

Sygn. akt XXV C 1706/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 maja 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSO Monika Włodarczyk
Protokolant:	st. sekr. sądowy Monika Rakoczy-Ordanik

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. w Warszawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę

1. oddała powództwo;
2. nie obciąża powoda kosztami postępowania;
3. nieuiszczone wydatki i opłatę od pozwu przejmuje na rachunek Skarbu Państwa.

Sygn. akt XXV C 1706/14

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 01 grudnia 2014 r. (data prezentaty SO w Warszawie, k. 6-21) skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W., wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty w wysokości 3.809.032,00 złotych wraz z odsetkami liczonymi od dnia wymagalności roszczenia, tj. od dnia 13 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty tytułem wynagrodzenia za wykonane i odebrane roboty budowlane przy realizacji projektu budowy Autostrady (...) S. K. na odcinku C sekcja II i III w ramach zlecenia tych robót przez wykonawcę - (...) S.A. oraz w związku z nie otrzymaniem zapłaty za te roboty od wykonawcy inwestora - (...) S.A. i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie ze złożonym spisem kosztów. (protokół z dnia 31.05.2016 r., k. 2022v). Ostatecznie określając termin żądania odsetek powód wniósł o ich zasądzenie od dnia 14 września 2012 r. (pismo z 19.08.2015r. k. 1219)

Powód wskazał, że dochodzone przedmiotowym pozwem kwoty wynikają z należności, których główny wykonawca projektu „Kontynuacja inwestycji. Projekt i budowa autostrady (...) S.-K. na odcinku od km 411+465,8 do km 411+431+500 (odcinek C)”, tj. (...) S.A., nie zapłacił powodowi za wykonane przez niego prace w ramach realizacji w/w inwestycji i w oparciu o zawarte z wykonawcą pozwanego umowy, porozumienia – przed oraz w trakcie realizacji w/w inwestycji.

Powód podał, że zgodnie z załączonymi do zgłoszenia wierzytelności obmiarami geodezyjnymi upadły, tj. (...) S.A., jest zobowiązany do zapłaty na rzecz spółki (...).

z o.o. za wykonane prace wynagrodzenia w wysokości 3.536.930,25 złotych (netto) tj. 4.350.424,20 złotych (brutto). Dodatkowo podkreślił, że zgodnie z załączonymi oświadczeniami kierownika budowy - Pana R. S., upadły jest zobowiązany do zapłaty na rzecz (...) Sp. z o.o. za wykonane prace wynagrodzenia w wysokości 1.094.528,10 złotych (brutto). W sumie, jak wskazał powód, upadły jest zobowiązany do zapłaty na rzecz spółki (...) Sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane przy budowie autostrady (...), które nie były kwestionowane przez (...) S.A., kwotę w wysokości 5.444.952,30 złotych (brutto).

Strona powodowa podał dalej, że spółce (...) S.A. przysługiwały w stosunku do spółki (...) Sp. z o.o. wierzytelności z wystawionych faktur, na łączną kwotę w wysokości 111.626.30 złotych brutto. Ponadto, (...) S.A. zapłaciła za paliwo dostarczone spółce (...) Sp. z o.o. o łącznej wartości 926.794,00 złotych (brutto) oraz zapłaciła zaliczki na poczet wykonania zawartych między stronami umów wynoszące w sumie 1.388.000,00 złotych (brutto).

Powód oświadczył, że dokonał potrącenia powyższych kwot z przysługującą jemu wierzytelnością pismem z dnia 17 stycznia 2012 r. pn. ostateczne wezwanie do zapłaty. Jednak

z ostrożności procesowej (ponownie oświadczył, że dokonuje potrącenia) w/w wzajemnych wierzytelności. W związku z faktem, iż (...) S.A. zapłaciła za paliwo dostarczone spółce (...) Sp. z o.o. o łącznej wartości 926 794,00 złotych (brutto), zapłaciła zaliczki na poczet wykonania zawartych umów wynoszące w sumie 1 388 000,00 złotych (brutto) oraz spółce (...) S.A. przysługuje wobec powoda roszczenie o zapłatę 111.626.30 złotych (brutto), spółka (...) odliczyła od żądanego wynagrodzenia powyższe kwoty, tj. 5.444.952,30 złotych - (926 794,00 złotych + 1.388000,00 złotych + 111.626.30 złotych). W związku z powyższym, roszczenie (...) za roboty, których (...) S.A. nie kwestionowała, po dokonaniu potrącenia należności (...) S.A. wobec powoda wynosi 3.018.532,00 złotych.

Jednocześnie powód wskazał, że poza robotami, które nie były kwestionowane przez (...) S.A., a wycenionymi powyżej, powód na żądanie (...) S.A. wykonał roboty dodatkowe, na które nie była uzgodniona cena. Tym samym strona powodowa dodatkowo składa roszczenie

o zapłatę za wykonanie przez powoda dodatkowych robót budowlanych, bezpodstawnie kwestionowanych przez (...) S.A., tj.: osuszanie placu budowy, prace przygotowawcze do wykonania przepustów, krawędziowanie, wykonanie pozostałych nasypów, odszkodowania za przestoje. Powód podał, że roboty te nie były objęte zakresem ustalonym w protokole negocjacji, lecz ich wykonanie zostało zlecone w trakcie realizacji robót. Łączna wartość tych robót wynosi w ocenie powoda 790 500,00 złotych.

Mając powyższe na uwadze powód wskazał, że łączna wartość dochodzonego niniejszym pozwem roszczenia wynosi: 3.018.532,00 złotych plus 790.500,00 złotych = 3.809.032.00 złotych.

Strona powodowa podała, że inwestorem w/w inwestycji był pozwany. Wobec faktu nieuregulowania przedmiotowej należności przez Generalnego Wykonawcę (...) S.A.) oraz wobec faktu ogłoszenia w dniu 17 kwietnia 2013 r. upadłości Generalnego Wykonawcy

w sprawie toczącej się przed Sądem Rejonowym w Warszawie, X Wydział Gospodarczy ds. Upadłościowych i Naprawczych pod sygnaturą akt. X GU 58/12 (X GUp 491/12) powstał stan,

w którym wierzytelności przysługujące powodowi nie będą zaspokojone w najmniejszym stopniu. Do wniosku takiego, jak oświadczył powód, prowadzą dane dotyczące zadłużenia (...) S.A. na etapie składania wniosku o upadłość, zgodnie z którymi zobowiązania (...) S.A. przekraczały o blisko 5 razy majątek tej spółki. Powód podał, że na obecnym etapie prowadzi postępowanie ukierunkowane na wpis swojej wierzytelności na listę w postępowaniu upadłościowym. Jednakże nawet uznanie wierzytelności powoda w toku postępowania upadłościowego kwalifikować będzie te wierzytelności najwyżej do kategorii czwartej wierzytelności. Oznacza to małą szansę na odzyskanie należnych środków. W związku

z niezapłaceniem wynagrodzenia na rzecz spółki (...) Sp. z o.o. za powyższe prace przez spółkę (...) S.A., powód niniejszym pozwem domaga się zasądzenia przedmiotowego wynagrodzenia od pozwanego, z uwagi na jego solidarną odpowiedzialność wynikającą z art. 647¹ § 5 k.c.

Powód wskazał, iż zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności pozwanego, albowiem w dniu 16 września 2012 r. spółka (...) S.A. złożyła wniosek o zatwierdzenie powoda jako podwykonawcy na wykonywanie robót ziemnych na odcinku C autostrady (...), do którego zostały załączone m.in. zlecenie o nr (...) z dnia 22 sierpnia 2011 r., zlecenie o nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r., zlecenie o nr (...) z dnia 6 września 2011 r., lista personelu, lista sprzętu oraz referencje.

Jednocześnie przyznał, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oświadczyła, iż wniosek jest niezgodny z warunkami kontraktu, gdyż nie zawiera projektu umowy, nie mniej jednak powyższe, a w szczególności przedłożone (...) dokumenty wskazują, iż pozwany posiadał pełną wiedzę w zakresie ceny za wykonywane roboty budowlane, zakresu i rodzaju wykonywanych robót budowlanych przez powoda, listy personelu i sprzętu powoda i pomimo tej wiedzy nie sprzeciwiła się, ani nie zakazała spółce (...) S.A. wykonywania wskazanych w zleceniach robót budowlanych przez powoda. (...) jedynie stwierdziła, że nie został dołączony projekt umowy, co zdaniem powoda nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości, skoro spółka (...) S.A. załączyła trzy zawarte z powodem zlecenia na wykonywanie przedmiotowych robót budowlanych, z których jasno wynikały istotne postanowienia stosunku prawnego łączącego stroną powodową ze spółką (...) S.A. (...) posiadało wiedzę, iż powód wykonuje przedmiotowe prace, za jaką cenę, w jakim zakresie i jakim sprzętem. Zdaniem strony powodowej (...) czynnie uczestniczyło w procesie inwestycyjnym m.in. poprzez sprawowanie bezpośredniej kontroli/nadzoru nad przebiegiem budowy, dokonywanie odbiorów robót wykonanych przez (...) Sp. z o.o., udział przedstawicieli (...) w naradach odbywających się na budowie związanych z realizacją projektu. Natomiast prace na przekazanych powodowi odcinkach autostrady (...) były wykonywane przez sprzęt, który był oznakowany znakiem firmowym (...) Sp. z o.o.

Zdaniem powoda pozwany wiedział, albo co najmniej powinien był wiedzieć, a de facto akceptował w sposób dorozumiany, że spółka (...) Sp. z o.o. wykonuje prace podwykonawcze w imieniu i na rzecz (...) S.A., tj. wykonawcy inwestycji.

Zdaniem powoda tym samym zgłoszone roszczenia są jak najbardziej zasadne i znajdują odzwierciedlenie w przedłożonym materiale dowodowym.

W odpowiedzi na pozew z dnia 25 czerwca 2014 r. (data nadania w placówce pocztowej, k. 1038-1052, t. VI) pozwany Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wniosł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych, jednakże w zakresie kosztów zastępstwa procesowego zasądzenie ich na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa zgodnie z art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8.07.2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 1150 ze zm.).

Pozwany wniosł ponadto o zawiadomienie o niniejszym postępowaniu i wezwanie do wzięcia udziału w sprawie spółek: (...) S.A. z siedzibą w W. w upadłości likwidacyjnej oraz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C..

W uzasadnieniu pozwany podniósł zarzut niezaakceptowania powoda jako podwykonawcy podczas realizacji inwestycji pn. „Kontynuacja inwestycji. Projekt i budowa autostrady (...) S.-K. na odcinku od km 411+465,8 do km 411+431+500 (odcinek C)”, realizowanego przez konsorcjum spółek wykonawczych: (...) S.A. (Lider Konsorcjum), (...) a (...) Sp. z o.o. oraz (...) a (...) k.s. Pozwany przyznał, że w dniu 16 września 2011 r. wykonawca złożył Zamawiającemu wniosek

o zatwierdzenie powoda - (...) Sp. z o.o. jako podwykonawcy robót budowlanych na przedmiotowej inwestycji, który to inżynier rezydent w krótkiej adnotacji przedstawił powody braku akceptacji powoda jako podwykonawcy oraz dokonał

oznaczenia wniosku jako niezatwierdzony (...). Z tych względów ani wnioski ani żadne dokumenty nie zostały przedstawione Zamawiającemu.

Wskazał, że przyczynami odmowy zatwierdzenia powoda była niezgodność wniosku z postanowieniami warunków kontraktu, zwłaszcza przez brak załączenia projektu umowy wykonawcy z podwykonawcą (co było niezgodne z postanowieniami subklauzuli 4.4 warunków szczególnych kontraktu) oraz brak doświadczenia powoda w realizacji robót. Pozwany podał, że informację o odmowie zatwierdzenia powoda jako podwykonawcy, wykonawca powziął w dniu 26 września 2011 r., o czym świadczy podpis oraz pieczęć wykonawcy na wniosku odrzuconym przez inżyniera rezydenta.

Pozwany wskazał, że okoliczność, iż powód wykonywał zleczone jemu przez wykonawcę prace jako podwykonawca w ramach inwestycji, mimo odmowy zatwierdzenia powoda jako podwykonawcy nie została ujawniona zamawiającemu gdyż wykonawca, ani powód nie zgłosili tego faktu inżynierowi rezydentowi ani zamawiającemu, a w dziennikach budowy nie dokonywano żadnych wpisów przez pracowników powoda.

Zdaniem pozwanego na gruncie zaistniałych okoliczności faktycznych nie zachodzą przesłanki uzasadniające roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia kierowane do pozwanego. Powód nie został bowiem zaakceptowany przez zamawiającego jako podwykonawca prac realizowanych w zakresie w/w inwestycji, co wyłącza odpowiedzialność pozwanego za zapłatę wynagrodzenia powoda z tytułu wykonanych przez niego prac, w oparciu o przepis art. 647¹ § 5 k.c. Ponadto pozwany wskazał, że w niniejszej sprawie przede wszystkim nie doszło do podpisania umowy podwykonawczej między powodem a wykonawcą w pełnym zakresie prac, za wykonanie których powód żąda wypłaty wynagrodzenia. Nie została spełniona tym samym pierwsza przesłanka odpowiedzialności solidarnej zamawiającego za wynagrodzenie należne podwykonawcy, wynikająca z przepisu art. 647¹ § 4 k.c. tj. zawarcie w formie pisemnej pod rygorem nieważności umowy wykonawcy z podwykonawcą.

Pozwany podkreślił, że inżynier rezydent odmawiając zatwierdzenia powoda jako podwykonawcy na wniosku o zatwierdzenie wskazał przyczyny odmowy oraz oznaczył wniosek literą (...), co oznaczało wprost, iż powód nie uzyskał zatwierdzenia jako podwykonawca. Brak zgody zamawiającego na wykonywanie przez powoda prac przy realizacji inwestycji jednoznacznie wynika ze sposobu rozpatrzenia przedmiotowego wniosku. Wobec czego, zdaniem pozwanego, argumentacja powoda o rzekomej, dorozumianej zgodzie na wykonywanie przez niego prac jest bezprzedmiotowa w okolicznościach niniejszej sprawy.

