowej okien i drzwi zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy (ofertą stanowiącą integralną część umowy) oraz montaż tej stolarki według załącznika nr 2 dla zadania „Przebudowa warsztatu samochodowego i magazynu opon w budynku (...) w siedzibie (...) S.A. w P., przy ul. (...)”.

Umowa powyższa wbrew twierdzeniom pozwanego ad 2 była umową o dzieło , a nie umową dostawy . W tym zakresie sąd jak już wyżej wskazano akceptuje pogląd i argumenty przedstawione przez Sąd Okręgowy . Nie zmienia tego zarówno argumentacja zawarta w odpowiedzi na apelację oraz w piśmie z dnia 19 kwietnia 2018 r . W piśmie tym pozwany powołuje się bowiem na przepisy prawa budowlanego które w tej sprawie w zakresie rozpatrywanym przez sąd nie mają żadnego znaczenia . Niezależnie bowiem , czy wymianę i wytworzenie nowej stolarki okiennej w sensie prawa budowlanego nazwiemy remontem , przebudową czy konserwacją, czynności związane z tą pracą (wytworzenie a następnie montaż nowych okien i drzwi) na gruncie prawa cywilnego należy określić jako wykonanie nowego dzieła polegającego właśnie na prawidłowym zgodnie z parametrami wynikającymi z umowy cywilno - prawnej wykonaniem drzwi i okien , a następnie ich prawidłowym zamontowaniu w remontowanym budynku.

Nie ulega więc wątpliwości , że umowa z dnia 4 maja 2015 r. była umową o dzieło i niewątpliwie powód wykonywał ją jako podwykonawca .

Sąd Apelacyjny podziela jednak stanowisko Sądu Okręgowego , że powód nie udowodnił, aby zaistniały przesłanki uzasadniające solidarną odpowiedzialność pozwanego ad. 2 jako inwestora za zobowiązania pozwanego ad. 1, wynikające z zawartej z powodem umowy o dzieło , a zarzuty podniesione w apelacji należało uznać za nietrafne.

Zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c., inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Z przepisu tego wynikają dwie przesłanki warunkujące odpowiedzialność solidarną inwestora z generalnym wykonawcą, tj. istnienie pisemnej umowy pomiędzy podwykonawcą a generalnym wykonawcą oraz zgoda inwestora na zawarcie takiej umowy. Obie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Poza sporem jest , że w tym zakresie między wykonawcą i podwykonawcą została zawarta umowa pisemna.

W związku z tym zagadnienie zgody inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej ma kluczowe znaczenie dla solidarnej z głównym wykonawcą odpowiedzialności pozwanego ad 2 za wynagrodzenie podwykonawcy.

Zgodnie bowiem z art. 647¹ § 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym w chwili zawierania umowy do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą była wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Nie ma sporu, że pozwany ad 2 nie wyraził zgody na zawarcie umowy w sposób wyraźny. Główny wykonawca nie przedstawił też pozwanemu umowy podwykonawczej lub jej projektu, nie ma w związku z tym podstaw do odwołania się do braku sprzeciwu, o jakim mowa w art. 647¹ § 2 zd. 2 k.c.

Zgoda inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej jest czynnością prawną. Zgoda ta jest "oświadczeniem woli o charakterze zindywidualizowanym, dotyczyć ma bowiem zawarcia przez wykonawcę z podwykonawcą konkretnej umowy, o określonej treści. W chwili wyrażenia zgody na zawarcie umowy inwestor powinien wobec tego posiadać wiedzę o jej istotnych postanowieniach, decydujących o zakresie jego solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy albo powinien co najmniej mieć zapewnioną możliwość zapoznania się z tymi postanowieniami" (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 października 2016 r., I CSK 645/15). Zgoda na zawarcie umowy podwykonawczej o niesprecyzowanym zakresie przedmiotowym (co do zakresu prac zleconych podwykonawcy lub wysokości jego wynagrodzenia) lub podmiotowym (co do osoby podwykonawcy) nie może być skuteczna.

Przy czym, odpowiedzialność inwestora za spełnienie świadczeń przewidzianych umową między wykonawcą i podwykonawcą, której podstawą jest art. 647¹ § 5 k.c., "ma charakter gwarancyjny, a poważne konsekwencje jej ustanowienia sprawiają, że inwestor musi mieć zapewniony realny wpływ na jej powstanie w konkretnej sytuacji faktycznej" (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 października 2016 r., IV CSK 834/15).

W orzeczeniu z dnia 4 lipca 2018 r sygn. akt VII AGa 860/18 Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że „aby zgoda inwestora była skuteczna musi: (1) być wyrażona przez osoby uprawnione do reprezentacji inwestora, (2) obejmować określonego podwykonawcę, (3) dotyczyć konkretnego zakresu prac, (4) odnosić się do jednoznacznie określonego wynagrodzenia podwykonawcy. A ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na podwykonawcy (art. 6 k.c.). Możliwe więc byłoby przyjęcie, że pozwany wyraził zgodę dorozumianą w sposób czynny, gdyby powód wykazał, że określone zachowania osób uprawnionych do reprezentacji pozwanego (członków zarządu, prokurentów, pełnomocników itp.) mogą zostać zinterpretowane jako wyrażenie takiej zgody. Co więcej, konieczne byłoby wykazanie, iż osoby te miały świadomość zakresu powierzonych powodowi prac oraz wysokości ustalonego między powodem a spółką (...) wynagrodzenia.”

Podzielając powyższe stanowisko Sąd Apelacyjny w tym składzie wskazuje, że powód nie zdołał tych okoliczności wykazać.

W apelacji skarżący wyrażenia zgody przez inwestora upatruje w tym, że pozwany inwestor wprost potwierdził w piśmie z dnia 02.09.2015r. fakt zaakceptowania umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy powodem a pozwanym ad 1 z dnia 04.05.2015 roku o wykonanie dzieła obejmującego dostawę i montaż stolarki aluminiowej okien i drzwi.

Zdaniem skarżącego pozwany ad 2 w odpowiedzi na wezwanie do zapłaty, zwrócił się „w sprawie uregulowania przez Zamawiającego (inwestora - pozwanego ad2) na zasadzie solidarnej odpowiedzialności wyłącznie o wyjaśnienie podstaw żądanej kwoty.

Powód wskazał, że pozwany ad 2 dodatkowo wprost potwierdził w tym piśmie, że „ponadto zaakceptowana przez Zamawiającego umowa nie obejmowała tylko prac objętych faktura nr (...)r. tj. na dostawę parapetów wewnętrznych”.

To jednoznaczne stwierdzenie wyraźnie potwierdza zdaniem skarżącego znajomość warunków umowy na dostawę stolarki zawartej pomiędzy powodem a pozwanym ad 1. Tym bardziej, że pismo podpisała pani B. Z. Dyrektora ds. (...) Oddziału pozwanego w P..

Ponadto zdaniem powoda pozwany ad 2 w odpowiedziach na wezwania do zapłaty nigdy nie kwestionował powstania solidarnej odpowiedzialności pomiędzy stronami. Jedynie odmawiał zapłaty analogicznie do stanowiska pozwanego ad 1, że nie doszło do odbioru prac oraz twierdził, że pozwany ad 1 naliczył karę umowną w świetle czego powód nie jest uprawniony do otrzymania wynagrodzenia. Ponadto wywodził, że powód wykonywał prace nie na podstawie umowy o dzieło lecz umowy dostawy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego takie stanowisko skarżącego jest nieuzasadnione .

Z akt sprawy wynika , że w dniu 26 sierpnia 2015 r powód przesłał do inwestora pismo w którym informuje , że w ramach zawartej z wykonawcą umowy z dnia 4.05.2015 r, wykonał dostawę okien i stolarki aluminiowej . Roboty zostały w całości wykonane i odebrane i że do dnia dzisiejszego podwykonawca nie otrzymał należnego wynagrodzenia wynikającego z faktur. Dalej powód wskazał , że jest zgłoszonym podwykonawcą zgodnie z przepisami k.c. i wobec powyższego inwestor będzie ponosił solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia.