Odnosząc się do argumentu powoda, że na placu budowy wskazywanej inwestycji prace podwykonawcze były realizowane przy użyciu sprzętu, zawierającego oznaczenia umożliwiające identyfikację podwykonawcy, czemu pozwany stanowczo zaprzeczył, to jednak wskazał, że należy to uznać za nieistotne dla niniejszej sprawy a z całą pewnością, nie może ta okoliczność świadczyć o świadomości zamawiającego na temat realizacji prac przez powoda w charakterze podwykonawcy. Pozwany podniósł, że umowa nie wykluczała bowiem możliwości wykorzystania sprzętu budowlanego na zasadach jego wynajmu czyli wykonywania usługi, co zgodnie z subklauzulą 4.4. szczególnych warunków kontraktu nie wymagało zgody zamawiającego. Mając powyższe na uwadze, zdaniem pozwanego, nie można przyjąć, że obecność na placu budowy sprzętu z oznaczeniem firmy powoda jest równoznaczna z wiedzą zamawiającego o działalności danego podwykonawcy. Wykonawca po powzięciu wiadomości o odmowie zatwierdzenia powoda jako podwykonawcy, powinien był bezzwłocznie go o tym zawiadomić, nie dopuszczając zarazem do realizacji robót przez powoda jako podwykonawcy. Powód natomiast bez potwierdzenia uzyskania akceptacji zamawiającego nie powinien podejmować się realizacji prac. Pozwany zaznaczył również, że przystąpienie powoda do wykonania prac przy jednoczesnym braku jego działań zmierzających do uzyskania potwierdzenia akceptacji świadczy o braku dołożenia należytej staranności przez powoda. Wskazał przy tym, że w judykaturze podkreśla się, że spełnienie wymogów przewidzianych

przepisie art. 647¹ § 5 k.c. powinno być oceniane przy uwzględnieniu okoliczności, że adresatem tego przepisu są w głównej mierze przedsiębiorcy, zobowiązani do dochowania należytej staranności przez wzgląd na profesjonalny charakter prowadzonej działalności.

Pozwany wskazał, że brak podstaw uwzględnienia żądania głównego powoda czyni również bezzasadnym żądanie powoda w zakresie odsetek za opóźnienie wykonawcy w terminie płatności należnego powodowi wynagrodzenia. Niezależnie od powyższego, pozwany

z ostrożności procesowej wskazał, że zgodnie z poglądem prezentowanym w judykaturze, zakres przedmiotowy odpowiedzialności inwestora na podstawie przepisu art. 647¹ § 5 k.c. nie obejmuje obowiązku zapłaty odsetek za opóźnienie w płatności wynagrodzenia podwykonawców, powstałe po stronie wykonawcy.

Pozwany wskazał także, że powód w żaden sposób nie wykazał, aby jego roszczenia stały się wymagalne z dniem początkowym żądania zapłaty odsetek tj. 13.01.2012 r. Roszczenie podwykonawcy o zapłatę odsetek za opóźnienie w płatności należnego mu wynagrodzenia jest wobec powyższego bezpodstawne i może być kierowane przez powoda wyłącznie do wykonawcy.

Strona pozwana podniosła nadto zarzut przedawnienia roszczeń powoda. Pozwany wskazał, że zgodnie z oświadczeniem powoda większość prac podwykonawczych została wykonana w sierpniu, wrześniu oraz w pierwszej połowie października 2011 r. Pozostałe prace budowlane zostały natomiast ukończone przez powoda do dnia 30 listopada 2011 r. Ponadto

w oświadczeniu podwykonawcy z dnia 30 listopada 2011 r. powód wyraźnie wskazał, że część robót została już wykonana i odebrana protokołami odbioru robót z listopada 2011 r. (ostatnim z dnia 18.11.2011 r.). Pozwany podał, że jako początek biegu przedawnienia roszczeń powoda, stosownie do przepisu art. 120 § 1 k.c. zd. 2 należy przyjąć pierwszy dzień, w którym możliwe było podjęcie czynności, od których zależałaby wymagalność roszczenia powoda. W odniesieniu do robót ukończonych przez powoda przed dniem 28 listopada 2011 r. (wobec wniesienia pozwu z dnia 28.11.2014) zdaniem pozwanego należy przyjąć, że bieg trzyletniego terminu przedawnienia roszczeń o zapłatę wynagrodzenia powoda wynikający z przepisu art. 118 k.c. upłynął przed dniem wniesienia pozwu tj. przed dniem 28 listopada 2014 r.

Ponadto pozwany zakwestionował roszczenie powoda również co do wysokości. Wskazał, że z przedłożonych wraz z pozwem dokumentów nie wynika wysokość dochodzonego roszczenia. Załączone do pozwu protokoły odbioru robót, które zdaniem Powoda potwierdzają wysokość należnego mu wynagrodzenia, nie precyzują czy wskazane w nich sumy zostały wyrażone w kwotach netto czy też brutto. W pozwie natomiast określając wysokość swojego żądania powód przyjął ich wartość brutto, co zwiększyło wysokość zgłaszanego roszczenia. Pozwany wskazał, że powód nie załączył do pozwu żadnych dokumentów, które stwierdzałyby wysokość należnego mu wynagrodzenia od wykonawcy, co dodatkowo poddaje w wątpliwość zasadność wysokości zgłaszanego żądania. Poza tym pozwany podał, że powód nie wskazał również w pozwie podstaw wyliczenia wartości prac dodatkowych w kwocie 790 500,00 złotych, rzekomo zleconych mu przez wykonawcę i wykraczających poza zakres udzielonych zamówień. Wskazana przez niego suma nie została poparta żadnymi twierdzeniami, uzasadniającymi jej wysokość. Podniósł, że wobec braku załącznika nr 42, wskazanego w spisie załączników jako zestawienie robót dodatkowych wraz z ich wyceną, pozwany nie ma możliwości ustosunkowanie się do tej części żądania powoda.

Reasumując podniesione zarzuty, pozwany wskazał, iż brak jest podstaw jego odpowiedzialności wobec powoda.

W dniu 14 września 2015 roku (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. zgłosił swoje przystąpienie do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego po stronie pozwanej, która to interwencja z uwagi na nie uzupełnienie braków formalnych została zwrócona zarządzeniem z dnia 21 października 2015 r. (k. 1372)

W dniu 03 listopada 2015 r. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. ponownie zgłosiła swoje przystąpienie do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego po stronie pozwanej. (k. 1384-1388 t. VII) Zarządzeniem z dnia 28 stycznia 2016 r., na podstawie art. 130 § 1 i 2 k.p.c. zwrócono interwencję uboczną z dnia 03 listopada 2015 r. wobec nieuiszczenia opłaty od interwencji ubocznej. (zarządzenie, k. 1895, t. X)

Postanowieniem z dnia 3 lutego 2015 r., referendarz sądowy zwolnił powoda od kosztów sądowych w części a mianowicie od opłaty od pozwu. (k. 1018-1019)

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

Dodatkowo pismem z dnia 19 sierpnia 2015 r., odnosząc się do zarzutów strony pozwanej, powód wskazał, że fakt udzielenia zleceń został potwierdzony w formie pisemnej przez pozostałych członków zarządu (...) S.A. poprzez złożenie przez nich podpisów na umowie z dnia 10 listopada 2011 r. zawartej w celu sprzedaży produktów naftowych na potrzeby realizacji przez powoda w/w umów zlecenia i w porozumieniu z dnia 10 listopada 2011 r., w którym ustalono, że ceny zawarte w zleceniach obejmują koszt paliwa. Zdaniem powoda przedmiotowe dokumenty stanowiły również potwierdzenie w formie pisemnej zawarcie umów o roboty budowlane. Jednocześnie powód wskazał, że udzielone zlecenia stanowiły de facto pisemną umowę pomiędzy (...) S.A. a powodem, obejmowały swoją treścią istotne postanowienia dotyczące stron umowy, zakresu robót, wynagrodzenie podane w kwocie netto oraz termin zapłaty zaś pozwany nigdy wyraźnie pomimo przedstawienia tych dokumentów nie dokonał wyrażonej odmowy zatwierdzenia powoda. Tym samym powód działał w przekonaniu, że występuje jako zatwierdzony podwykonawca.

Modyfikując termin roszczenia odsetkowego powód wskazał, że biorąc nawet pod uwagę, iż pozwany odpowiada za własne opóźnienie to dla określenia daty roszczenia ubocznego istotne jest, iż w dniu 13 września 2012 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty należności.

Zakwestionował również podniesiony zarzut przedawnienia roszczenia wskazując, że oświadczenie o wypowiedzeniu umowy zostało złożone w dniu 30 listopada 2011 r. a zatem nawet licząc w/w okres od tego dnia uznać należy, że złożenie pozwu nastąpiło w ostatnim dniu, tj. 1 grudnia 2014 r. albowiem dzień 30 listopada 2014 r. wypadł w niedzielę. (k. 1219-1221v)

Pozwany pismem z dnia 21 września 2015 r. zaprzeczył aby wezwanie, na które powołał się powód skutecznie wyznaczało termin do zapłaty żądanej należności a tym samym aby mogło skutkować przyjęciem, iż od dnia 14 września 2012 r. pozwany pozostaje w opóźnieniu. Jednocześnie zaprzeczył aby nawet po podpisaniu porozumienia, na które powołał się powód, zostało ono kiedykolwiek przedstawione pozwanemu, a tym samym aby po tej dacie powód został ponownie zgłoszony zamawiającemu. Zwrócił również uwagę, że fakt, że zlecenia, które zostały załączone do wniosku o zatwierdzenie podwykonawcy nie zawierały postanowień istotnych dla zatwierdzenia podwykonawcy. Zaprzeczył ponadto aby kiedykolwiek doszło ze strony pozwanego do dorozumianego wyrażenia zgody na prace podwykonawcy. (k. 1351-1354)

Sąd ustalił następujący stan faktyczny w sprawie:

W dniu 1 sierpnia 2011 r. pomiędzy Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako „zamawiający”, „inwestor”, (...)) a konsorcjum wykonawców: (...) S.A., (...) a (...) Sp. z o.o. oraz (...) a (...) k.s. (dalej jako „wykonawca”, **d: umowa konsorcjum, k. 1272-1279, t. VII**), została zawarta umowa nr (...), której przedmiotem była „Kontynuacja projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. od K. na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500” („inwestycja”). W § 2 w/w umowy strony postanowiły, że szczegółowy zakres kontraktu przedstawiają następujące dokumenty, które będą uważane oraz odczytywane i interpretowane jako część umowy, w następującej kolejności: akt umowy; warunki szczególne kontraktu (część II); warunki ogólne kontraktu (część I); program funkcjonalno-użytkowy wraz z załącznikami; załącznik do oferty - dane kontraktowe; oferta wykonawcy wraz z wykazem cen; wszelkie inne dokumenty dołączone do kontraktu. Natomiast wszelkie uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów określonych w ust. 2 powinny być odczytywane i interpretowane w kolejności wskazanej w tymże ustępie. (**d: akt umowy – k. 1055-1057, t. VI; § 2 ust. 1 i 2 umowy – k. 1056, t. VI**)

Tym samym integralną część w/w umowy były m.in. warunki szczególne kontraktu oraz warunki ogólne kontraktu pt. „Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę”. (**d: „warunki kontraktu” – k. 1058-1162, t. VI**)

W ramach szczególnych warunków kontraktu dokonano zmiany subklauzuli 4.4 oraz usunięto subklauzulę 4.5 (**d: k. 1072, t. VI oraz 1136, t. VI**). Zgodnie z treścią subklauzuli 4.4 „Wykonawca zobowiązał się nie podzlecić innych robót niż wskazane w załączniku do oferty – dane kontraktowe, bez zgody Zamawiającego”. Ponadto w myśl postanowień subklauzuli 4.4 lit. e, która zastąpiła zapisy punktów (a), (b) i (c) określono, że:

(a) Powierzenie jakichkolwiek prac podwykonawcy, musi być uzasadnione przez wykonawcę na piśmie i zaakceptowane przez Zamawiającego i w związku z tym: Wykonawca nie później niż 28 dni przed terminem złożenia do Zamawiającego dokumentów wymaganych zgodnie z kodeksem cywilnym dla akceptacji podwykonawcy, przedłoży Zamawiającemu, za pośrednictwem Inżyniera, informację o zamiarze zatrudnienia podwykonawcy, określając zakres prac przewidzianych do podzlecenia w zakresie wskazanym w załączniku do oferty - dane kontraktowe. Zamawiający po otrzymaniu opinii Inżyniera, która zostanie przekazana Zamawiającemu przez Inżyniera, w ciągu 3 dni od otrzymania przez Inżyniera projektu umowy podwykonawcy z Wykonawcą wraz z podanym wynagrodzeniem podwykonawcy, podejmie decyzję, wyrażając zgodę lub sprzeciw na zawarcie tejże umowy. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedłożenia mu projektu umowy z podwykonawcą nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważać się będzie, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

(b) Po uzyskaniu zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą lub jeżeli Zamawiający nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy w powyższym terminie, Wykonawca przed skierowaniem podwykonawcy do wykonania robót był zobowiązany bezwzględnie do przedłożenia Zamawiającemu zawartej umowy z podwykonawcą wraz z podanym wynagrodzeniem podwykonawcy o treści zgodnej zatwierdzonym przez Zamawiającego projektem umowy.

(c) Do wszelkich zmian do umów między wykonawcą a podwykonawcą miały zastosowanie postanowienia pkt. a i b subklauzuli 4.4 lit. e.

(d) Nie wypełnienie przez Wykonawcę obowiązków określonych w lit. b i c stanowiło podstawę do natychmiastowego usunięcia przez Zamawiającego przedmiotowego (niezatwierdzonego) podwykonawcy z Placu (...).

(e) W przypadku powierzenia przez wykonawcę realizacji robót podwykonawcy, to Wykonawca był zobowiązany w pierwszej kolejności do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności

i określonych w umowie z podwykonawcą. Jeżeli zatwierdzony przez Zamawiającego zgodnie z cytowanymi powyżej postanowieniami podwykonawca wystąpił na piśmie z oświadczeniem do Zamawiającego, że wykonawca nie dokonuje płatności za wykonane roboty, które zostały odebrane i poświadczone do zapłaty w świadectwie płatności przez Inżyniera, to Zamawiający wzywał wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni od daty doręczenia takiego powiadomienia dowodów, że sumy należne podwykonawcy za roboty, które były, poświadczone przez Inżyniera, zostały zapłacone albo, że zobowiązanie do zapłaty wygasło w inny sposób niż poprzez zapłatę. W przypadku nie przedstawienia przez Wykonawcę w/w dokumentów potwierdzających zapłatę lub nie przedstawienia zarzutów wskazujących na niezasadność roszczeń podwykonawcy, Zamawiający miał dokonać zapłaty na rzecz podwykonawcy. (**d: subklauzula 4.4 warunki szczególne kontraktu, k. 1136, t. VI**)

Zgodnie z postanowieniami warunków (...) pozwany powołał Inżynier Kontraktu, którego obowiązki i uprawnienia zostały określone w subklauzuli 3.1 i 3.2 (...). W zakresie zatwierdzania podwykonawców Inżynier Kontraktu był w pierwszej kolejności odpowiedzialny za weryfikację dokumentów dostarczanych przez Wykonawcę m.in. zgłoszeń podwykonawców – kompletne zgłoszenia, przy czym wnioski nadające się do zatwierdzenia przesyłał do Zamawiającego. (**d: subklauzula 3.1 i nast. (...) k. 1131-1132 t. VI**) W toku realizacji kontraktu przyjęto, iż w celu zatwierdzenia podwykonawcy, koniecznym było złożenie stosownego wniosku, którego wzór został przygotowany wraz z wymaganymi załącznikami. (**d: wniosek o zatwierdzenie – k. 1163 i 1164, t. VI**) W standardowym formularzu o zatwierdzenie, który obowiązywał na kontrakcie, znajdowały się m.in. informacje dotyczące stanowiska konsultanta (Inżyniera Kontraktu) wyrażanego poprzez zakreślenie odpowiedniej litery, która oznaczała: Z- zatwierdzony, ZW - zatwierdzony warunkowo, N- niezatwierdzony, X - przyjęto do wiadomości

oraz poprzez podanie przyczyn, które stanowiły o braku podstaw do zatwierdzenia danego podwykonawcy, w tym ewentualnie wskazywały na czynności jakie należy podjąć celem uzupełnienia zgłoszenia. W przypadku negatywnej opinii Inżyniera Kontraktu i oznaczeniu we wniosku statusu podwykonawcy „niezatwierdzony”, Konsultant zwracał wnioski Generalnemu Wykonawcy celem poprawienia lub uzupełnienia. W przypadku pozytywnej rekomendacji Inżyniera Kontraktu, wniosek był przekazywany Zamawiającemu,

a jeżeli i z jego strony nie było dodatkowych uwag, dany podwykonawca był zatwierdzany. Podstawowym dokumentem wymaganym, a stanowiącym załącznik wniosku o zatwierdzenie podwykonawcy, był projekt umowy, jaka miała być zawarta pomiędzy podwykonawcą

a wykonawcą, na podstawie której możliwe było ustalenie zakresu odpowiedzialności Zamawiającego. Ponadto do wniosku podlegały załączeniu referencje w celu potwierdzenia możliwości, posiadania przez podwykonawcę potencjału i doświadczenia w wykonaniu robót. Umowa, która podlegała obligatoryjnie przedstawieniu wraz z wnioskiem musiała zawierać postanowienia dotyczące zakresu robót, wartości robót i sposobu rozliczania tych robót. Dokumenty, które nie spełniały przedstawionych wymagań nie były przysyłane Zamawiającemu przez Inżyniera, lecz były przez niego odsyłane Wykonawcy jako wymagające uzupełnienia – poprawienia. Po zatwierdzeniu podwykonawcy, generalny wykonawca był zobowiązany do przesłania Zamawiającemu podpisanej umowy zawartej pomiędzy Generalnym Wykonawcą

a podwykonawcą, obejmującej tożsame postanowienia jakie były zawarte w projekcie umowy przedstawionej wraz z wnioskiem.

Zgodnie z subklauzulą 8.7 lit. f (...) Generalny Wykonawca był zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej za niezgłoszenie, zgodnie z S. 4.4, któregośkolwiek z podwykonawców. Zamawiający nakładał zastrzeżoną karę w przypadku powzięcia wiadomości, iż Generalny Wykonawca korzysta z podwykonawcy niezatwierdzonego. Zgodnie z procedurą zatwierdzenia, podwykonawca niezatwierdzony nie miał prawa przebywać na placu budowy. Osobą odpowiedzialną za wpuszczenie – udostępnienie placu budowy był Kierownik Budowy, występujący i reprezentujący Generalnego Wykonawcę. Zgodnie z subklauzulą 3.1 i 4.4 (...), w zakresie czynności dotyczących akceptacji podwykonawcy, Inżynier Kontraktu miał wyłącznie kompetencje do opiniowania wniosku i nie był upoważniony samodzielnie, tj. sam poprzez swoje czynności do zaakceptowania podmiotu jako podwykonawcy. **(d: wyjaśnienia T. K. w charakterze strony kierownika projektu na kontrakcie – protokół z dnia 31.05.2016 r., k. 2058-2059, t. XI; godz.: 00:23:33; 00:24:33; 00:25:03; 00:25:25; 00:26:00; 00:26:34; 00:28:12, 00:39:35, 00:40:57; zeznania świadka A. Ł. - członka zespołu kierownika projektu, protokół z dnia 23.11.2015 r., godz. 02:08:23; 02:12:39; 02:17:01, 02:18:44, 02:19:22 k. 1803, k. 1804, k. 1806, zeznania świadka K. M. protokół z dnia 23.11.2015r. godz. 03:38:36 k. 1830, 04:18:32 k. 1843, subklauzula 3.1, 4.4 i 8.7 (...) k. 1131, 1136, 1150).**

Zgodnie z w/w postanowieniami kontraktu, Generalny Wykonawca na realizowanej inwestycji był obciążany karami umownymi za nieprzestrzeganie procedury dotyczącej zatwierdzania podwykonawców. Z ramienia Inwestora były realizowane objazdy po placu budowy w celu ustalenia stanu zaawansowania robót. W czasie ich wykonywania nie dokonywano kontroli podwykonawców na budowie. Prowadzenie w/w kontroli nie należało do obowiązków Zamawiającego. **(d: wyjaśnienia T. K. w charakterze strony - kierownika projektu na kontrakcie - protokół z dnia 31.05.2016 r., k. 2059-2059v, t. XI; godz.: 00:42:56, 00:49:08, 00:51:59; zeznania świadka A. Ł. - członka zespołu kierownika projektu, protokół z dnia 23.11.2015 r., godz. 02:10:57 k. 1804, zeznania świadka K. M. protokół z dnia 23.11.2015r. godz. 03:54:25 k. 1835)**

Od sierpnia 2011 roku powód prowadził rozmowy z (...) S.A. odnośnie warunków, na jakich będzie odbywało się wykonanie przez (...) Sp. z o.o. robót na inwestycji - budowy Autostrady (...) odcinek C. Przedmiotowe ustalenia odbywały się w formie mailowej. **(d: mail z 10.08.2011r. zapytanie ofertowe k. 84-86, projekt umowy k. 92-93, mail z 26.08.2011r. k. 94)**

W dniu 12 sierpnia 2011 r. R. S. i R. P. sporządzili protokół

z negocjacji, który jak sami wskazali odnosił się do dostawy/usługi. (**d: protokół z negocjacji k. 88-89, załącznik cenowy k. 90, zeznania świadka R. S. protokół z dnia 23.11.2015r. godz. 00:46:05 k. 1777**)

W dniu 16 września 2011 r. do zespołu Inżyniera Kontraktu został złożony wniosek o zatwierdzenie podwykonawcy (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. nr D- (...), przygotowany przez Wykonawcę, w którym określono status w/w jako podwykonawcy robót ziemnych oraz wykonania warstwy mrozoochronnej II i III. Do wniosku dołączone zostały: zlecenie nr (...) z dnia 2011/08/22, zlecenie nr (...) z dnia 2011/08/26, zlecenie nr (...) z dnia 2011/09/06, a także zaświadczenie o niezaleganiu US i ZUS, lista personelu i lista sprzętu, wyciąg KRS, referencje, decyzja o nadaniu NIP; REGON. Podmiotem, który zlecał wykonanie prac spółce (...) było (...) S.A. Powyżej wskazane zlecenia nie zostały podpisane, w dacie ich sporządzenia, przez osoby do tego prawidłowo umocowane ze strony zlecającego, tj. (...) S.A. jak również nie zawierały podpisu osoby uprawnionej do reprezentacji podwykonawcy (...) Sp. z o.o. jako zleceniobiorcy i nigdy również w późniejszym okresie nie zostały podpisane. Zgodnie z zasadami reprezentacji zlecającego ujawnionymi w Krajowym Rejestrze Sądowym począwszy od 27 kwietnia 2010 r. uprawnionymi do działania w imieniu (...) S.A. w przypadku zarządu wieloosobowego byli dwaj członkowie zarządu lub członek zarządu z prokurentem – działający łącznie. Zamówienie nr (...) zawierało wyłącznie informację odnośnie terminu realizacji, ilości i rodzaju zleconych robót określonych szacunkowo, ceny jednostkowe za m⁽³⁾ a także informację o konieczności pisemnego potwierdzenia przyjęcia zamówienia. Z ramienia (...) zamówienie zostało podpisane przez Ł. M., Kierownika D., Dyrektora (...) i Członka Zarządu – J. Ł.. Zamówienie nr (...) z dnia 26 sierpnia 2011 r. zawierało informację

o terminie realizacji, warunkach płatności określonych jako „zgodnie z umową zasadniczą”, która nie została sporządzona, zakresie robót/usługi polegających na naprawie materaca, profilowaniu i dogęszczaniu podłoża i wywozie humusu, cenę za jednostkę wykonania oraz informację o konieczności pisemnego potwierdzenia przyjęcia zamówienia. Zamówienie zostało podpisane w imieniu Zlecającego przez Kierownika D. – S. D., Dyrektora (...), Prezesa Zarządu – J. Ł.. Ostatnie zlecenie z dnia 06 września 2011 r. zawierało tożsame informacje jak w przypadku w/w zamówień, w tym zapis o konieczności pisemnego potwierdzenia przyjęcia zamówienia. W imieniu Wykonawcy zostało podpisane przez Kierownika D. – S. D. i Prezesa Zarządu J. Ł.. (**d: wniosek wraz z załącznikami, k. 1163 – 1185, t. VI; KRS, k. 1299, k. 1303, t. VII, wyjaśnienia T. K. w charakterze strony, protokół z 31.05.2016r. godz. k. t. XI, zamówienie z 22.08.2011r. k. 1165, k. 105, zamówienie (...) k. 1166, k. 110-111, zlecenie nr (...) k. 1167, k. 112, zeznania świadka K. M. protokół z dnia 23.11.2015r. godz. 03:39:26 k. 1830**).

Firma (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. nie została zaakceptowana jako podwykonawca przy realizacji inwestycji, pn. „Kontynuacja projektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. od K. na odcinku od km 411+465,8 do km 431+500”, ani wprost – zgodnie z przewidzianymi w kontrakcie warunkami i procedurami, ani też w sposób dorozumiany (per facta concludentia). Wraz z wnioskiem

o zatwierdzenie spółki (...), jako podwykonawcy nie przedłożono pisemnej umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy wykonawcą inwestycji a wskazaną spółką – potencjalnym podwykonawcą – gdyż taka nigdy nie została zawarta. W związku z powyższym Inżynier Rezydent zwrócił wniosek o zatwierdzenie z adnotacją, że wniosek nie jest zgodny z warunkami kontraktu (przede wszystkim brak projektu umowy), a ponadto w uwagach wskazał, że proponowana firma nie posiada doświadczenia w realizacji robót, co zdaniem inżyniera stanowiło istotne ryzyko dla wykonawcy. Wypełniony wniosek o zatwierdzenie z oznaczeniem statutu podwykonawcy literą (...) – niezatwierdzony został zwrócony Wykonawcy w dniu 26 września 2011 r. Informacja o niezatwierdzeniu powoła jako podwykonawcy była znana również (...) Sp. z o.o. Od września 2011 r. do listopada 2011 r. funkcjonowała, wśród kadry kierowniczej inwestycji, jedynie informacja, że (...) Sp. z o.o. nie została zaakceptowana jako podwykonawca wobec braku umowy podwykonawczej. Wykonawca zabronił podwykonawcy bezpośredniego kontaktowania się z przedstawicielami Inwestora oraz

z inspektorami nadzoru – personelem Inżyniera Kontraktu. W listopadzie 2011 r. sprawa na budowie inwestycji stała się „medialna” z powodu „zatorów” płatniczych na rzecz podwykonawców ze strony wykonawcy. W tym czasie różne podmioty zaczęły zwracać się do Zamawiającego z wnioskami o zapłatę przedstawiając się jako podwykonawcy – przychodziły do biura Inżyniera oraz biura Kierownika projektu. (**d: wniosek o zatwierdzenie – k. 1163;**

protokół z rady budowy nr 4 z dnia 08.12.2011 r. – k. 1641; wyjaśnienia T. K. w charakterze strony - kierownika projektu na kontrakcie –protokół z dnia 31.05.2016 r., k. 2058v-2060v, t. XI; godz.: 00:29:06; 00:32:56; 00:33:00; 00:36:06, 00:37:46, 01:06:19; zeznania świadka M. S. protokół z 23.11.2015r. godz. 02:53:07 k. 1817, 03:05:39 k. 1820, 03:26:09 k. 1826, zeznania świadka K. M. - inżyniera rezydenta, protokół z dnia 23.11.2015 r., godz.: 03:39:26; 03:40:38 k. 1830; 03:42:15 i 03:42:22, 03:44:52 k. 1831, 03:51:30 k. 1834, zeznania świadka A. Ł. - członka zespołu kierownika projektu, protokół z dnia 23.11.2015 r., godz. 02:06:40 k. 1803, 02:11:20 k. 1804, 02:20:58 k. 1807, 02:25:30 k. 1808, zeznania świadka R. S. protokół z dnia 23.11.2015r. godz. 00:57:42 k. 1779-1780, 01:36:09 k. 1791, 01:44:50, 01:45:49 k. 1794, zeznania świadka D. G. protokół z dnia 13.04.2016r. godz. 00:12:45 k. 1947-1948).

(...) S.A. z siedzibą w W. wraz z firmą (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. nie uzgodniły ostatecznie jednolitej treści umowy podwykonawczej, wobec czego nie doszło do jej podpisania. W wyniku wzajemnych negocjacji powstał jedynie projekt umowy, w którym zawarta była m.in. informacja o konieczności uzyskania akceptacji ze strony Inwestora dla podwykonawcy. Przedmiotowy projekt nie był dołączony do wniosku o zatwierdzenie jak również nie został przedstawiony ani Inżynierowi Kontraktu ani Zamawiającemu w późniejszym okresie. (**d: okoliczność bezsporna; projekt umowy podwykonawczej – k. 92-93, t. I; warunki szczególne do umowy podwykonawczej – k. 95-97, t. I; warunki ogólne do umów podwykonawczych – k. 98-104, t. I; zeznania świadka M. S., protokół z dnia 23.11.2015 r., godz. 02:46:55 k. 1815, 02:51:33 k. 1816**)

Na podstawie w/w zleceń i zamówień podpisanych jednostronnie przez zlecającego i w sposób niezgodny z zasadami reprezentacji, powód podjął roboty na odcinku od k 419+000 do km 424+500, od km 429 +800 do km 430+450, od km 430+450 do km 431+500. Prace polegały na wykonaniu usługi wobec dostarczenia materiału przez (...) S.A. Ilość ani rodzaj czy zakres robót nie był potwierdzany przez Wykonawcę. Na rzecz powoda nie były też wystawiane dokumenty geodezyjne. Wszystkie odbiory odbywały się wyłącznie przy udziale przedstawicieli Wykonawcy, przy czym ilości wykonania nie były potwierdzane obmiarami geodezyjnymi. Co do części robót, ich zakresu w tym ilości był spór pomiędzy powodem a (...) S.A. W okresie kiedy nie był dostarczany materiał, powód nie realizował prac. (**d: protokół przekazania placu budowy Nr 1 z dnia 22.08.2011r. k. 106-108, protokół przekazania placu budowy z 12.09.2011r. k. 113-115, protokół przekazania placu budowy z dnia 26.09.2011r. k. 116-119, zeznania świadka R. S. protokół z 23.11.2015r. godz. 00:54:16 k. 1779, 00:58:27 k. 1780, 01:07:25 k. 1781, 01:09:52 k. 1782, zeznania świadka M. S. protokół z dnia 23.11.2015r. godz. 02:46:55 k. 1815, 03:06:43 k. 1820, 03:08:03 k. 1820-1821, godz. 03:33:39 k. 1828**)

Na poczet wykonywanych robót powód otrzymał od (...) S.A. tytułem zaliczki kwotę 300 000 zł oraz tytułem zapłaty za dwie faktury kwotę 1 088 000 zł. (**d: potwierdzenia przelewu k. 119-120**)

W dniu 10 listopada 2011 r. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. podpisała, przy uczestnictwie spółki (...) S.A. z siedzibą w W., umowę z (...) Sp. z o.o., której przedmiotem była sprzedaż produktów naftowych na potrzeby realizacji przez kupującego (powoda) zleceń nr (...), (...), udzielonych przez (...) S.A. w ramach wykonywania zleconych robót na kontrakcie – budowy Autostrady (...). Wszystkie postanowienia umowy dotyczyły wyłącznie kwestii zasad kupna, sprzedaży, dostawy i płatności za dostarczone produkty naftowe. (**d: umowa, k. 1236,- (...) t. VII**). W związku z w/w umową zawartą przez powoda z (...) -Centrum Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. i (...) S.A. w dniu 10 listopada 2011 r. podpisały również porozumienie, w którym wyraziły zgodę na otrzymywanie not obciążających od (...) S.A. w odniesieniu do dokonanych płatności w imieniu podwykonawcy na rzecz (...) Sp. z o.o. oraz dokonywanie wzajemnych kompensat wymagalnych wierzytelności istniejących w dniu podpisania niniejszego porozumienia oraz przyszłych wymagalnych wierzytelności pieniężnych do wysokości wierzytelności niższej.

W przedmiotowym porozumieniu, podpisanym w imieniu (...) S.A. przez dwóch członków zarządu, strony potwierdziły, że ceny wskazane w zleceniach już udzielonych i przyszłych będą zawierały koszt paliwa. Po zawarciu w/w umów, wniosek o zatwierdzenie powoda nie został ponownie przedstawiony Inżynierowi Kontraktu zgodnie z

warunkami subklauzuli 4.4 (...). Nigdy również porozumienie z dnia 10 listopada 2011 r. nie zostało przedstawione Zamawiającemu. **(d: porozumienie z dnia 10.11.2011r. (...)- (...), t. VII, wyjaśnienia T. K. w charakterze strony protokół z dnia 31.05.2016r. godz. 00:36:35 k. 2058v, 00:40:57 k. 2059)**

W listopadzie 2011 roku (...) Sp. z o.o. zeszła z placu budowy. **(d: wyjaśnienia T. K. w charakterze strony protokół z dnia 31.05.2016r. godz. 00:46:02 k. 2059)**

W dniu 30 listopada 2011 r. powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od w/w zleceń i zamówienia. **(d: oświadczenie o odstąpieniu z dni 30.11.2011r. k. 265-267)**

Firma (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. zwracała się o zapłatę do (...) S.A. o zapłatę za wykonane roboty budowlane przy realizacji budowy autostrady (...) a także o nadesłanie dokumentacji geodezyjnej. **(d: wezwanie do zapłaty z 28.11.2011r. k. 264-264v, ostateczne wezwanie z dnia 17 stycznia 2012 r., k. 82, zpo k. 83 t. I)**

Z uwagi na brak płatności powód (...) Sp. z o.o. zgłosiła należności do (...) w dniu 12 września 2012 r., w trybie art. 5 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych. **(d: pismo, k. 1222-1233, t. VII)**

W tym samym trybie powód ponownie zgłosił swoje wierzytelności pozwanemu w dniu 27 lutego 2013 r. **(d: pismo z dnia 27.02.2013r. k. 1240)**

Postanowieniem z dnia 17 kwietnia 2012 r. sygn. akt X GUp 49/12 Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, Sąd Gospodarczy, X Wydział Gospodarczy dla spraw Upadłościowych i Naprawczych, ogłosił upadłość (...) S.A. z siedzibą w W. (00-124), R. (...) 1, 33 piętro, obejmującą likwidację majątku upadłego. **(okoliczność bezsporna; Monitor Sądowy i Gospodarczy, nr 84 ((...)), z dnia 30 kwietnia 2012 r., poz. 5582; (...)).**

Sąd dokonał następującej oceny materiału dowodowego w sprawie:

Powyższych ustaleń Sąd Okręgowy dokonał w oparciu o przywołane i wskazane powyżej dowody z dokumentów oraz zeznań świadków. W szczególności Sąd ustalając stan faktyczny w niniejszej sprawie oparł się o przedłożone przez strony dokumenty, w tym o: akt umowy (k. 1055-1057), warunki kontraktu (k. 1058-1162), wniosek o zatwierdzenie wraz z załącznikami (k. 1163-1185), umowę konsorcjum (k. 1272-1279) i in.

Sąd dopuścił i przeprowadził także dowód z zeznań świadków, tj.: D. G. (protokół z dnia 13.04.2016 r.), A. Ł. (protokół z dnia 23.11.2015 r.), R. S. (protokół z dnia 23.11.2015 r.), M. S. (protokół z dnia 23.11.2015 r.), K. M. (protokół z dnia 23.11.2015 r.), a także Sąd przesłuchał w charakterze strony pozwanej T. K. (protokół z dnia 31.05. 2016 r.),

Istotna okoliczność faktyczna, która w sprawie miała charakter sporny dotyczyła tego czy pozwany, jako inwestor zaakceptował, lub wiedział i akceptował fakt, iż powód wykonywał roboty budowlane na rzecz wykonawcy spółki (...).

W tym zakresie za najistotniejszy osobowy dowód w sprawie, poza dokumentami przedłożonymi do akt, należy uznać wyjaśnienia T. K., ale również i zeznania świadków K. M. i A. Ł., które co do zasad zatwierdzania podwykonawców a także warunków jakim muszą odpowiadać dokumenty wymagane do uzyskania zatwierdzenia oraz sposobu rozpatrzenia zgłoszenia dotyczącego powoda i braku wiedzy Zamawiającego

o warunkach, na jakich powód wykonywał zleczone roboty, pozostają kompatybilne ze sobą a ponadto są koherentne z okolicznościami wynikającymi ze złożonych dokumentów w tym wnioskiem o zatwierdzenie powoda czy protokołami z rady budowy, w których pomimo wskazywania podwykonawców i ich statusu, nazwa powoda ujawniona została jednokrotnie i to w ramach informacji, iż taki podmiot nie jest zatwierdzony – „brak umowy”.

Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, iż wyjaśnienia złożone przez T. K. są szczegółowe, spójne wewnętrznie, a przy tym rozdziela ona fakty znane od nieznanych. Wymaga zaznaczenia, iż T. K. w toku przesłuchania, w sposób przekonujący, logiczny, rzeczowy i bez podawania nadmiernej ilości okoliczności, które mogły towarzyszyć realizowanej inwestycji, przedstawił tylko te, które były istotne w ramach oceny spełnienia/niespełnienia przesłanek solidarnej odpowiedzialności Inwestora. Dodać również wypada, iż podana przez w/w procedura zatwierdzenia podwykonawcy, stosowana na kontrakcie praktyka, w tym zakres obowiązków i uprawnień, które zostały powierzone Inżynierowi Rezydentowi – K. M., wymogi jakim miały odpowiadać dokumenty załączone do zgłoszenia podwykonawcy jak już wskazano powyżej zostały w całości potwierdzone przez zeznania pozostałych świadków, tj. właśnie K. M. należącą do personelu niezależnego Inżyniera Kontraktu, czy A. Ł., uczestniczącą bezpośrednio z racji pełnionej funkcji w w/w procedurze. Ponadto również sposób procedowania a przede wszystkim wymagane dokumenty nie odbiegały od zasadniczo tożsamej regulacji ustawowej określonej w art. 647¹ § 2 k.c., co do których miał także świadomość podwykonawca.

Przyznając walor wiarygodności wyjaśnieniom T. K. należało mieć bowiem na uwadze fakt, że był on kierownikiem projektu na przedmiotowym kontrakcie od 2010 r. do sierpnia 2012 r., tj. w okresie, który obejmuje przedmiot postępowania – realizacji zadań przez (...) S.A. i firm z nią związanych. Był on bezpośrednio zaangażowany w proces inwestycyjny jako kadra kierownicza tj. m.in. w czynności dotyczące podwykonawców, gdyż z racji pełnionej funkcji był osobą uprawnioną do podpisywania korespondencji w tym zakresie w imieniu Zamawiającego a przede wszystkim osobą ustanowioną do kontaktów na linii Wykonawca – Zamawiający. Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż ani T. K. ani A. Ł. nie zaprzeczają w ogóle co do uzyskania wiedzy o powodzie jako podmiocie, który był na placu budowy, lecz przyznają, że informacje o takiej spółce uzyskali, kiedy sprawa tzw. „zatorów płatniczych” ze strony wykonawcy (...) S.A. została nagłośniona w mediach. Nie mniej jednak był to już okres kiedy de facto powód kończył swoją działalność na terenie placu budowy. Również, w ocenie Sądu, wskazywany przez w/w brak wiedzy o podwykonawcy w czasie gdy ten wykonywał roboty, nie może być podważany nawet przez podnoszone przez powoda okoliczności, iż jego pracownicy oraz jego sprzęt był oznakowany. Jak bowiem przyznał zarówno T. K. jak i A. Ł. czy K. M., po przekazaniu placu budowy wykonawcy, to on odpowiadał za cały teren, do jego obowiązków należało zapewnienie ochrony oraz to on odpowiadał za osoby, które na jego terenie pozostawały. Za racjonalną i logiczną, w świetle zapisów kontraktowych dotyczących obowiązków stron jak również regulacji art. 652 k.c., należało uznać argumentację w/w osób, że wykonywanie objazdów po terenie placu budowy nie miało na celu wylegitymowania podwykonawców czy też osób pozostających na placu budowy, śledzenia, kto faktycznie wykonuje roboty lecz służyło ocenie stopnia zaawansowania robót. Zaznaczyć również wypada, że nawet kierownictwo (...) S.A., jak wskazał nawet świadek R. S., zobowiązywało, nakazywało pracownikom powoda takie zachowanie aby nie istniała jakakolwiek forma kontaktu

z personelem inspektora czy też Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Sąd uznał, że wyjaśnienia T. K. złożone w charakterze strony oraz zeznania świadka A. Ł. były rzetelne, wewnętrznie i zewnętrznie spójne oraz logiczne, a przy tym, z uwagi na zakres posiadanych informacji, miały bezpośrednie znaczenie dla ustalenia przez Sąd, czy pomiędzy stronami sporu istniała lub mogła istnieć więź obligacyjna, której podstawą mogła być bezpośrednia lub pośrednia (wyrażona nie wprost) zgoda zamawiającego na wykonywanie prac przez powoda.

Sąd dał również wiarę zeznaniom pozostałych przesłuchanych w sprawie świadków, w zakresie w jakim ich zeznania pokrywały się ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, tj. w szczególności z dokumentami przyjętymi za podstawę ustaleń faktycznych. Jednakże Sąd z uwagi na rodzaj sprawy w tym przede wszystkim z uwagi na przedmiot i charakter sporu uznał za istotne w zeznaniach przesłuchanych świadków jedynie te okoliczności, które umożliwiały mu ustalenie istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii.

I tak co do zeznań K. M. Sąd przyznał wiarę w takim zakresie w jakim odnosiły się do kwestii związanych z brakiem zatwierdzenia powoda jako podwykonawcy oraz przyczyn podjęcia takiej decyzji i nie przekazania nawet zleceń czy zamówień jakie zostały dołączone do wniosku z września 2011 r. – Zamawiającemu, co było zgodne z przyjętą

na kontrakcie praktyką. Faktem jest, iż w toku składanych zeznań świadek wskazywała na okoliczności dotyczący uznawania powoda za „biuro pośrednictwa pracy” nie mniej jednak z przedmiotowych twierdzeń się wycofała po zapoznaniu się z treścią adnotacji uczynionej przez nią na wniosku złożonym przez wykonawcę a dotyczącym zatwierdzenia powoda.

Zaznaczyć również należy, iż z uwagi na liczbę podwykonawców, która faktycznie była na placu budowy, czy też którzy zostali zgłoszeniu i objęci weryfikacją, a także znaczny upływ czasu, „ludzkie”, jest po prostu, pomylenie określonych podmiotów.

Ostatecznie jednak jak wskazała świadek, wszystkie zapisy uczynione przez nią na wniosku, miały na celu wyrażenie stanowiska odnośnie spełnienia/niespełnienia warunków formalnych złożonego wniosku, poczynione zostały w ramach posiadanych przez nią, z racji pełnionej funkcji, uprawnień, miały swój wyraz w treści dokumentu złożonego do akt sprawy. Ponadto jak wskazała świadek, co również pozostaje kompatybilne z pozostałym materiałem dowodowym, kolejny wniosek - uzupełniony nie został jej przedstawiony wobec czego nie istniała także konieczność poszukiwania takiego podwykonawcy na placu budowy.

Brak wiedzy o powodzie, warunkach i podstawie wykonywanych przez niego robót potwierdził również inspektor nadzoru D. G.. Jego zeznania pozostają w pełni kompatybilne z zeznaniami świadka R. S., który jak już przytoczono powyżej, przyznał, iż miał zakaz kontaktowania się z inspektorami nadzoru czy Zamawiającym. Respektowanie w/w zakazu musiało prowadzić i prowadziło z całą pewnością do braku uzyskania wiedzy o podwykonawcy, nawet przez inspektora nadzoru. Sąd zwrócił uwagę na powyższą kwestię albowiem nie ulega wątpliwości, iż formułowanie takich zakazów przez (...) S.A., w świetle zwrotu dokumentów dotyczących zatwierdzenia powoda jako podwykonawcy oraz zapisów kontraktowych subklauzuli 8.7, ustanawiającej obowiązek uiszczenia kary umownej przez Wykonawcę w przypadku ujawnienia działania niezatwierdzonego podwykonawcy, było naturalną konsekwencją stosunków ułożonych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Wykonawca chcąc uniknąć w/w kary, a jednocześnie nadal korzystając z zasobów powoda, wobec braku posiadania własnych, w sytuacji gdy w dalszym ciągu pomiędzy w/w stronami nie była podpisana umowa, a zatem nie zostały spełnione warunki czy to ustawowe czy umowne do zatwierdzenia powoda, zakazywał takiego postępowania aby mogło dojść do ujawnienia podwykonawcy.

W kontekście powyższych okoliczności Sąd również przyznał walor wiarygodności prawie w całości zeznaniom R. S. i M. S., którzy byli pracownikami powodowej spółki lub z nią współpracowali. Co istotne w/w osoby w ramach własnych zakresów czynności, przyznały nie tylko co było podstawą do podjęcia realizacji robót czy usług na budowie autostrady (...) ale również M. S. przyznał, że powód posiadał informację o treści, sposobie rozpoznania wniosku o zatwierdzenie powoda i to w okresie kiedy podwykonawca był na placu budowy.

Co znamienne, również pomimo niezgodnego z zasadami obowiązującymi w procesie budowlanym, a odnoszącymi się do dokumentowania odbiorów/wykonania robót zanikających, na co wskazywał R. S., powód nie zaprzestał świadczenia pracy. Jak wskazał, powód nie otrzymywał dokumentów obmiarowych – geodezyjnych, odmawiano potwierdzenia wykonania tego co zostało zrobione, a mimo wszystko ze względów ambicjonalnych powód dalej świadczył, jak nawet sam to nazywa „usługę”, albowiem materiały były dostarczane przez (...) S.A.

W ocenie Sądu na wiarę nie zasługiwały zeznania świadka R. S. w części dotyczącej uczestniczenia przez niego w dwóch radach budowy, na których miał się przedstawić jako podwykonawca i podpisać na liście. Powyższe jest nie tylko sprzeczne z zeznaniami samego świadka ale również z dokumentami złożonymi do akt w postaci list obecności z rad budowy i rad technicznych, albowiem na żadnej z nich nie istnieje podpis w/w świadka. Tym samym nie ulega wątpliwości, że takiego wpisu nie było, a tym samym wbrew twierdzeniom powoda, pozwany nie, mógł uzyskać wiedzy o podwykonawcy do czasu nagłośnienia sytuacji podwykonawców zatrudnionych przez (...) S.A.

Sąd na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2016 r. uchylił postanowienie o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków G. B. i B. B. i oddalił pozostałe wnioski dowodowe dotyczące dopuszczenia dowodu z zeznań świadków zgłoszonych w pozwie oraz dowodów z opinii biegłego. Zauważyć przede wszystkim należy, że w sprawie przesłuchani zostali świadkowie głównie w kontekście umożliwienia Sądowi ustalenia, czy zostały spełnione przesłanki solidarnej odpowiedzialności pozwanego co do zasady. Ustalenie bowiem tej okoliczności miało bezpośredni wpływ na ewentualny dalszy przebieg i charakter prowadzonego postępowania w sprawie. Wskazać wypada, że po dojściu przez Sąd do przekonania o braku solidarnej odpowiedzialności pozwanego, bezprzedmiotowym było prowadzenie postępowania dowodowego w sprawie, celem ustalania, rodzaju i zakresu wykonanych przez powoda prac, ich jakości, wartości oraz sposobu ich odbioru, czy też rodzaju oraz ilości sprzętu wykorzystywanego do wykonywania tychże prac. Sąd mając tym samym na uwadze względy ekonomiki procesowej, zwłaszcza potrzebę racjonalnego kształtowania społecznych kosztów funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, oddalił pozostałe wnioski dowodowe, których przeprowadzenie byłoby zasadne dopiero po uznaniu, iż pozwany ponosi odpowiedzialność w takich granicach jakie sama strona powodowa wskazała. Ponadto uchylając postanowienie w przedmiocie dopuszczenia dowodu z zeznań świadków G. B. i B. B., Sąd miał również na uwadze przeszkody jakie zaistniały w przeprowadzeniu tegoż dowodu. Co istotne, w celu przesłuchania w/w świadków Sąd wyznaczył dwa terminy rozpraw, w tym jeden w celu przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków trybie wideokonferencji. Żadne wezwanie przez w/w nie zostało odebrane. Wszystkie przesyłki zostały zwrócone jako podwójnie awizowane, przy czym powód zobowiązany do przedstawienia dowodu potwierdzającego, że świadkowie zamieszkują/przebywają pod wskazanym adresem, w określonym terminie tego nie uczynił. Zaznaczyć również należy, że podany przez powoda adres miał być adresem prowadzenia działalności gospodarczej przez świadków wobec czego gdyby faktycznie adres ten był nadal aktualny, bezspornie w przypadku prowadzenia działalności, wezwania, kierowane na podany adres, powinny być przynajmniej odbierane.

Na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. Sąd oddalił ponadto wnioski dowodowe zgłoszone pismem z dnia 23 maja 2016 r. z uwagi na fakt, iż były spóźnione a ich przeprowadzenie – w postaci zeznań kolejnych świadków - zmierzałoby do przedłużenia postępowania.

Ponadto Sąd oddalił wnioski dowodowe zawarte w pkt. 6, 7, 8 pozwu dotyczące zobowiązania do złożenia dokumentów, które również zmierzały do wykazania ilości, zakresu zrealizowanych robót a także Sąd dokonał reasumpcji postanowienia z dnia 13 kwietnia 2016 roku pkt. 3 w ten sposób, że ograniczył dowód z przesłuchania stron do przesłuchania pozwanego w imieniu, którego przesłuchał T. K..

Zauważyć należy, że przepis art. 217 § 2 k.p.c. uprawnia sąd do pomijania środków dowodowych, jeżeli okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione, a o potrzebie dopuszczenia dowodu, niezależnie od tego, czy został on wskazany przez strony czy nie, decyduje sąd w ramach ogólnej zasady, wyrażonej powyżej wskazanym przepisie. Ponadto w przypadku przesłuchania strony Sąd zgodnie z art. 302 § 1 k.p.c. może ograniczyć przeprowadzenie tegoż dowodu do przesłuchania wyłącznie jednej ze stron, np. w sytuacji gdy druga pomimo wezwania nie stawiała się.

Podejmując w/w decyzję Sąd miał na uwadze fakt, iż w dniu 13 kwietnia 2016 r. doszło już raz do odroczenia rozprawy z uwagi na niestawiennictwo A. M. (wniosek o usprawiedliwienie nieobecności z dnia 19 kwietnia 2016 r. – data prezentaty SO) i przedstawione przez pełnomocnika powoda usprawiedliwienie do dnia 31.05.2016 r. Już na w/w terminie było zaplanowane przesłuchanie w/w w charakterze strony powodowej, a które z uwagi na usprawiedliwienie nieobecności, nie odbyło się. Oceniając okoliczności, które wskazał pełnomocnik powoda oraz sam A. M. w piśmie, które wpłynęło w dniu poprzedzającym dzień rozprawy, Sąd uznał, iż żałoba po śmierci matki nie stanowi takiej przeszkody, która skutkowałaby ponownym odroczeniem rozprawy.

Zgodnie z art. 214 k.p.c. rozprawa ulega odroczeniu, jeżeli sąd stwierdzi nieprawidłowość w doręczeniu wezwania albo jeżeli nieobecność strony jest wywołana nadzwyczajnym wydarzeniem lub inną znaną sądowi przeszkodą, której nie można przewyciężyć (§ 1). Strona nie wskazała, aby to - dla przykładu pogrzeb matki A. M. - wpłynął na jego nieobecność w tymże dniu, co zdaniem Sądu uzasadniałoby odroczenie rozprawy wyznaczonej na 31 maja 2016 r.

Wskazane zostało natomiast, że nieobecność wynika z żaloby. Brak jest podstaw do przyjęcia, aby żaloba stanowiła przesłankę

z art. 214 k.p.c. do odroczenia rozprawy, co w przedmiotowej sprawie miałyby nastąpić po raz kolejny z uwagi na nieobecność tej samej osoby. Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż stawiennictwo w/w w Sądzie nie wiązało się ani z koniecznością odbycia podróży, albowiem adres, na który odebrał korespondencję to W. D. O. – ani też utrudnieniem w podjęciu czynności związanych z wykonaniem formalności jakie z całą pewnością są konieczne w takiej sytuacji. Należało mieć na uwadze fakt, iż rozprawa została wyznaczona na godzinę 8.30 – pierwsza sprawa z wokandy, która została wywołana terminowo oraz fakt, iż wobec składania wyjaśnień informacyjnych – bardzo szczegółowych, w przypadku Pana A. M. istniała konieczność zasadniczo ich potwierdzenia.

Sąd zważył, co następuje:

Po analizie całości zgromadzonego materiału w sprawie Sąd uznał, że powództwo jako nie znajdujące podstaw prawnych ani faktycznych nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu powód dochodził zasądzenia na jego rzecz od pozwanego kwoty 3 809 032,00 zł wraz z odsetkami od dnia 14 września 2012 r. do dnia zapłaty, tytułem wynagrodzenia za realizację robót budowlanych przy projekcie budowy autostrady (...) S. K. na odcinku C sekcja II i III, zleconych powodowi przez konsorcjum wykonawców: (...) S.A. (Lider Konsorcjum), (...) a (...) sp. z o.o. oraz (...) a (...) k.s., za które powód nie otrzymał należnego mu wynagrodzenia.

Na wstępie czynionych rozważań podkreślić wyraźnie należy, że strona powodowa w niniejszym postępowaniu dochodziła zasądzenia od pozwanego żądanej kwoty tytułem ponoszenia przez pozwanego solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. (podkreślenie SO - pozew k. 16 i n.; pismo strony powodowej z dnia 19 sierpnia 2015 r., k. 1218 i n.). Przedmiotem niniejszego procesu były bowiem wysuwane pod adresem pozwanego roszczenia z tytułu wykonywanych na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W., a nierozliczonych, robót budowlanych – drogowych, których zamawiającym był właśnie pozwany. Mając na uwadze powyższe podkreślić stanowczo należy, że wskazane przez powoda okoliczności faktyczne oraz zakres i przedmiot żądań, zakreślały de facto przedmiot niniejszego postępowania – stanowiły o jego granicach. Sąd nie może, bowiem uwzględnić roszczenia w oparciu o inną podstawę faktyczną niż podana w pozwie, gdyż byłoby to dokonaniem przez sąd zmiany powództwa, do czego sąd nie jest uprawniony. (orzeczenie Sądu Najwyższego z 30.12.1954 r., I C 1729/53, Legalis 181784) Zauważyć także należy, że § 1 art. 321 k.p.c. statuuje zasadę dyspozytywności (rozporządzalności), według której sąd nie wszczyna postępowania z urzędu, a jedynie czyni to na wniosek strony (nemo iudex sine actor), natomiast przedmiot rozpoznawania przez sąd są tylko żądania zgłoszone przez strony (ne eat iudex ultra petita partium). Podkreślić również należy, że jakkolwiek kwalifikacja prawna dochodzonego roszczenia należy do sądu, to powołanie przez stronę określonej normy prawa materialnego, jako mającej stanowić podstawę rozstrzygnięcia o tym roszczeniu wiąże sąd w tym sensie, że stanowi uzupełnienie okoliczności faktycznych określających żądania pozwu (art. 321 § 1 w zw. z art. 187 § 1 k.p.c.). Zmiana podstawy prawnej powództwa, która wymaga także zupełnie innego rozumienia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę powództwa narusza art. 321 k.p.c. Sąd może, co prawda sam określić podstawę prawną powództwa, ale tylko wtedy gdy nie wymaga to zmiany oceny okoliczności faktycznych, na których strona opiera swoje roszczenie. (wyrok Sądu Najwyższego z 22.3.2012 r., IV CSK 345/11, Legalis 479061) Zastosowanie odmiennej podstawy prawnej od wskazanej przez powoda jest zatem dopuszczalne o tyle, o ile nie doprowadzi do zmiany podstawy faktycznej orzeczenia, a jak wskazuje się w najnowszym orzecznictwie Sąd może uwzględnić żądanie także na innej podstawie prawnej niż wskazanej przez powoda, tylko jeżeli nie wykracza poza ramy faktyczne określone w pozwie. Z tego względu, że sąd może ocenić powództwa na podstawie różnych podstaw prawnych, w uzasadnieniu pozwu okoliczności faktyczne powinny być na tyle dokładnie sprecyzowane, aby można było jednoznacznie określić wchodzące w rachubę podstawy prawne, właściwe do oceny przedstawionego pod osąd roszczenia powoda. Jest to konieczne w celu zapewnienia możliwości podjęcia właściwej obrony przez pozwanego, w szczególności poprzez możliwość powołania odpowiednich faktów i zarzutów istotnych z punktu widzenia norm prawa materialnego,

mogących mieć zastosowanie do oceny przedstawionej w pozwie podstawy faktycznej powództwa. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. akt III CSK 220/10, Legalis nr 2011) Zwrócić również należy uwagę na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 22 września 2011 r. (sygn. akt V CSK 418/10 Legalis nr 461934),

w którym stwierdził, że sąd nie może uwzględnić roszczenia w oparciu o inną podstawę faktyczną niż podana przez powoda, gdyż byłoby to dokonaniem niedopuszczalnej zmiany powództwa i orzeczeniem ponad żądanie. Należy bowiem zawsze pamiętać, iż przepis art. 321 k.p.c. pozostaje w ścisłym związku z art. 187 k.p.c. wobec czego Sąd nie może zatem orzec

o czym innym niż domagał się powód, nie może też orzec na innej podstawie faktycznej niż wskazywana przez powoda. (wyrok Sadu Najwyższego z dnia 02.12.2011r. sygn. akt III CSK 136/11, Legalis nr 473641)

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że zarówno przywołane okoliczności faktyczne, jak i podstawy prawne, w przedmiotowym postępowaniu, zakreślały zakres rozpoznania żądań zgłoszonych przez powoda do badania, tego czy pozwany w istocie ponosi solidarną odpowiedzialność oraz jeśli tak to do jakiej wysokości, za jaki zakres zrealizowanych prac, a jeśli nie, to z jakich przyczyn odpowiedzialności tej nie ponosi. Zważyć należy, że ustalenie w niniejszej sprawie, iż strona pozwana solidarnej odpowiedzialności nie ponosiła czyniło zbędnym prowadzenie postępowania w dalszym zakresie, tj. co do ustalenia zakresu i rodzaju wykonanych prac co miało swój wyraz m.in. w oddaleniu wniosków dowodowych zmierzających do wykazania wysokości wynagrodzenia (wysokości roszczenia) a nie zasady odpowiedzialności.

Sąd uznał w niniejszej sprawie, że powództwo, w zakresie przywołanym w pozwie, podlegało oddaleniu w stosunku do pozwanego Skarbu Państwa reprezentowanego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z uwagi na fakt, że nie ponosi on odpowiedzialności solidarnej z wykonawcą za zapłatę na rzecz strony powodowej wynagrodzenia, bowiem nie zostały spełnione przesłanki odpowiedzialności ustawowej określone w art. 647¹ k.c., które w zakresie sposobu wyrażania zgody na zawarcie umowy

z podwykonawcą zostały również inkorporowane do postanowień umownych - Warunków Szczególnych kontraktu stanowiących integralną część umowy z dnia 1 sierpnia 2011 r. Tytułem zasygnalizowania przyczyn oddalenia powództwa wskazać wypada, iż zdaniem Sądu Zamawiający nie miał wiedzy o powodzie jako podmiocie, który miałby wykonywać jakiegokolwiek prace przy realizacji w/w inwestycji, albowiem nie została mu przedstawiona dokumentacja wymagana do zaakceptowania go jako podwykonawcy, wniosek o zatwierdzenie z uwagi na braki został zwrócony z adnotacją, iż opinia Inżyniera Rezydenta jest negatywna ze wskazaniem w jaki sposób podlega on uzupełnieniu, ale przede wszystkim z uwagi na brak zawarcia umowy podwykonawczej pomiędzy wykonawcą – spółką (...) S.A. z siedzibą

w W., a powodem w prawidłowej formie, tj. w formie pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności.

Czyniąc rozważania wprowadzające wskazać należy, że stosownie do treści art. 647¹ k.c. w umowie o roboty budowlane, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. 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. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Jak stanowi art. 647¹ § 5 k.c. dodany przez art. 1 pkt. 35 ustawy z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2003 r., nr 49, poz. 408), zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Nowelizacja kodeksu cywilnego z dnia 14 lutego 2003 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 49 poz.408) wprowadziła istotne novum dotyczące wyrażenie zgody przez inwestora na powierzenie pewnych robót podwykonawcom.

W istocie, artykuł 647¹ k.c. stał się nie tylko zabezpieczeniem interesów inwestorów wprowadzając zasadę udzielenia przez nich zgody na zawarcie przez generalnego wykonawcę umowy z podwykonawcą, ale stanowi w szczególności ochronę interesów podwykonawców, dając im możliwość dochodzenia swoich należności dodatkowo od inwestorów przedsięwzięć budowlanych. Generalny wykonawca oraz inwestor ponoszą, bowiem solidarną odpowiedzialność wobec podwykonawcy, a zatem ten ostatni może dochodzić swoich praw przeciwko każdemu z nich osobno lub od wszystkich łącznie, według swojego wyboru, odpowiedzialność ta powstaje ex lege na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. Regulacja ta tworzy bez wątpienia klarowną i korzystną dla podwykonawców sytuację prawną, ponieważ zgodnie z powołaną normą przysługuje im bezpośrednie roszczenia wobec inwestora, wykonawcy częściowego, a także generalnego wykonawcy. Chroni ona więc interesy podwykonawców w przypadku nierzetelności finansowej podmiotu, z którym bezpośrednio zawarli umowę na wykonanie części robót (umowę podwykonawczą), zmuszając inwestora do starannego wyboru wykonawcy oraz do kontrolowania wywiązywania się wykonawców z obowiązków finansowych względem podwykonawców.

Wyraźnie zaznaczyć należy, że podwykonawca przystępując do podpisania umowy o roboty budowlane musi zdawać sobie sprawę, że nie wystarczy sama zgoda wykonawcy. Umowa taka musi być, bowiem poparta zgodą inwestora (art. 647¹ § 2 k.c.). Zgoda zaś może być wyrażona jedynie pod warunkiem, że zamawiającemu zostaną przedstawione stosowne dokumenty do akceptacji danego podwykonawcy – przez odpowiednie osoby, tj. kadre kierowniczo-techniczną inwestycji (inżynier kontraktu/inżynier rezydent) i po uprzednim zbadaniu oraz wcześniejszej analizie przez tą kadre, dokumentów przedłożonych przez wykonawcę i/lub podwykonawcę – co wynika z faktu, że to właśnie ta kadra posiada wiedzę i możliwości dokonania prawidłowej oceny, tego czy dany podmiot do funkcji podwykonawcy w rzeczywistości się nadaje. Tym samym nie jest możliwe wyrażenie zgody, nawet dorozumianej, w przypadku, gdy inwestor w ogóle nie wie, że dany podmiot próbował zostać podwykonawcą na danej inwestycji lub też, że dany podmiot wszakże próbował, tj. ubiegał się o status podwykonawcy ale nie został pozytywnie zweryfikowany przez kadre kierowniczo-techniczną (która to kadra, dla przykładu, zwróciła wniosek danego podwykonawcy z uwagi na braki) i dlatego jego wniosek nigdy nie dotarł do zamawiającego/inwestora, przez co w zasadzie został on odrzucony.

To samo dotyczy sytuacji, gdy podwykonawca zawiera umowę z dalszym podwykonawcą. Zgodę w tym przypadku musi wyrazić inwestor i generalny wykonawca (art. 647¹ § 3 k.c.), w przeciwnym razie podwykonawca poniesie konsekwencje braku takiej zgody. W drodze odesłania (art. 647¹ § 3 zd. 2 k.c.) wiążący jest przepis art. 647¹ § 2 zd. 2 k.c., zgodnie z którym, 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. Brak sprzeciwu inwestora i wykonawcy w ciągu 14 dni jest uważany za wyrażenie zgody. Niewystarczające w tym przypadku jest złożenie lub niezłożenie sprzeciwu przez jednego z nich. Konieczna jest zgoda wszystkich osób, wymienionych przez ustawę. 14-dniowy termin na wyrażenie sprzeciwu biegnie osobno dla inwestora i osobno dla wykonawcy, od dnia dostarczenia każdemu z nich odpowiednich dokumentów.

Zauważyć należy, że z jednej strony jest to pewne utrudnienie dla podwykonawców, którzy muszą uzależnić podpisanie umowy od zgody dalszego podmiotu. Z drugiej zaś strony, ustawodawca chciał w ten sposób ustanowić pewną ochronę, ponieważ inwestor nie jest bezpośrednio związany z podwykonawcą żadną umową, jednak wyrażenie zgody skutkuje tym, że inwestor z mocy ustawy odpowiada solidarnie z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia.

Na tle znowelizowanej regulacji powstawać może wątpliwość, czym skutkuje brak udzielenia przez inwestora zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą. W literaturze wskazywano, że w przypadku braku zgody inwestora umowa generalnego wykonawcy z podwykonawcą lub podwykonawcy z dalszym podwykonawcą jest nieważna albo przynajmniej bezskuteczna. Sąd Najwyższy stanowczo stwierdził jednak, że brak takiej zgody ma znaczenie jedynie dla powstania odpowiedzialności solidarnej inwestora i/lub wykonawcy, nie wpływa natomiast na

skuteczność umowy zawartej przez generalnego wykonawcę i podwykonawcę (wyrok Sądu Najwyższego z 9.04.2008 r., sygn.. akt V CSK 492/07, Legalis nr 313327) lub podwykonawcę z dalszym podwykonawcą (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30.05.2006 r., IV CSK 61/06 OSNC 2007/3 poz. 44, Legalis nr 76232; wyrok z dnia 15.11.2006 r., V CSK 221/06 OSNC 2008/A poz. 8, Legalis nr 80587; wyrok z dnia 20.06.2007 r., I CSK 208/07 niepubl. oraz uchwałę z dnia 28.06.2006 r. III CZP 36/06, OSNC 2007/4 poz. 52, Lex nr 182878).

Tak, więc w przypadkach braku zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą, generalny wykonawca będzie mógł dochodzić spełnienia świadczenia przez podwykonawcę, natomiast ten ostatni może żądać zapłaty wynagrodzenia od generalnego wykonawcy, ale już nie od inwestora.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego i nauce prawa cywilnego przyjmuje się, że zgoda inwestora, wymagana przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c., może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.), niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121). Zgoda ta nie jest przesłanką ważności umowy podwykonawczej, lecz konieczną przesłanką powstania po stronie inwestora i wykonawcy solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Wskazuje się także, że w wypadku zawiadomienia inwestora o zamiarze zawarcia takiej umowy możliwe są cztery sytuacje:

- 1) sprzeciw inwestora, który wyłącza jego odpowiedzialność solidarną,
- 2) zgoda bierna inwestora tzw. milcząca, o której mowa w art. 647¹ § 2 zd. 2 k.c.,
- 3) zgoda czynna wyrażona wprost oraz
- 4) zgoda czynna dorozumiana.

Nie budzi, zatem wątpliwości, że zgoda może być wyrażona w sposób czynny, wprost, przez ustne lub pisemne oświadczenie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwaliła się teza, że zgodę można też wyrazić w sposób dorozumiany czynny, poprzez każde zachowanie, które ujawnia wolę wyrażenia zgody w sposób dostateczny (wyrok Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2009 roku, sygnatura akt II CSK 417/08, Lex nr 518078 i inne). Z samej treści artykułu 647¹ § 2 k.c. wynika zaś, że inwestor może wyrazić zgodę w sposób bierny, wskutek niezgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń.

Faktem jest, że wyrażenie zgody, na zawarcie umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą przez inwestora i/lub wykonawcę, może nastąpić przez takie zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny. Przy czym o tym, czy określone zachowanie w dostateczny sposób ujawnia wolę, decydują okoliczności każdego przypadku (wyrok Sądu Najwyższego z 4 lutego 1992 r., III CRN 345/91, Pr.Gosp. 1993, nr 5, poz. 16.). Ustawa nie wylicza, ani nie ogranicza form, w jakich może być złożone oświadczenie. Tym samym może to być również zachowanie podmiotu w postaci tzw. czynności konkludentnych (czynności dokonywanych per facta concludentia). Wskazać należy, choć próba pełnego skatalogowania takich zachowań jest raczej niemożliwa jak i bezcelowa, że do czynności konkludentnych mogą należeć zarówno wypowiedzi, jak i inne zachowania czysto faktyczne, wskazujące na to, jaki oraz czy ich autor miał zamiar wywołać określone skutki prawne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, mając na uwadze poczynione ustalenia faktyczne, uznać należy, że pozwany – inwestor – nie wyraził zgody na akceptację powoda, jako podwykonawcy. Nie wyraził tej zgody ani wprost (z uwagi na negatywnie rozpatrzone i zwrócone zgłoszenie przez inżyniera rezydenta, które do Zamawiającego nigdy nie dotarło), ani też konkludentnie, gdyż nie sposób przyjąć, aby Zamawiający, któremu nie zgłoszono powoda jako podwykonawcy, z racji zwrotu wniosku z zaznaczeniem (...) – niezaakceptowany, następnie w sposób dorozumiany go akceptował. Odmowa akceptacji wiązała się z ewentualną koniecznością przedłożenia uzupełnionego

i poprawionego zgłoszenia do akceptacji.

Wyraźnie podkreślić należy, że całkowicie nieprawidłowe jest zapatrywanie strony powodowej, prezentowane w toku procesu, że niezaakceptowanie wprost przez inżyniera rezydenta zgłoszenia, nie jest w rzeczywistości istotne, gdyż z innych zdarzeń wynika, że powód prace wykonywał, a wykonawca (spółka (...)) sytuację taką akceptował, powoda natomiast traktował jako swojego podwykonawcę. Takie stanowisko jest podwójnie nieprawidłowe. Po pierwsze pomija ono fakt, że w przedmiotowej sprawie nie ma znaczenia stan wiedzy, świadomość wykonawcy, gdyż w sprawie nie kwestia odpowiedzialności wykonawcy (spółki (...)) ma znaczenie. Po drugie, w/w stanowisko strony powodowej, niejako marginalizuje znaczenie procedury kontraktowej, tj. jasno opisanych zobowiązań wynikających z kontraktu, którymi związany był wykonawca i zamawiający, a które bezsprzecznie znane były również podwykonawcy, choćby z uwagi na zawarte w projekcie umowy podwykonawczej niepodpisanej i niezawartej, lecz negocjowanej przez podwykonawcę z wykonawcą (k. 92-93, t. I), tożsame postanowienia o konieczności wyrażenia zgody przez inwestora na powoda jako podwykonawcę. Zdaniem Sądu bagatelizowanie procedur kontraktowych, które co istotne odpowiadały również regulacji ustawowej oraz nie przykładanie należytej staranności i dbałości do kwestii formalnych przez powoda (nie zawarcie umowy podwykonawczej, przyjmowanie zleceń niepodpisanych prawidłowo przez zleceniobiorcę i zleceniodawcę, unikanie na polecenie wykonawcy kontaktów z inwestorem, niedokonywanie wpisów w dzienniku budowy) zrodziło dla niego negatywne konsekwencje w jego sferze prawnej. Nie jest jednak rolą Sądu sanowanie zaniedbań, nieprawidłowości czy też zaniechań powoda, który jest profesjonalistą i powinien przede wszystkim samodzielnie dbać o ochronę własnych interesów prawno-ekonomicznych.

Podkreślić należy, że informacja o niezaakceptowaniu powoda jako podwykonawcy była znana i to w tym kontekście występowała nazwa strony powodowej na placu budowy (placu inwestycyjnym), co wynikało wprost z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków oraz informacji odnotowanej w protokole z rady budowy (protokół z rady budowy nr 4 z dnia 08.12.2011 r. – k. 1641; wyjaśnienia strony - kierownika budowy na kontrakcie – T. K., protokół z dnia 31.05.2016 r., k. 2058-2060, t. XI; nagranie: 00:29:06; 00:32:56; 00:33:00; 01:06:19; zeznania inżyniera rezydenta K. M., protokół z dnia 23.11.2015 r., t. X, nagranie: 03:39:26; 03:40:38 k. 1830; członka zespołu kierownika projektu A. Ł., protokół z dnia 23.11.2015 r., t. X, nagranie 02:06:47 k. 1803). Zauważyć należy, że wyrażane w orzecznictwie poglądy o możliwości czynnego (wprost lub dorozumianego) lub biernego wyrażenia zgody przez inwestora na danego podwykonawcę mogą dotyczyć jedynie sytuacji kiedy brak jest wyraźnej odmowy zatwierdzenia danego podwykonawcy.

Podkreślić należy, że aby można było przypisać inwestorowi milczącą zgodę na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą (której w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak), konieczne jest łączne wypełnienie wszystkich przesłanek przepisu art. 647¹ § 2 k.c., tzn. przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu (w przedmiotowej sprawie nawet projekt, który ostatecznie nie został podpisany, również nigdy nie dotarł do inwestora) wraz ze stosowną częścią dokumentacji, która dotyczy przedmiotu umowy. Co więcej, aby można było przyjąć, że milczenie inwestora oznacza jego zgodę, treść przedłożonej umowy lub jej projektu powinna obejmować wszystkie postanowienia istotne przy określaniu zakresu odpowiedzialności solidarnej inwestora, gdzie odpowiednia część dokumentacji jest wyłącznie jej uzupełnieniem, obejmującym z reguły roboty będące przedmiotem przedstawianego kontraktu (projektu). Wyraźnie zaznaczyć należy, że treść dostarczonej umowy (projektu umowy) wyznacza granice solidarnej odpowiedzialności inwestora i dlatego też milczące wyrażenie zgody odnosi się jedynie do zobowiązań wynikających z przedłożonych dokumentów – ergo w przypadku braku dostarczonej umowy (projektu umowy) oraz braku dokumentów zakreślających solidarną odpowiedzialność inwestora, nie sposób jest mówić w ogóle o jej powstaniu, tj. powstaniu solidarnej odpowiedzialności. Nie sposób jest również w takiej sytuacji rozważać kwestię zgody dorozumianej, z uwagi na jednoznaczną odmowę akceptacji. Wskazać należy, co podkreśla się

w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego, że skuteczność wyrażonej w sposób dorozumiany (art. 60 k.c.) zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest uzależniona od zapewnienia mu możliwości zapoznania się

z postanowieniami tej umowy, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności przewidzianej

w art. 647¹ § 5 k.c. (uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 17.02.2016 r., III CZP 108/15, Legalis nr 1399206). Nie ulega bowiem wątpliwości, że podstawowym celem art. 647¹ § 2 k.c. jest to, aby istotne postanowienia umowy wykonawcy z podwykonawcą były znane inwestorowi albo żeby miał on możliwość zapoznania się z nimi. W tym kontekście wskazać należy, że jakkolwiek źródło i sposób pozyskania przez inwestora tej wiedzy mają znaczenie drugorzędne, to nie można oczekiwać, że inwestor samodzielnie będzie poszukiwał i próbował ustalić jakie stosunki obligacyjne łączą podmioty znajdujące się na placu budowy oraz w jakich wzajemnych powiązaniach one występują oraz w stosunku do których będzie on ewentualnie ponosił odpowiedzialność solidarną (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku - I Wydział Cywilny z dnia 27.08.2015 r. I ACa 250/15, Legalis nr 1378339).

W niniejszej sprawie powód nie wykazał, aby zamawiający wyraził zgodę na udział podwykonawcy przy realizacji inwestycji. Ta kwestia była już szeroko przedstawiona

w poczynionych powyżej rozważaniach. Podsumowując już tylko zwrócić należy uwagę na sposób postępowania (...) S.A., którego pracownicy zakazywali jakichkolwiek kontaktów powodowi z personelem Inżyniera Kontraktu czy Zamawiającego, nie przekazywali również nawet Inżynierowi Kontraktu dokumentacji, z której można by było wywnioskować, iż taki podwykonawca faktycznie działa w imieniu własnym i realizuje stricte powierzony mu zakres robót a nie tylko, jakiś bliżej niedookreślony rodzaj usługi, a także rozkład obowiązków jaki następuje pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą z chwilą zawarcia umowy głównej i przekazania placu budowy. Zakres tych obowiązków wyznaczany jest również przez przepisy prawa budowlanego, w którym wprost określono kompetencje osób pełniących samodzielne funkcje na budowie. Wbrew twierdzeniom powoda, to po pierwsze Wykonawca, po przejęciu placu budowy odpowiada za niego a tym samym za zapewnienie ochrony, która działa na jego zlecenie wobec czego to on a nie Zamawiający ma bezpośredni wpływ na to komu wydawane są przepustki umożliwiające dostęp do placu budowy.

Ponadto w tym też zakresie kompetencje decyzyjne przysługują Kierownikowi Budowy, który zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane jest uczestnikiem procesu budowlanego a do którego w myśl art. 22 cyt. ustawy należy m.in.:

1) protokolarne przejęcie od inwestora i odpowiednie zabezpieczenie terenu budowy wraz ze znajdującymi się na nim obiektami budowlanymi, urządzeniami technicznymi i stałymi punktami osnowy geodezyjnej oraz podlegającymi ochronie elementami środowiska przyrodniczego i kulturowego;

2) prowadzenie dokumentacji budowy;

3) zapewnienie geodezyjnego wytyczenia obiektu oraz zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy;

3a) koordynowanie realizacji zadań zapobiegających zagrożeniom bezpieczeństwa i ochrony zdrowia:

3d) ***podejmowanie niezbędnych działań uniemożliwiających wstęp na budowę osobom nieupoważnionym.***

Zaznaczyć również należy, iż Kierownik Budowy to osoba działająca w imieniu i na rzecz Wykonawcy, do którego również, jak już wskazano powyżej, należy zgłoszenie podwykonawcy w celu uzyskania zgody. Wskazując na w/w obowiązki nie sposób zgodzić się

z twierdzeniami powoda, iż fakt dysponowania przepustkami, czy swobodą korzystania z terenu placu budowy, już uzasadniał wiedzę i świadomość Inwestora co do realizowania robót przez podwykonawcę, skoro uprawnionym do wydania w/w zezwolenia na przebywanie na terenie inwestycji był Wykonawca. Z samego faktu pozostawiania na placu również nie sposób było wyprowadzić jakiegokolwiek formy zgody Zamawiającego na realizację robót przez podwykonawcę albowiem, na co już również wskazywano, Wykonawca na etapie przetargu nie wskazał wyraźnie, że będzie korzystał z firmy (...) Sp. z o.o. jako podwykonawcy robót drogowych, a po wprowadzeniu na teren budowy,

również postępował z pracownikami tej spółki tak jakby stanowiły siły własne Wykonawcy, zlecając im zasadniczo wykonywanie usługi na takich frontach robót jakie w danej chwili Wykonawca miał i w takim zakresie w jakim sam chciał. Jak bowiem wskazał świadek R. S., na polecenie Wykonawcy, pracownicy powoda, nie wykonywali kolejnej warstwy po ułożeniu poprzedniej lecz byli przenoszani w inne miejsce.

Ponadto, powód nie wykazał nawet, aby została zawarta umowa podwykonawcza pomiędzy (...) S.A., a powodem, ani tym bardziej, żeby postanowienia jej były lub mogły być znane inwestorowi. Pozwanemu nie były znane ani postanowienia zleceń (...) (...), (...), ani też postanowienia protokołu negocjacji z dnia 12 sierpnia 2011 r., ani też postanowienia niepodpisanej, a projektowanej umowy podwykonawczej – wszystkie powyższe dokumenty nigdy do Zamawiającego nie trafiły, nie miał on też możliwości zapoznania się z nimi.

Powód nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby odmienne okoliczności. Natomiast pozwany dowiódł, że nie zostały przedłożone mu żadne dokumenty, które mogłyby być poczytywane za umowę podwykonawczą i/lub jej projekt, a ponadto bezspornie wykazał, że powód nie został zaakceptowany i to właśnie z powodu braku zawarcia stosownej umowy podwykonawczej, która dawałaby podstawy do określenia zakresu solidarnej odpowiedzialności pozwanego. Przyczynami odmowy zatwierdzenia powoda była bezspornie niezgodność wniosku z postanowieniami warunków kontraktu wiążącego inwestora z wykonawcą, zwłaszcza przez brak załączenia projektu umowy wykonawcy z podwykonawcą (co było niezgodne

z postanowieniami subklauzuli 4.4 warunków szczególnych kontraktu ale i art. 647¹ § 2 k.c.) oraz brak doświadczenia powoda w realizacji robót, na co uwagę zwróciła inżynier rezydent K. M.. Pozwanemu nie było wiadomym, że powód wykonywał zleczone jemu przez wykonawcę prace jako podwykonawca w ramach inwestycji, mimo odmowy zatwierdzenia powoda jako podwykonawcy. Okoliczność odmienna nie została w niniejszej sprawie wykazana przez powoda. Fakt wykonywania jakichkolwiek zadań/prac przez powoda, nie został zgłoszony ani inżynierowi rezydentowi ani Zamawiającemu, a w dziennikach budowy nie dokonywano żadnych wpisów przez pracowników powoda.

W tym miejscu należy odnieść się do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 06 października 2010 r., zgodnie z którym w świetle art. 6 k.c. w zw. z art. 647¹ § 2 k.c. zdanie pierwsze i § 5 k.c. ciężar udowodnienia tego, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy o roboty budowlane wykonawcy z podwykonawcą spoczywa na podwykonawcy, on bowiem z tego faktu wywodzi skutki prawne. Jeżeli inwestor twierdzi, że zgody takiej nie wyraził również w sposób dorozumiany oraz, że nie znał istotnych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, podwykonawca powinien udowodnić także świadomość inwestora co do tych okoliczności wyznaczających zakres jego odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawcy lub to, że

z postanowieniami tymi inwestor mógł się zapoznać (wyrok SN z dnia 06.10.2010r., II CSK 210/10, Legalis nr 276043). Na marginesie zauważyć także należy, że warunkiem skuteczności zgody inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej (której w przedmiotowej sprawie nie zawarto) dla powstania po jego stronie odpowiedzialności solidarnej z wykonawcą wobec podwykonawcy jest świadomość inwestora dotycząca tych elementów umowy podwykonawczej, które wyznaczają jego ewentualną odpowiedzialność na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.,

w szczególności zaś dotycząca wysokości wynagrodzenia ustalonego między wykonawcą a podwykonawcą, zakresu i rodzaju robót, podmiotu wykonującego roboty. Aby bowiem można było mówić o powstaniu solidarnej odpowiedzialności inwestora jego świadomość musi obejmować pełny zakres tej odpowiedzialności, a zatem wobec kogo powstaje, za jakie czynności i w jakiej wysokości.

Sąd Okręgowy podziela tym samym pogląd wyrażony m.in. w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2013 r. (sygn. akt I ACa 792/12 Legalis nr 735107), iż zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. inwestor odpowiada za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, a jego solidarna odpowiedzialność z wykonawcą ma charakter ustawowej solidarnej odpowiedzialności gwarancyjnej za cudzy dług, on zaś sam pełni rolę ustawowego poręczyciela gwarancyjnego wykonawcy, to warunkiem tej odpowiedzialności jest to, aby znał lub miał możliwość poznania tych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, które wyznaczają zakres jego odpowiedzialności. W świetle art. 6 k.c. w zw. z art. 647¹ § 2 zdanie pierwsze i § 5 k.c., ciężar udowodnienia tego, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy o roboty budowlane wykonawcy z podwykonawcą, spoczywa na podwykonawcy, on bowiem z tego faktu

wywodzi skutki prawne. Jeżeli inwestor twierdzi, że zgody takiej nie wyraził również w sposób dorozumiany oraz, że nie znał istotnych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, podwykonawca powinien udowodnić także świadomość inwestora, co do tych okoliczności, wyznaczających zakres jego odpowiedzialności za wynagrodzenie podwykonawcy lub to, że z postanowieniami tymi inwestor mógł się zapoznać.

Przechodząc do najistotniejszej kwestii, która skutkowałą brakiem odpowiedzialności pozwanego upatrywanej w zapisach art. 647¹ § 5 k.c., wskazać należy, iż zdaniem Sądu, przedłożone do akt sprawy dokumenty zlecenia (...), (...) nie mogły być poczytywane za umowę podwykonawczą zawartą pomiędzy wykonawcą a powodem, a których to treść powinna być znana (lub przynajmniej z treścią, których pozwany mógł się zapoznać) inwestorowi. Przyjęcie odmiennej oceny, załączonych dokumentów, na gruncie niniejszej sprawy oznaczałoby, że inwestor wyraził de facto zgodę mającą charakter blankietowy odnoszącą się zarówno co do wysokości wynagrodzenia, zakresu prac i rodzaju podmiotu je wykonującego, nie posiadając na ten temat w rzeczywistości żadnej wiedzy.

Wskazać należy, że powyżej powołane zlecenia nie zostały podpisane, w dacie ich sporządzenia, przez osoby do tego prawidłowo umocowane ze strony zlecającego, tj. (...) S.A. – gdyż ze zmian dokonanych w KRS-ie w dniu 27 kwietnia 2010 r. (tj. przed podpisaniem w/w zleceń) wynikało, że do reprezentacji podmiotu ((...) S.A.) w przypadku zarządu wieloosobowego do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub współdziałanie jednego członka zarządu z prokurentem. ***Co jednak najważniejsze przywołane zlecenia nie zostały również podpisane przez zleceniobiorcę, tj. przez osobę uprawnioną do działania w imieniu (...) Sp. z o.o.*** (d: wniosek wraz z załącznikami, k. 1165 – 1167, t. VI; KRS, k. 1299, k. 1303, t. VII).

W tym miejscu podkreślić wypada, iż podstawowym warunkiem odpowiedzialności Inwestora jest zawarcie umowy podwykonawczej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zastrzeżony rygor w myśl art. 73 § 1 k.c. w związku z art. 647¹ § 4 k.c. wyraźnie wskazuje, iż niedochowanie przewidzianej formy umowy musi prowadzić to uznania danej czynności za nieważną, tj. przyjęcia, iż dana czynność nie wywołała skutków dla niej przewidzianych.

W doktrynie wyraźnie wskazano, że art. 78 § 1 k.c. zakreśla minimalne wymagania dla zachowania formy pisemnej. W przypadku oświadczenia woli jest to złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść, niezależnie od tego kto sporządził sam dokument. W § 1 art. 78 k.c. ustanowiono zatem przesłanki, których spełnienie jest niezbędne do zachowania zwykłej formy pisemnej, tj.: utrwalenie treści oświadczenia woli w dokumencie sporządzonym w języku pisany oraz opatrzenie dokumentu własnoręcznym podpisem przez osobę składającą oświadczenie.

Według art. 78 k.c. do zachowania formy pisemnej umowy nie jest wymagane podpisanie przez strony wspólnego dokumentu stwierdzającego treść zawartej umowy. Niezbędne minimum wymagane do zachowania formy pisemnej umowy stanowi bowiem wymiana dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (wyrok SN z 26 października 2005 r., V CK 279/2005, L..pl nr (...)). (Piotr Nazaruk, Komentarz do art.78 Kodeksu cywilnego Stan prawny: 2014.05.01)

Celem złożenia podpisu jest nie tylko identyfikacja osoby, która składa oświadczenie woli ale również potwierdzenie faktu złożenia oświadczenia o określonej treści. Podpis musi być umieszczony pod oświadczeniem woli, musi być własnoręczny, tak aby można było ustalić, kto jest autorem podpisu.

Ponadto w odniesieniu do umów w doktrynie przyjęto, iż konieczne jest podpisanie dokumentu przez obie strony. Ustawodawca nie nakłada obowiązku złożenia podpisów przez strony umowy na tym samym dokumencie, co ma na celu uproszczenie procedury zawierania umów. Mimo to w praktyce często umowy sporządzane są w postaci jednego dokumentu, obejmującego oświadczenia woli stron i podpisanego własnoręcznie przez obie strony, co tym bardziej spełnia wymogi zwykłej formy pisemnej czynności prawnej. (Wojciech Robaczyński, Komentarz do art.78 Kodeksu cywilnego. 2014.04.18)

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż dla zachowania formy pisemnej umowy, będzie wystarczające:

- sporządzenie dokumentu zawierającego oświadczenia woli stron umowy, który strony umowy w tym samym miejscu i czasie podpiszą;

- podpisanie przez strony umowy osobno innego egzemplarza dokumentu zawierającego oświadczenia woli tych stron, przy czym każdy dokument musi zawierać oświadczenie woli tylko jednej strony i tylko przez nią jest podpisany, same zaś dokumenty zostaną wymienione pomiędzy stronami;

- a także podpisanie jednego egzemplarza umowy w różnym miejscu i czasie, przy czym umowa zostanie zawarta gdy oświadczenie woli strony dotrze do wiadomości drugiej strony (art. 78 w związku z art. 61 k.c.).(tak wyrok Sądu Najwyższego sygn. akt I CSK 129/09 z dnia 02.12.2009r. niepubl. LEX nr 553656)

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać wypada, iż żadna z w/w sytuacji, w której przyjmuje się, iż forma pisemna została zachowana nie zaistniała w niniejszej sprawie nie tylko co do umowy podwykonawczej, której postanowienia i warunki były negocjowane ale również odnośnie zleceń, na które powołuje się strona powodowa.

Po pierwsze bezsporne jest, iż pod żadnym z tych dokumentów nie został złożony własnoręczny podpis przez osobę uprawnioną do działania w imieniu (...) Sp. z o.o. Nie doszło również do złożenia takiego podpisu w imieniu powoda na innym egzemplarzu dokumentu, który zawierałby tożsamą treść, a który po opatrzeniu go podpisem zostałby przekazany drugiej stronie w taki sposób, że doszedłby do jej wiadomości a ona mogłaby się z nim zapoznać. Dopiero bowiem wzajemna wymiana tak podpisanych dokumentów, skutecznie – prawidłowo – własnoręcznie przez każdą ze stron podpisanych, w taki sposób, że każda mogłaby się z nim zapoznać, zostałaby uznana za zachowanie formy pisemnej czynności mającej charakter umowy.

W ocenie Sądu wypełnieniem takiego warunku nie było, z całą pewnością, również, ani umowa trójstronna z dnia 10 listopada 2011 r. ani też porozumienie podpisane w tym samym dniu.

Umowa z dnia 10 listopada 2011 r. została zawarta z (...) Sp. z o.o., przy uczestnictwie spółki (...) S.A. z siedzibą w W., a jej przedmiotem było wyłącznie uregulowanie warunków, zasad sprzedaż produktów naftowych na potrzeby realizacji przez kupującego zleceń nr (...), (...) (d: umowa, k. 1236, t. VII, argumentacja pismo strony powodowej z dnia 19 sierpnia 2015 r., k. 1220, t. VII). Wskazać również należy, że zawarte porozumienie dotyczyło wyłącznie w/w umowy z dnia 10 listopada 2011 r. Żaden z tych dokumentów nie zawierał natomiast takich postanowień, które zostały określone w przedmiotowych zleceniach/ zamówieniach, które w ocenie Sądu również nie zawierały wszystkich elementów przedmiotowo istotnych pozwalających ostatecznie na określenie zakresu odpowiedzialności pozwanego ale przede wszystkim żaden z nich nie zawierał również treści projektu negocjowanej umowy o roboty budowlane, która jak przyznaje sam powód nigdy nie została podpisana przez żadną ze stron.

Ostatecznie przyjmując nawet stanowisko strony powodowej (czego jednak Sąd nie podziela), że porozumienie z 10 listopada 2015 r. potwierdziło zlecenia nr (...), (...), to i tak w dacie złożenia inwestorowi wniosku o zatwierdzenie podwykonawcy, tj. w dniu 16 września 2011 r. przedłożone dokumenty nie zawierały istotnych postanowień umowy wykonawcy z podwykonawcą, wyznaczających zakres odpowiedzialności gwarancyjnej zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy. Okoliczność ta została wyraźnie wskazana w uzasadnieniu odmowy zatwierdzenia powoda jako podwykonawcy. Powyższe wyłącza odpowiedzialność gwarancyjną pozwanego jako inwestora za zapłatę wynagrodzenia powoda. Podkreślić bowiem należy, pomijając nawet fakt, że porozumienie z dnia 10 listopada 2011 r. odnosiło się do umowy ze spółką (...) Sp. z o.o., to po zawarciu przez strony porozumienia z dnia 10 listopada 2011 r., nie został ponownie złożony przez wykonawcę wniosek o zatwierdzenie powoda jako podwykonawcy, co bezspornie wyklucza zaistnienie wystąpienia ustawowych przesłanek odpowiedzialności solidarnej pozwanego za zobowiązania wykonawcy wobec powoda.

Jeszcze raz należy zaznaczyć, że poza przywołaniem nr w/w zleceń ani umowa z 10 listopada 2011 r. ani porozumienie zawarte w tej samej dacie nie zawierało żadnych cech umowy podwykonawczej, żadnych postanowień, które miałyby ją konstytuować, dookreślać jej zakres czy odpowiadać wypracowanym przez strony uzgodnieniom odnośnie zasad odbioru robót, dokumentowania ilości, zakresu i jakości wykonanych prac, dokumentom potwierdzającym przez Wykonawcę ilość przerobu czy też kwestii odpowiedzialności powoda z tytułu gwarancji jakości wykonania.

W żadnym z postanowień w/w dokumentów nie ma również informacji, iż w ten sposób powód akceptuje warunki projektu negocjowanej umowy podwykonawczej, która jak przyznał M. S. nie została zawarta w formie pisemnej, tj. zgodnie wymogami właściwymi tej formie.

Mając zatem na uwadze całokształt poczynionych rozważań i dokonanych ustaleń brak było, zdaniem Sądu Okręgowego podstaw do tego, aby pozwanemu przypisać solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia, którego domagał się powód wobec czego Sąd na podstawie a contrario art. 647¹ § 5 k.c. oddalił powództwo w całości.

W tym miejscu już tylko ubocznie należało wskazać, że z uwagi na zakres odpowiedzialności jaki obejmuje regulacja art. 647¹ k.c., brak było podstaw do jej przypisania pozwanemu za roszczenia określone jako odszkodowanie za przestoje, albowiem nie odpowiada to stricte wynagrodzeniu, tj. wartości robót wykonanych i odebranych.

Nie wdając się już w szerszą argumentację wskazać jedynie należy, iż przepisy statuujące odpowiedzialność ustawową, gwarancyjną za cudzy dług należy interpretować literalnie, albowiem tylko wówczas skutkuje to zapewnieniem należytej ochrony zarówno stronie uprawnionej jak i zobowiązanej.

Z uwagi również na charakter roszczenia, jego wymagalność w stosunku do pozwanego – gdyby roszczenie zostało udowodnione – należałoby określić zgodnie z regulacją art. 455 k.c. w zw. z art. 371 k.c. Pozwany jest co prawda dłużnikiem solidarnym nie mniej jednak odpowiada za własne opóźnienie a tym samym z uwagi na brak z góry określonego terminu, w którym pozwany musiałby spełnić roszczenie, takie zobowiązanie stałoby się wymagalne dopiero po upływie terminu wyznaczonego do jego spełnienia, przy czym nie może być to z całą pewnością dzień następny pod złożeniem wniosku o realizację zobowiązania w trybie ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych.

Co do kwestii zarzutu przedawnienia, wskazać wypada, iż gdyby roszczenie zostało udowodnione co do zasady i co do wysokości, nie sposób byłoby uznać, iż uległo przedawnieniu. Wskazywana przez powoda podstawa roszczenia dotyczyła umowy o roboty budowlane wobec czego do roszczeń wywodzonych z w/w umowy zostało ukształtowane w drodze orzecznictwa stanowisko, iż stosuje się termin przedawnienia określony treścią art. 118 k.c. Wobec faktu, iż są to należności związane z prowadzoną działalnością gospodarczą bezsporne jest, iż termin ten wynosiłby 3 lata. Gdyby nawet przyjąć, iż początek jego biegu należałoby utożsamiać z odstąpieniem od (niepodpisanych) umów zlecenia, dokonany na dzień 30 listopada 2011 r. co oznaczałoby, że trzyletni termin upływa 30 listopada 2014 r., to jak wskazał powód, wobec faktu, iż w/w dzień wypadł w niedzielę, złożenie pozwu w dniu następnym 1 grudnia 2014 r. należało uznać za wniesiony przed upływem w/w terminu przedawnienia.

Sąd Okręgowy mając na uwadze rozważania poczynione na wstępie, odnoszące się do okoliczności związania stanem faktycznym oraz żądaniami strony w sprawie, nie znalazł również podstaw do uwzględnienia dochodzonego roszczenia na innej podstawie, aniżeli wskazywana przez stronę powodową.

Konsekwencją rozstrzygnięcia w przedmiocie żądania pozwu było rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu.

Sąd rozstrzygnął o kosztach procesu uznając, że w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę kondycję finansową strony powodowej wykazaną zarówno na etapie składania pozwu jak również w toku postępowania wraz z wnioskiem o zwolnienie od uiszczenia zaliczki na poczet wydatków związanych ze stawiennictwem świadka, z której wynika,

iż powód nie uzyskuje żadnych dochodów z prowadzonej działalności gospodarczej, która też z tego powodu była zawieszona oraz wysunięte przez nią żądania, a także okoliczności faktyczne w jakich doszło do przekonania strony o ich powstaniu, niezasadnym było obciążanie jej kosztami postępowania sądowego – kosztami zastępstwa procesowego strony pozwanej. Zauważyć należy, że znaczenie dla możliwości zastosowania art. 102 k.p.c. ma ocena zachowania się stron m.in. z punktu widzenia zasad współżycia społecznego, a podstawą do takiej oceny może być zachowanie się strony w procesie, jak i jej sytuacja poza procesowa (stan majątkowy). Do pierwszej z wymienionych kategorii okoliczności zaliczane są sytuacje wynikające z charakteru żądania poddanego rozstrzygnięciu, jego znaczenia dla strony i subiektywne przekonanie strony o zasadności roszczenia. Zdaniem Sądu, mając właśnie na uwadze powyższe zasadnym było zastosowanie w niniejszym postępowaniu normy wynikającej z art. 102 k.p.c., co też Sąd uczynił (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi - I Wydział Cywilny z dnia 8 października 2015 r., I ACa 422/15, Legalis nr 1370758).

W zakresie wydatków, które nie zostały uiszczone w toku postępowania a dotyczących:

- zwrotu wydatków za stawiennictwo na rozprawie w dniu 23 listopada 2015 r. dla świadka R. S. w wysokości 388,80 zł, od których powód był zwolniony;
- zwrotu kosztów stawiennictwa dla świadka D. G. w kwocie 141,60 zł poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa;
- zwrotu utraconego zarobku przez świadka K. M. w kwocie 81,26 zł, poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa;
- opłaty od pozwu w kwocie 100 000 zł, od uiszczenia której powód był zwolniony

Sąd z uwagi na odstąpienie od obciążenia powoda kosztami postępowania przejął również, iż w/w koszty na rachunek Skarbu Państwa zgodnie z art. 113 ust. 4 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (j.t. Dz. U. z 2014r. poz. 1025) i art. 102 k.p.c.

Mając na uwadze całokształt poczynionych powyżej rozważań Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.