W odpowiedzi na to pismo inwestor przesłał pismo z dnia 2 września 2015 r w którym prosi o wyjaśnienie podstaw wysokości żądanej kwoty. Dalej inwestor informuje , że zgodnie z zawartą pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą umową , miała być ona zrealizowana w 7 tygodni od daty wpływu zaliczki , a z informacji jakie inwestor uzyskał od przedstawiciela wykonawcy pani B. L. realizacja została wykonana po terminie co wiąże się z naliczeniem kar umownych . Dalej informuje , że zaakceptowana przez zamawiającego umowa nie obejmowała prac objętych fakturą (...) z dnia 7 sierpnia tj. montaż parapetów wewnętrznych.

Z tak sformułowanej odpowiedzi nie sposób wywnioskować , że inwestor wyraził zgodę w rozumieniu art. 647¹ k.c. Nawet zakładając , że pozwany ad 2 w wyniku pisma powoda z dnia 26 sierpnia 2015 r uzyskał informację o zawarciu takiej umowy to nie oznacza , że wyraził na nią zgodę . Przede wszystkim z udzielonej odpowiedzi nie wynika wprost by inwestor znał zakres umowy ponieważ informuje jedynie , że jedna z wystawionych faktur nie jest objęta tą umową .

Ponadto podpisana pod pismem z dnia 2 września 2015 r. (...) nie reprezentowała inwestora, a w każdym razie nie wynika to z akt sprawy.

I wreszcie w aktach jest też pismo wykonawcy do inwestora z dnia 5.11.2015 r. będące odpowiedzią na pismo inwestora z dnia 15.10.2015 r. , wzywające wykonawcę do uregulowania należności dla powoda, w którym wykonawca informuje, że powód nie jest podwykonawcą , a jedynie dokonywał dostawy stolarki , oraz powołał się na § 11 umowy o roboty budowlane z którego wynika , że pozwany ad. 2 wyraził zgodę na zawarcie przez pozwanego ad. 1 umów z podwykonawcami w zakresie wskazanym przez pozwanego ad. 1 w ofercie na etapie postępowania. A ten podwykonawca nie był w ofercie wskazany.

W wyniku tej odpowiedzi inwestor przesłał pismo do powoda w dniu 12.11.2015 r informując go , że wobec odpowiedzi jaką uzyskał od wykonawcy w dniu 5.11.2015 r zmuszony jest odstąpić od uregulowania należności ze względu na brak spójnego stanowiska pomiędzy powodem a wykonawcą .

Ponadto w toku całego postępowania zarówno z odpowiedzi na pozew pozwanego inwestora jak i zajmowanego stanowiska w toku postępowania nie wynika wbrew twierdzeniom skarżącego by pozwany inwestor wyraził zgodę (k. 68-69 akt) . Przeciwnie pozwany ad 2 konsekwentnie wnosił o oddalenie powództwa.

Również nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 207 § 6 i art. 217 § 1 i 2 KPC i art. 299 KPC, poprzez pominięcie - jako spóźnionego i niemającego znaczenia dla sprawy dowodu z przesłuchania stron na okoliczność wiedzy pozwanego ad2 o zakresie umowy podwykonawczej i odpowiedzialności solidarnej stron.

Dowód o przesłuchanie stron nie został zgłoszony w pozwie lecz został zgłoszony w piśmie z dnia 10.05.2016 r (k. 295) i ponowiony na rozprawie 14 lutego 2017 r. w tym na okoliczność solidarnej odpowiedzialności inwestora (k. 428) na której Sąd postanowieniem wniosek ten oddalił . Rozprawa z dnia 14 lutego 2017 r została odroczone. Następne posiedzenie sądu odbyło się w dniu 10 lipca 2017 r. Po czym sąd zamknął rozprawę i oznajmił stronom , że orzeczenie zostanie ogłoszone w dniu 24 lipca 2017 r .

Zgodnie z art. 299 k.p.c. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron dopuszczalne jest wyjątkowo, gdy w świetle oceny sądu, opartej na całokształcie okoliczności sprawy, brak jest w ogóle innych środków dowodowych albo gdy istniejące okazały się niewystarczające do wyjaśnienia okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 8 grudnia 2000 r., I CKN 1129/99, LEX nr 51635; wyrok SN z dnia 12 grudnia 2000 r., V CKN 175/00, OSP 2001, z. 7–8, poz. 116, z glosą częściowo krytyczną C. G., PS 2003, nr 3, s. 141; wyrok SN z dnia 5 czerwca 2009 r., I PK 19/09, LEX nr 519171; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 listopada 2012 r., I ACa 1175/12, LEX nr 1283507; wyrok SA w Warszawie z dnia 25 września 2013 r., I ACa 556/13, LEX nr 1381590.)

Tak więc dowód ten sąd może , a nie ma obowiązku go dopuścić na wniosek strony , jeżeli uzna , że okoliczności istotne dla sprawy zostały wyjaśnione.

W niniejszej sprawie powód fakt zgody wywodził z treści pisma z dnia 2 września 2015 r oraz twierdził , że pozwany ad 1 przedłożył pozwanemu ad 2 niezbędną dokumentację , a pozwany ad 2 zaakceptował udział powoda jako podwykonawcy.

Skoro skarżący twierdzi , że fakt zgody wynika z pisma to zeznanie strony nie wniosłoby nic nowego do sprawy bo to do sądu należy ocena czy z tego dokumentu wynika zgoda czy też nie.

Co do drugiego argumentu jest to całkowicie sprzeczne ze stanowiskiem pozwanego ad 1 który w toku całego postępowania zaprzeczał , żeby pozwany ad 2 był podwykonawcą co wynika z pism i twierdził , że umowa z maja 2015 r była umową dostawy , a nie umową o dzieło.

Ponadto ten konkretny argument pojawia się dopiero w apelacji.

Ale co istotniejsze to po oddaleniu przez Sąd I Instancji tego dowodu pełnomocnik powoda nie złożył ani na tej rozprawie , ani na kolejnym posiedzeniu zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.

Artykuł 162 przewiduje prekluzję zarzutów dotyczących niektórych naruszeń prawa procesowego. Z jego treści wynika, że skutkiem niepodniesienia przez stronę zarzutu naruszenia przepisów postępowania w sposób określony w tym przepisie jest bezpowrotna utrata tego zarzutu w dalszym toku postępowania (i w środkach zaskarżenia lub środkach odwoławczych), a więc także w postępowaniu wywołanym wniesieniem zażalenia oraz w postępowaniu apelacyjnym i kasacyjnym, chyba że chodzi o przepisy prawa procesowego, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. Brak winy musi być uprawdopodobniony (postanowienie SN z dnia 17 października 1969 r., I CR 316/69, OSP 1971, z. 1, poz. 5, z glosą W. Siedleckiego; uchwała SN z dnia 27 października 2005 r., III CZP 55/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 144; wyrok SA w Szczecinie z dnia 20 grudnia 2007 r., I ACa 772/07, LEX nr 503258; wyrok SA w Łodzi z dnia 10 grudnia 2013 r., I ACa 784/13, LEX nr 1416130; wyrok SA w Łodzi z dnia 22 października 2013 r., I ACa 561/13, LEX nr 1394243; wyrok SN z dnia 29 sierpnia 2013 r., I CSK 713/12, LEX nr 1391108; wyrok SA w Lublinie z dnia 1 sierpnia 2013 r., I ACa 249/13, LEX nr 1363303)

Przy czym utrata możliwości powoływania się na uchybienia procesowe, na które strona nie zwróciła uwagi sądu w terminie przewidzianym w art. 162 w toku postępowania przed sądem I instancji, oznacza niemożność zaskarżenia orzeczenia ze względu na te uchybienia, choćby mogły mieć one wpływ na wynik sprawy (por. np. W. Siedlecki, Uchybienia procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym, Warszawa 1971, s. 20; J. Niejadlik, Kontrola rewizyjna postanowień poprzedzających wydanie wyroku w procesie cywilnym, Warszawa 1977, s. 111 oraz B. Bładowski, Zastrzeżenia stron wnoszone do protokołu rozprawy, NP 1981, nr 3, s. 65).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny apelację powoda jako nieuzasadnioną na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił .

O kosztach postępowania apelacyjnego sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. o raz art. 108§ 1 k.p.c. oraz §2 pkt 6 w zw. z § 10 ust1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 265)

Ryszard Marchwicki Jan Futro Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga