

Sygn. akt XXV C 1328/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 czerwca 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Monika Włodarczyk

Protokolant: st. sekretarz sądowy Monika Rakoczy-Ordanik

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

sprawy z powództwa **Skarbu Państwa – G. D. D. K.**

i A.

przeciwko (...) **Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. (Czechy)**

z udziałem interwenienta ubocznego po stronie powodowej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L.

o zapłatę

I. zasądza solidarnie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – G.

i A. kwotę 1 001 889,01 zł (jeden milion jeden tysiąc osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych 01/100) wraz z:

a/ odsetkami ustawowymi od dnia 01 marca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty liczonymi od kwoty 777 906,46 zł (siedemset siedemdziesiąt siedem tysięcy dziewięćset sześć złotych 46/100);

b/ odsetkami ustawowymi od dnia 10 kwietnia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty liczonymi od kwoty 223 982,55 zł (dwieście dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt dwa złote 55/100);

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. zasądza solidarnie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 6 550,98 zł (sześć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych 98/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

IV. zasądza solidarnie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – G. kwotę 2 701,56 zł (dwa tysiące siedemset jeden złotych 56/100) tytułem zwrotu wydatków;

V. zasądza solidarnie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L. kwotę 16 565,26 zł (szesnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt pięć złotych 26/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

VI. nakazuje pobrać solidarnie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 50 527,26 zł (pięćdziesiąt tysięcy pięćset dwadzieścia siedem złotych 26/100) tytułem zwrotu opłaty od pozwu od uiszczenia, której powód był zwolniony oraz wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa;

VII. nakazuje pobrać od Skarbu Państwa – G. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 16,68 zł (szesnaście złotych 68/100) tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa.

Sygn. akt XXV C 1328/15

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 14 czerwca 2016 r.

Pozwem z dnia 13 sierpnia 2015 r. Skarb Państwa – G. wniósł o zasądzenie solidarnie od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. oraz B. a K. k.s. w P. kwoty 1 030 660,43 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Ostatecznie pismem z dnia 18 maja 2016 r. powód zmodyfikował roszczenie w ten sposób, że wniósł o zasądzenie w/ w kwoty wraz z odsetkami ustawowymi:

a/ od kwoty 796 433,32 zł. od dnia 1 marca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

b/ od kwoty 234 227,11 zł od dnia 10 kwietnia 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty. (k. 853)

W uzasadnieniu powód wskazał, że jako Zamawiający zawarł w dniu 18 czerwca 2010 r. z konsorcjum firm (...) S.A., B. a K. k.s. w P. oraz B. a K. (...) Sp.

z o.o. (obecnie działającym pod nazwą (...) Sp. z o.o.) (wykonawcą) umowę, której przedmiotem była realizacja inwestycji pn. „Budowa Autostrady (...) na odcinku granica województwa (...) / (...) do węzła S. od km 230+817 do km 295+850 – Zadanie II odcinek 2 Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+000, węzeł S.-węzeł K.”. Zaznaczył, że w toku realizacji kontraktu z podwykonawcą (...).

z o.o. z siedzibą w L. została zawarta w dniu 9 maja 2011 r. umowa nr (...), której projekt został przedstawiony Zamawiającemu, w tym samym czasie,

w którym został przekazany Inżynierowi Kontraktu zgodnie z subklauzulą 4.4 lit. e. Z uwagi na fakt, iż w terminie 14 dni powód nie zgłosił sprzeciwu ani zastrzeżeń należało uznać, że Zamawiający milcząco zaakceptował przedstawioną mu umowę podwykonawczą.

Podwykonawca po zakończeniu realizacji kontraktu, wystawieniu Świadectwa Przejęcia robót dla I Etapu, usunięciu usterek i wad na obiektach M. i (...) i odebraniu w/w robót protokołem końcowym w dniu 27 marca 2013 r., potwierdzającym wykonanie i całkowity odbiór robót zgodnie z umową podwykonawczą, po wystawieniu protokołu odbioru, Kosztorysu ofertowego, protokołu odbioru robót, potwierdzeniu odbioru i wykonania również w (...) nr 24-26, zwrócił się do Inwestora z wnioskami o dokonanie płatności w ramach solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c., tj.

a/ w dniu 29 kwietnia 2013r. o zapłatę kwoty 667 583,68 zł., oraz dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie odbiór prac oraz ich wartość;

b/ w dniu 14 sierpnia 2013 r. o zapłatę kwoty 128 849,64 zł, oraz dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie odbiór prac oraz ich wartość;

c/ w dniu 25 listopada 2013 r. o zapłatę kwoty 234 227,11 zł., która odpowiadała części kaucji gwarancyjnej zatrzymanej zgodnie z postanowieniem § 5 pkt. 6 umowy. Podwykonawca przedstawił również zestawienie kwot zatrzymanych z oznaczeniem faktury i kwoty zatrzymanej. Przed skierowaniem żądania w stosunku do pozwanego, podwykonawca wezwał również pozwanych do zapłaty w dniu 27 marca 2013 r. kwoty stanowiącej 70% kwot zatrzymanych. Przedmiotowa należność na wniosek powoda została potwierdzona przez pozwanego. Następnie powód dokonał zapłaty żądanych kwot odpowiednio: w dniu 25 czerwca 2013 r. – kwoty 667 583,68 zł, w dniu 11 września 2013 r. kwoty 128 848,64 zł i w dniu 4 marca 2014 r. kwoty 234 227,11 zł.

Kwoty wypłacone na rzecz podwykonawcy zostały ujęte przez powoda w nocie księgowej nr (...) w wysokości 667 583,68 zł z dnia 13 sierpnia 2013 r., w nocie nr 89/2013 z dnia 26 września 2013 r. w kwocie 128 849,47 zł., na podstawie których wezwał on pozwanych do zapłaty w terminie 7 dni.

Z uwagi na spełnienie zobowiązania w ramach solidarnej odpowiedzialności określonej w art. 647¹ § 5 k.c. powodowi w myśl zapisów S. 2.5 Warunków Kontraktu przysługiwało prawo potrącenia wierzytelności powoda z wierzytelnością Wykonawcy wobec Zamawiającego. W tym celu zrealizowane przez powoda wnioski podwykonawcy zostały przekazane Inżynierowi Kontraktu, który zgodnie z S. 3.5 (...) i w świetle S. 4.4. (...), potwierdził uprawnienia Zamawiającego do potrącenia wypłaconych kwot z najbliższej płatności Wykonawcy. Z uwagi jednak na fakt, iż należności wypłacone podwykonawcy nie zostały skompensowane w wyniku potrącenia, powodowi przysługuje prawo żądania spełnionego świadczenia od Wykonawcy, na którym spoczywał obowiązek zapłaty wynagrodzenia. Z tych też względów powód ponownie pismem z dnia 19 lutego 2014 r. poinformował Wykonawcę o stanie zadłużenia wynikającego z tytułu należności przysługujących Zamawiającemu, zapłaconych w ramach solidarnej odpowiedzialności na dzień 31 grudnia 2013 r. w kwocie, która obejmowała również należności wypłacone podwykonawcy (...) Sp. z o.o. a ujęte w notach nr 82/2013 i 89/2013 i wezwał do ich zapłaty w terminie 7 dni.

Na trzecią z wypłaconych kwot powód wystawił notę księgową nr (...) w dniu 26 marca 2014 r. i wezwał pozwanych do zapłaty w terminie do dnia 9 kwietnia 2014 r. W toku dalszej korespondencji powód poinformował o stanie zadłużenia. Przedmiotowa kwota również nie znalazła pokrycia w należnościach przysługujących wykonawcy od Zamawiającego. Wobec faktu, iż wypłacone należności nie umorzyły się na skutek potrącenia dokonanego oświadczeniem z dnia 16 maja 2014 r. jak również nie zostały zapłacone w wyznaczonym terminie, w ocenie powoda zasadne jest również na podstawie art. 481 k.c. żądanie odsetek ustawowych liczonych od dnia 1 marca 2014 r., tj. od dnia następnego po upływie terminu 7 dni wyznaczonego wezwaniem z dnia 19 lutego 2014 r. a doręczonego w dniu 21 lutego 2014 r. od kwot objętych notami nr 82/2013 i 89/2013, zaś od kwoty objętej notą nr 45/2014 od dnia 10 kwietnia 2014 r.

Uzasadniając solidarną odpowiedzialność pozwanych powód wskazał, iż wynika ona z art. 141 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym pozwani będący członkami Konsorcjum (...) w myśl art. 23 pzp, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy zawartej z Zamawiającym, stąd też są w taki sam sposób odpowiedzialni wobec Zamawiającego za należności, które Inwestor uregulował na rzecz podwykonawcy, z którym to Wykonawca zawarł umowę. Wskazał również, że dokonał zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane, które stały się częścią realizowanej inwestycji przy czym podstawę żądania zwrotu stanowią odpowiednio zapisy art. 376 § 1 k.c., subklauzula 4.4 lit. e, albowiem wobec zapłaty na rzecz podwykonawcy powodowi przysługuje roszczenie regresowe o zwrot w/w kwot. Jednocześnie powód wniósł o przyznanie na podstawie art. 84 § 1 i 2 k.p.c. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L., wskazując, iż w przypadku oddalenia powództwa powód będzie dochodził swoich należności w stosunku do podwykonawcy na podstawie art. 405 k.c. i art. 410 § k.c. (k. 2-18)

Pozwani (...) Sp. z o.o. i B. a K. k.s. w złożonych odpowiedziach na pozew (k. 275-285, k. 602-618) wnieśli o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Pozwani zakwestionowali powództwo co do zasady i co do wysokości. Uzasadniając swoje stanowisko wskazali, że brak było podstaw do dokonania przez powoda wypłat na rzecz podwykonawcy albowiem powód nie wykazał aby doszło

do udzielenia w sposób skuteczny zgody na zawarcie umowy nr (...) a tym samym nie był zobowiązany do dokonania płatności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w ramach solidtarnej odpowiedzialności, gdyż:

- Inżynier Kontraktu nie był uprawniony do składania oświadczenia o zatwierdzeniu podwykonawcy w tym zgodnie z subklauzulą 3.2 (...) a tym samym nie mógł również upoważnić inżyniera rezydenta do wyrażenia takiej zgody;

- powód nie wykazał aby wraz z wnioskiem o zatwierdzenie została złożona wymagana dokumentacja techniczna, zaś sam projekt umowy nie zawierał informacji co do wynagrodzenia jakie było należne (...) Sp. z o.o.;

- powód nie wykazał aby Kierownik Projektu był umocowany do wyrażania zgody na zatwierdzenie podwykonawcy jak również aby brak reakcji Kierownika Projektu mogło być uznane za działanie powoda skutkujące zgodą wyrażoną w sposób milczący,

- powód nie wykazał aby projekt umowy nr (...) wraz z dokumentacją został przekazany Kierownikowi Projektu.

Niezależnie od powyższych zarzutów pozwani podnieśli dodatkowo, że powód nie wykazał spełnienia przesłanek roszczenia regresowego wynikających z warunków kontraktu, którymi strony Kontraktu głównego określiły w oparciu o jakie ściśle określone dokumenty Inwestor był zobowiązany do wypłaty świadczeń na rzecz podwykonawcy ograniczając jednocześnie zakres roszczeń regresowych powoda do płatności dokonanych zgodnie z regulacją zawartą w subklauzuli 4.4 lit e. (...). W ramach w/w warunków strony ustaliły, że podwykonawcy przysługuje prawo do bezpośredniej płatności gdy przedstawi faktury zaakceptowane przez Wykonawcę, która to czynność zadaniem pozwanych miała na celu dokonanie oceny faktury i uznania jej pod względem merytorycznym oraz pod względem wykonania robót i wyliczenia wynagrodzenia. Zdaniem pozwanych żadna z faktur, na podstawie których powód dokonał wypłat na rzecz podwykonawcy nie została przez pozwanego zaakceptowana a tym samym powód nie był uprawniony do zrealizowania płatności w trybie subklauzuli 4.4 a także nie jest uprawniony do dochodzenia roszczenia regresowego. Podnieśli, że większość faktur załączonych do pozwu nie została nawet podpisana przez przedstawiciela pozwanego lub została podpisana przez osoby nie umocowane do dokonania weryfikacji i akceptacji faktur wystawionych przez (...) od strony merytorycznej przy czym złożenie podpisu przez taką osobę na fakturze nie może oznaczać zaakceptowania faktury pod względem merytorycznym.

Ponadto wskazali, że roszczenie nie jest zasadne albowiem powód nie wykazał przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej wynikających z art. 471 k.c.

Również nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie, w którym płatności zostały zrealizowane tytułem zapłaty za materiał w postaci kiosków poboru opłat, które ostatecznie nie zostały zamontowane jak również, które to prace faktycznie zostały wyłączone z zakresu powierzonego Wykonawcy, a których wartość z faktury nr (...) odpowiada kwocie 15 855,25 zł netto.

W dniu 19 października 2015 r. do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego przystąpił (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L., wnosząc o uwzględnienie powództwa w całości, zasądzenie solidarnie od pozwanych na rzecz interwenienta ubocznego kosztów postępowania sądowego w tym kosztów zastępstwa. (k. 314-330)

W uzasadnieniu interwencji wskazał, iż (...) Sp. z o.o. został zatwierdzony zgodnie z warunkami kontraktu albowiem pismem z dnia 13 kwietnia 2011 r. Wykonawca przesłał do inżyniera kontraktu i Zamawiającego wzór umowy. Powołał się również na treść pisma Inżyniera Rezydenta z dnia 09 maja 2011 r., które to skutkowało ostatecznie zawarciem z nim umowy podwykonawczej. Podniósł również, że zgoda została wyrażona na skutek braku sprzeciwu lub zarzutów złożonych przez Zamawiającego.

Zwrócił uwagę na dokumenty, które potwierdzają wykonanie robót realizowanych przez interwenienta a także zapis umowy § 4 pkt. 3, wskazujący, iż wystarczające jest odebranie robót przez Inwestora do uzyskania płatności.

Ponadto Interwenient wskazał, iż w pełni uzasadnione jest również roszczenie obejmujące kwoty zatrzymane w wysokości 70% albowiem zaistniały warunki określone umową uzasadniające ich zwrot a mimo to pozwani nie zrealizowali wniosku z 25 listopada 2013r.

Z uwagi na fakt, iż należności nie zostały zapłacone przez pozwanych, interwenient zwrócił się o ich zapłatę do inwestora, który następnie w ramach solidarnej odpowiedzialności uregulował należność, powodowi przysługuje roszczenie regresowe zgodnie z art. 376 § 1 k.c. i subklauzulą 4.4 (...).

Z uwagi zatem na spełnienie przesłanek istnienia solidarnej odpowiedzialności, dokonana wypłata była w pełni zasadna.

W dalszych pismach procesowych strony podtrzymały zajęte w sprawie stanowiska.

W piśmie z dnia 12 lutego 2016 r. (k. 587-592) oraz z dnia 14 marca 2016 r. (k. 681-684) interwenient uboczny zwrócił również uwagę, iż odnośnie (...) Sp. z o.o. zaistniały warunki umożliwiające uznanie, iż zgoda została wyrażona w sposób czynny, poprzez akceptowanie tegoż podmiotu na placu budowy, w tym posiadaniu wiedzy przez powoda o zakresie powierzonych temu podmiotowi robót a także należnym wynagrodzeniu. Wskazując na powyższe powołał się na pismo z dnia 12 marca 2012 r. Inżyniera Rezydenta, do którego została dołączona lista podwykonawców. Na przedmiotowej liście interwenient został określony jako podwykonawca zgłoszony i zatwierdzony.

Powód, odnosząc się do zarzutów pozwanych, w piśmie z dnia 12 kwietnia 2016 r. (k. 731-743) podtrzymał stanowisko co do skutecznego wyrażenia zgody na podwykonawcę (...) Sp. z o.o., powołując się zarówno na stanowisko wyrażone przez inspektora oraz inżyniera rezydenta. Wskazał również, że zgoda jako warunek odpowiedzialności solidarnej stanowi wyłącznie zarzut osobisty, który przysługuje wyłącznie temu dłużnikowi, który spełnił świadczenie.

Zaznaczył również, że zgodnie z ustaloną pomiędzy stronami procedurą, dla akceptacji podwykonawcy (wyrażenia zgody) nie było wymagane przedłożenie dokumentacji technicznej, która była w posiadaniu i Zamawiającego i Wykonawcy. Powód dodał, iż postanowienia umowy podwykonawczej szczegółowo regulowały przedmiot prac zleconych odsyłając do Specyfikacji (...). Powyższe uzasadnia przyjęcie, że powód dysponował dokumentacją techniczną niezbędną do wykonania prac przez podwykonawcę. Co do kwestii informacji odnoszących się do wynagrodzenia podwykonawcy, powód wskazał, że cena jednostkowa netto oraz wartość globalna netto została wskazana w tabeli zawartej w umowie.

Ponadto wskazał, że brak jest podstaw do uzależnienia spełnienia świadczenia na rzecz podwykonawcy od zaakceptowania faktur przez wykonawcę albowiem przedmiotowy warunek jako sprzeczny z normami bezwzględnie obowiązującymi w myśl art. 647¹ § 6 k.c. nie może wyłączać ani ograniczać obowiązku wynikającego z solidarnej odpowiedzialności.

Zaprzeczył również aby był zobowiązany do wykazywania przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Podniósł, że swoje roszczenie wywodzi z zapisów art. 647¹ § 5 k.c., i odpowiednio art. 376 k.c. oraz subklauzuli 4.4 lit. e a nie z art. 471 k.c. Niezależnie od powyższego wskazał, iż powód za roboty, za które zapłacił podwykonawcy rozliczył się z pozwanym co potwierdzają (...) nr 24-26, albowiem faktury wystawione na ich podstawie zostały zapłacone bezpośrednio na rzecz pozwanych lub zgodnie z udzielonymi pełnomocnictwami bezpośrednio na rzecz podwykonawców.

Co do zarzutu braku podstaw wypłaty kwoty 15 855,25 zł powód wskazał, że pomimo ograniczenia zakresu robót wynikających z umowy głównej, pozwani nie ograniczyli zakresowo prac zleconych podwykonawcy (...) Sp. z o.o. w umowie podwykonawczej. Tym samym wobec braku ograniczenia zakresu umowy podwykonawczej, pozwani byli zobowiązani do zapłaty wynagrodzenia w pierwotnej wysokości, niezależnie od faktu wyłączenia tych prac z zakresu Kontraktu.

Pozwani w piśmie z dnia 15 grudnia 2015 r. (k. 447-462) oraz z dnia 12 maja 2016 r. (k. 838-849) podtrzymali swoje stanowisko odnośnie nie wykazania przez powoda udzielenia w sposób skuteczny zgody na zawarcie umowy nr (...) oraz wskazali, iż wbrew stanowisku powoda przysługuje im uprawnienie powoływania się na w/w zarzut.

Podnieśli, że:

- powód nie wykazał aby Kierownik Projektu otrzymał pismo z dnia 13 kwietnia 2011r.;
- z samego aktu mianowania Kierownika Projektu nie sposób ustalić jaki był zakres jego umocowania i czy obejmował wyrażanie zgody w imieniu powoda na zawieranie przez pozwanego umów z podwykonawcami;
- również takie uprawnienie nie wynika z zakresu obowiązków Kierownika Projektu;
- projekt umowy nie zawierał postanowień w przedmiocie wynagrodzenia przez co nie można było ustalić zakresu odpowiedzialności inwestora.

Dodatkowo podnieśli, że roszczenie regresowe powoda ma charakter roszczenia odszkodowawczego przy czym z pojęciem szkody nie może być utożsamiany sam fakt wypłaty należności na rzecz podwykonawcy.

Zwrócił również uwagę na fakt, że złożone przez powoda (...) nr (...) nie pozwalają na przyjęcie, iż roboty, za które zostały wystawione faktury przez podwykonawcę zostały faktycznie rozliczone w stosunkach pomiędzy powodem a pozwanymi, gdyż roboty zlecone (...) Sp. z o.o. zostały ujęte wyłącznie w (...) nr (...), które zostało wystawione za okres od 16 lipca 2012 r. do 22 października 2012 r. w sytuacji gdy podwykonawca wystawił faktury za roboty potwierdzone protokołami od lutego do kwietnia 2013 r.

Reasumując pozwani podnieśli, że powód nie wykazał, aby poniósł szkodę na skutek dokonania wypłaty na rzecz podwykonawcy kwoty w łącznej wysokości 796 433,32 zł – wypłaconej na podstawie faktur nr (...).

Zaznaczył również, że powód dokonał na rzecz podwykonawcy wypłaty wyższej kwoty niż wypłaty dokonane za roboty obejmujące kanał technologiczno-komunikacyjny w łącznej wysokości 7 168,65 zł (wynikające odpowiednio z faktur nr (...)). Z uwagi na powyższe zdaniem pozwanych powód nie wykazał, że poniósł szkodę w zakresie kwoty 803 601,97 zł.

Pozwani podtrzymali również stanowisko co do braku podstaw do wypłaty kwoty 15 855,25 zł netto, tj. kwoty za dostarczenie kiosków (...) albowiem w tym zakresie wynagrodzenie nie korzystało z ochrony z art. 647¹ § 5 k.c. Tożsame stanowisko pozwani zajęli wobec kwoty 9 561,99 zł wynikającej z faktury nr (...) z dnia 25 kwietnia 2012 r., która również stanowi wyłącznie należność za dostarczony materiał i nie stanowi wynagrodzenia za roboty budowlane.

Pozwani wnieśli również o oddalenie wniosku interwenienta ubocznego o zasądzenie kosztów.

Po modyfikacji roszczenia, pozwani podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego Skarb Państwa – G. (dalej jako (...), Inwestor) i konsorcjum firm w składzie: (...) S.A. (lider), B. a K. k.s. (partner) i B. a (...) Sp. z o.o. (dalej jako „wykonawca”, Konsorcjum (...)) zawarli w dniu 18 czerwca 2010 r. umowę, na mocy której Zamawiający powierzył a wykonawca zobowiązał się do wykonania robót polegających na „Budowie Autostrady (...) na odcinku granica województwa (...)/ (...) do węzła S. od km 230+817 do km 295+850 – Zadanie II. Odcinek 2 Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+000, węzeł S.-węzeł K.”, zwaną dalej „Umową”. Integralną część kontraktu stanowiły również: Szczególne Warunki Kontraktu, „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” – pierwsze tłumaczenie wydania FIDIC 1999, Instrukcja dla

wykonawców – tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacja projektowa i oferta wykonawcy.

Zaakceptowana kwota kontraktowa wynosiła 542 185 331,87 zł. Wszystkie roboty miały być wykonane pierwotnie w terminie do 30 kwietnia 2012 r. a ostatecznie termin ten został określony na dzień 15 października 2012 r.

W toku realizacji umowy strony zgodnie ograniczyły zakres robót podlegający wykonaniu przez Wykonawcę, które miały być zakończone ułożeniem warstwy ścieralnej trasy głównej realizowanego odcinka. W ramach robót drogowych Konsorcjum wykonawcze było zobowiązane do wykonania m.in. (...) i (...) za wyjątkiem wysp dzielących, wiat piknikowych, placów zabaw, tj. pozycji kosztorysowych o numerach K/10/15, K/10/38. Wyłączono również montaż kiosków poboru opłat, które podlegały wyłącznie przywiezieniu i złożeniu na placu budowy a także zabezpieczeniu przed działaniem warunków atmosferycznych. Z tego względu zmniejszeniu uległa wartość pozycji TER nr K/10/16. Łącznie przedmiotowy zakres robót, które zostały wyłączone opiewał na kwotę 1 378 899,58 zł netto.

Zgodnie z kosztorysem wartości wyłączonych robót zostały określone:

a/ w przypadku wysp dzielących (...) K. na kwotę 252 830,48 zł;

b/ w przypadku kiosków poboru opłat (...) K. na kwotę 56 000,98 zł;

c/ w przypadku M. K. Wschodni na kwotę 230 435 zł – wyposażenie placu zabaw, dostawa i montaż ławek parkowych i koszy na śmieci, wykonanie oświetlenia;

e/ w przypadku M. K. Zachodni na kwotę 230 435 zł;

f/ w przypadku budowy wiat piknikowych - M. K. Wschodni i K. Zachodni na kwotę 609 198,12 zł. (d: kosztorys k. 36)

Zgodnie z umową konsorcjum zawartą w dniu 19 kwietnia 2010 r. liderem Konsorcjum wykonawczego został ustanowiony (...) S.A., który był uprawniony do reprezentowania Konsorcjum przed Zamawiającym. Strony umowy konsorcjum ustaliły, że ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec Zamawiającego za realizację kontraktu. Umowa konsorcjum została zawarta na czas realizacji Kontraktu oraz dokonania rozliczenia. (d: pkt. 1 ust. 2 umowy konsorcjum z 19.04.2010r. k. 101)

W toku realizacji Umowy doszło do ogłoszenia upadłości (...) S.A. i odstąpienia przez Syndyka masy upadłości tej spółki od Umowy, wobec czego wykonawcą przedmiotowego kontraktu zostało konsorcjum firm B. a (...) Sp. z o.o., (lider) i B. a K. k.s. (partner), którzy w dniu 16 lipca 2012 r. zawarli nową umowę Konsorcjum w celu wspólnej realizacji robót umowy z dnia 18 czerwca 2010r. Liderem uprawnionym i umocowanym do reprezentowania interesów konsorcjum przed Zamawiającym została ustanowiona spółka (...) a (...) Sp. z o.o. Ponadto Lider został również umocowany do prowadzenia korespondencji zgodnie z wymogami określonymi w Kontrakcie. (d: umowa nr (...) z 18.06.2010 r. – k. 21-22, wraz z aneksem nr (...) – k. 23-23v, aneksem nr (...) – k. 24-25, aneksem nr (...) – k. 26-26v, aneksem nr (...) – k. 27-28v i załączniki – opis wyłączeń robót k. 29-41, aneks nr (...) k. 42-44v, umowa konsorcjum z 19.04.2010 r. – k. 101, umowa konsorcjum z 16.07.2012r. k. 104-109, oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez Syndyka masy upadłości (...) S.A. 13.07.2012r. k. 133-134v, ugoda zawarta przed Sądem Rejonowym dla Łodzi-Śródmieścia

w dniu 31.08.2012r. sygn. akt I Co 197/12 k. 474-479)

W celu realizacji kontraktu Wykonawca zastrzegł możliwość korzystania z podwykonawców. Zasady zatwierdzania podwykonawców strony kontraktu określiły w Subklauzuli 4.4 lit. e Szczególnych Warunków Kontraktu, którymi zmodyfikowano Warunki Kontraktu na budowę FIDIC.

W myśl powołanej subklauzuli „Wykonawca nie później niż 28 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania (...), był zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu za pośrednictwem Inżyniera projektu umowy

z Podwykonawcą, na podstawie których to dokumentów Zamawiający po otrzymaniu opinii Inżyniera podejmował decyzję

w sprawie zgody na zawarcie tejże umowy. W przypadku gdy Zamawiający w terminie 14 dni od przedłożenia mu projektu umowy z Podwykonawcą nie zgłosił na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważano, że wyraził on zgodę na zawarcie umowy. Po uzyskaniu zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z Podwykonawcą lub jeżeli Zamawiający nie zgłosił sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy w powyższym terminie, Wykonawca przed skierowaniem Podwykonawcy do wykonania (...) miał obowiązek przedłożyć Zamawiającemu zawartą umowę.

W sytuacji powierzenia realizacji robót podwykonawcy, to Wykonawca był zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą. Dopiero gdy w terminie określonym w umowie z Podwykonawcą, zatwierdzonym przez Zamawiającego, Wykonawca nie dokonał w całości lub w części zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, a Podwykonawca zwrócił się z żądaniem zapłaty tego wynagrodzenia bezpośrednio przez Zamawiającego na podstawie art. 647¹ § 5 Kodeksu cywilnego

i udokumentował zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez Wykonawcę

i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający był zobowiązany do zapłaty na rzecz Podwykonawcy kwoty będącej przedmiotem jego żądania.

Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ § 5 k.c., uzyskiwał prawo do potrącenia kwoty tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, zgodnie zapisami S. 2.5 (Roszczenia Zamawiającego).

Zgodnie z klauzulą 1.14 (...) członkowie konsorcjum, tworzący ugrupowanie dwóch lub więcej osób, ponosili odpowiedzialność solidarną przed Zamawiającym za wykonanie Kontraktu. (d: (...) subklauzula 4.4. lit. e k. 92v, subklauzula 1.14 (...) k. 55v i k. 91, zeznania świadka P. B. rozprawa 05.05.2016r. godz. 00:15:03, 00:21:37, 00:24:36, 00:31:04, 00:37:07 k. 805v-807, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 05.05.2016r. godz. 01:45:40, 01:52:55 k. 809v-810)

Zgodnie z S. 2.5 Warunków Kontraktu Zamawiający, który uważał się za uprawnionego do jakiegokolwiek płatności według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych Warunków lub z innego tytułu w związku z Kontraktem i/lub do jakiegokolwiek przedłużenia Okresu Zgłaszania Wad, miał prawo osobiście lub przez Inżyniera dać Wykonawcy powiadomienie

z odnośnymi szczegółowymi informacjami. (d: subklauzula 2.5 (...) k. 56, k. 91 (...)).

Powiadomienie powinno być przekazane tak szybko, jak to było praktycznie możliwe po tym, jak Zamawiający dowiedział się o wydarzeniu lub okoliczności dającej powód do roszczenia. W ramach przedmiotowych informacji podlegały wskazaniu Klauzula lub inna podstawa roszczenia oraz uzasadnienie kwoty i/lub przedłużenia, do którego Zamawiający uważał się za uprawnionego w związku z Kontraktem. W takiej sytuacji Inżynier postępował zgodnie z S. 3.5 [Określenia], aby uzgodnić lub określić (i) kwotę (jeśli jest), którą Zamawiający ma prawo otrzymać od Wykonawcy.

Określona kwota mogła być wprowadzona jako potrącenie do Ceny Kontraktowej

i Świadczeń Płatności przy czym Zamawiający był uprawniony do skompensowania lub dokonania potrącenia z jakiegokolwiek kwoty poświadczonej w jakimś Świadczeniu Płatności, lub do wystąpienia w inny sposób z roszczeniami w stosunku do Wykonawcy, jedynie zgodnie

z niniejszą S.". (d: subklauzula 2.5 Warunki Kontraktu na budowę (...) k. 56-56v, zmodyfikowana Szczególnymi Warunkami Kontraktu – k. 91).

Kierownikiem Projektu odnośnie realizacji w/w odcinka został P. B.. Zakres jego uprawnień – obowiązków i kompetencji – został określony w dokumencie Podręczniku (...). Do zakresu obowiązków, uprawnień Kierownika Projektu należało podejmowanie samodzielnych decyzji dotyczących realizacji inwestycji, za wyjątkiem czynności wyraźnie zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji Dyrektora Oddziału lub innych podmiotów. (d: mianowanie

Kierownika Projektu Unijnego z dnia 4.12.2009r. k. 745, zakres obowiązków uprawnień i odpowiedzialności k. 746-747, zeznania świadka P. B. rozprawa 05.05.2016r. godz. 00:31:04, 00:48:18 k. 806v-807v)

W dniu 09 maja 2011 r. B. a K. k.s. w P. i B. a (...) Sp. z o.o. zawarli z (...) Sp. z o.o. umowę nr (...), na podstawie której Wykonawca zlecił a podwykonawca zobowiązał się do kompleksowego wykonania (...) i M. w zakresie i na warunkach określonych w § 1 a mianowicie:

a/ (...) K. - budynek administracyjny, zadaszanie i obudowa agregatu, wyspy dzielące - 1 komplet – o wartości 3 643 633,00 zł;

b/ (...) K. - kioski poboru opłat - 4 sztuki i (...) K. - kanał technologiczno-komunikacyjny o wartości 883 591,00 zł;

c/ M. K. Wschodni i Zachodni – budynki toalet - 2 sztuki o wartości 1 400 000,00 zł;

d/ M. K. Wschodni i Zachodni w zakresie małej architektury - 2 komplety o wartości 383 654,00 zł;

f/ M. K. Wschodni i Zachodni - Wiaty piknikowe - 12 sztuk o wartości 534 993 zł o wartości 534 993,00 zł.

W zleconym zakresie podwykonawca był zobowiązany do zapewnienia niezbędnych materiałów, wyposażenia, urządzeń i środków sprzętowo-transportowych zgodnie z: ofertą z dnia 24 lutego 2011 r., otrzymaną Specyfikacją Techniczną i Dokumentacją Projektową, zaś szczegółowy zakres rzeczowo-finansowy zawierały Tabele (...) Rozliczeniowych /TER/ stanowiące załącznik nr 1 do umowy. (d: § 1 ust. 1 i 2 umowy k. 138)

Roboty podlegały realizacji w okresie od 09 maja 2011 r. do 31 marca 2012 r. (d: § 2 ust. 1 umowy k. 138v)

Za wykonanie przedmiotu umowy przez podwykonawcę ustalono wynagrodzenie w łącznej wysokości 6 845 871,00 zł netto, która to cena zawierała wszelkie koszty niezbędne do prawidłowego i bezusterkowego wykonania przedmiotu umowy, w szczególności robocizny, sprzętu, transportu, niezbędnych materiałów, materiałów eksploatacyjnych, mobilizacji i demobilizacji sprzętu oraz przejazdu pomiędzy obiektami. Ustalone ceny miały charakter stały. (d: § 3 ust. 1 i 2 umowy k. 138v)

Strony umowy podwykonawczej uzgodniły zasady odbioru i wystawiania faktur, zgodnie z którymi – protokół odbioru robót, obejmujący zestawienie wykonanych robót był sporządzany na 25 dzień miesiąca, do którego podwykonawca miał obowiązek dołączyć dokumentację na zastosowane materiały. Jednocześnie strony uzgodniły, iż roboty uważane będą za odebrane przez Wykonawcę, jeżeli zostaną odebrane przez Inwestora. Ponadto Wykonawca nie mógł odmówić podwykonawcy odbioru robót, jeżeli wnioskowany do zatwierdzenia zakres robót został zatwierdzony przez Inwestora. (d: § 4 ust. 1 i 3 oraz 6 umowy k. 139)

W toku realizowanych robót podwykonawca został uprawniony do wystawiania faktur przejściowych i ostatecznie faktury końcowej. Podstawę do ich sporządzenia stanowił protokół odbioru poszczególnych elementów rozliczeniowych wyszczególnionych w TER potwierdzony przez Nadzór Inwestora i Kierownika Budowy. Pozycje ujęte w protokole miały obejmować elementy wykonane w całości. Termin płatności faktur określono na 35 dni od daty wpływu faktury do siedziby Wykonawcy. (d: § 5 ust. 1, 2, 3 umowy k. 139)

Celem zabezpieczenia jakości i terminowości wykonania przedmiotu umowy, Wykonawca miał prawo zatrzymać z każdej faktury podwykonawcy 5% jej wartości brutto jako gwarancję dobrego wykonania, która podlegała zwrotowi podwykonawcy na jego pisemny wniosek:

a/ w 70% w terminie do dnia 31 lipca 2012r.

b/ w 30% w terminie do dnia 31 lipca 2017r.

Za zgodą Wykonawcy podwykonawca mógł zmienić formę zabezpieczenia, na płatną bezwarunkowo na pierwsze żądanie gwarancją bankową lub ubezpieczeniową na kwotę odpowiadającą 5% wartości wynagrodzenia umownego brutto z w/w terminami ważności.

Zwrot kaucji gwarancyjnej podlegał na pisemny wniosek podwykonawcy, zawierający oznaczenie budowy, której kaucja dotyczy oraz wykaz faktur i wartości kwot kaucji zatrzymanych z każdej faktury. Do wniosku należało dołączyć **protokół stwierdzający usunięcie wad ujawnionych w czasie odbioru końcowego w przypadku domagania się zwrotu** 70% kwoty zatrzymanej. (d: § 5 ust. 6, 7 i 8, 9 umowy k. 139-140).

Integralną częścią umowy stanowiły m.in. Tabele (...) Rozliczeniowych, Harmonogram (...), a także Ogólne Warunki Kontraktu i Szczególne Warunki Kontraktu. (d: umowa podwykonawcza k. 138-141v)

W załączniku nr 2 stanowiącym Tabelę (...) Rozliczeniowych określone zostały wartości poszczególnych elementów robót:

- a/ (...) K. - budynek administracyjny, zadaszanie i obudowa agregatu - 1 komplet o wartości 3 643 633,00 zł;
- b/ (...) K. - wyspy dzielące o wartości 358 137,00 zł;
- c/ (...) K. - kioski poboru opłat - 4 sztuki o wartości 317 305,00 zł;
- d/ (...) K. - kanał technologiczno-komunikacyjny o wartości 208 149,00 zł;
- e/ M. K.(...) – budynki toalet - 2 sztuki o wartości 1 400 000 zł;
- f/ M. K.(...)- mała architektura - 2 komplety o wartości 383 654,00 zł;
- g/ M. K.(...) - Wiaty piknikowe - 12 sztuk o wartości 534 993,00 zł.

(d: załącznik nr 1 do umowy podwykonawczej k. 142-143v)

Pismem z dnia 13 kwietnia 2011 r., tj. jeszcze przed zawarciem umowy Kierownik Budowy – J. M. - przedstawił Inżynierowi Kontraktu zgodnie z subklauzulą 4.4 (...) wzór umowy oraz kopię odpisu KRS - firmy (...) Sp. z o.o. z siedzibą

w L. na kompleksowe wykonanie obiektów kubaturowych (...) i (...). Pismo zostało doręczone Inżynierowi Kontraktu w dniu 14 kwietnia 2011 r. oraz przekazane do wiadomości Kierownikowi Projektu. Do wniosku o zatwierdzenie podwykonawcy poza projektem umowy nie zostały załączone inne dokumenty co było zgodne z praktyką stosowaną przez strony umowy głównej. Dokumentacja, wg której roboty podlegały wykonaniu była dokumentacją wykonaną przez Zamawiającego, która została przekazana podwykonawcy za pośrednictwem Wykonawcy. Podwykonawca nie wykonywał żadnej dodatkowej dokumentacji. Projekt umowy nie zawierał informacji o stawkach jednostkowych, jak również o wysokości kwoty łącznego wynagrodzenia. W dniu 18 kwietnia 2011 r. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego po zapoznaniu się z projektem umowy, oznaczył go jako „bez uwag”. Na podstawie przedstawionego projektu umowy Zamawiający uzyskał wiedzę jaki podwykonawca (podmiotowo) i w jakim zakresie (zakres rzeczowy) będzie realizował roboty na danym odcinku inwestycji. W dniu 9 maja 2011 r. Inżynier Rezydent wystosował pismo do Dyrektora Kontraktu oraz do wiadomości Kierownika Projektu informujące o zatwierdzeniu podwykonawcy. Przedmiotowe pismo zostało doręczone Kierownikowi Projektu w dniu 11 maja 2011 r. (d: pismo z dnia 13.04.2011r. znak B. a (...) k. 136, k. 293, projekt umowy i odpis KRS k. 293v-300, pismo Inżyniera Rezydenta z dnia 09.05.2011r. znak (...)/ A- (...) k. 137, zeznania świadka P. B. rozprawa 05.05.2016r. godz. 00:15:03, 00:33:16, 00:38:18 k. 805v, 806v-807, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 05.05.2016r. godz. 01:45:40, 01:47:40, 01:52:55 k. 809v-810, zeznania świadka T. Z. rozprawa 05.05.2016r. godz. 01:32:12, 01:40:00 k. 809).

W terminie 14 dni, określonym w subklauzuli 4.4 lit. e (...), Zamawiający nie zajął żadnego stanowiska, w tym nie złożył sprzeciwu ani zastrzeżeń. Z uwagi na bezskuteczny upływ terminu podwykonawca (...) Sp. z o.o. uzyskał akceptację Zamawiającego

w sposób milczący. (d: zeznania świadka P. B. – rozprawa 05.05.2016r. godz. 00:22:31, 00:24:36 00:31:04, 00:33:18 k. 806-807, zeznania świadka M. Ł. rozpraw 05.05.2016r. godz. 01:45:40, 01:52:55, k. 809v-810, zeznania świadka T. Z. rozprawa 05.05.2016r. godz. 01:25:27, 01:27:18 k. 808v, zeznania świadka J. W. (1) rozprawa 31.05.2016r. godz. 00:50:40, 01:00:48 k. 866v, zeznania świadka T. L. rozprawa 31.05.2016r. godz. 01:12:18 k. 867v).

Powód w toku realizacji kontraktu posiadał wiedzę, iż roboty w zakresie obiektów kubaturowych na (...) i M. są realizowane przez (...) Sp. z o.o., albowiem wezwał m.in. i ten podmiot oznaczony jako zgłoszony i zaakceptowany do złożenia oświadczenia czy zatrudnia dalszych podwykonawców. (d: pismo Inżyniera Rezydenta skierowane do podwykonawców z dnia 12.03.2012r. znak (...) /A- (...) k. 594, lista podwykonawców k. 595, oświadczenie z dnia 26.03.2012 r. złożone przez interwenienta ubocznego k. 596)

Po podpisaniu umowy podwykonawca (...) Sp. z o.o. rozpoczął realizację zleconych robót.

W toku wykonywania umowy, z jej zakresu rzeczowego, wyłączono montaż kiosków poboru opłat. W tej części umowa stanowiła wyłącznie dostawę. Kioski zostały dostarczone

i złożone na (...) P.. Przedmiotowe kioski nigdy nie zostały zamontowane. Pozostałe roboty zostały wykonane i odebrane. (d: zeznania świadka P. B. rozprawa 05.05.2016r. godz. 00:17:22, 00:49:27, 01:14:26 k. 806-808, zeznania świadka T. Z. rozprawa 05.05.2016r. godz. 01:18:09, 01:19:41, 01:39:07, 01:41:03 k. 808-809v, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 05.05.2016r. godz. 01:47:40, 01:54:39 k. 809v-810, zeznania świadka J. W. (1) rozprawa 31.05.2016r. godz. 00:51:34, 00:53:45 k. 866v, zeznania świadka T. L. rozprawa 31.05.2016r. godz. 01:13:47, 01:17:03, 01:22:48, 01:23:19 k. 867v-868v, zeznania świadka J. K. rozprawa 31.05.2016r. godz. 00:29:15, 00:29:45 k. 865v)

Z dniem 12 listopada 2012 r. Zamawiający potwierdził przejęcie robót I Etapu.

W zakresie obiektów M. i (...) stwierdzono brak zasilania docelowego w wodę i energię elektryczną budynków M., brak rozruchu urządzeń, brak podłączenia rur spustowych do kanalizacji deszczowej, brak ogrodzenia terenów M., oraz w zakresie obiektów (...) stwierdzono brak wykonania prac przy odwodnieniu, brak docelowego zasilania w wodę i energię elektryczną i brak ogrodzenia terenu (...). Ustalono termin usunięcia usterek do dnia 31 grudnia 2012 r. (d: Świadectwo Przejęcia (...) dla I Etapu z dnia 12.11.2012 k. 145-145v, załączniki nr 1.4 k. 154, korekta Świadectwa Przejęcia (...) dla I Etapu k. 157)

Po wykonaniu i odbiorze robót przez Wykonawcę, potwierdzeniu w wystawionym Przejściowym Świadectwie Płatności wartości robót, podwykonawca wystawiał faktury, które były przesyłane do Wykonawcy. Z wartości brutto wystawionych faktur z okresu 2011-2012 roku pozwani zatrzymywali zgodnie z postanowieniami umowy 5% wartości brutto wynikającej z każdej faktury, realizując płatności w pozostałym zakresie. Przed wykonaniem wypłaty, pozwani nie dokonywali zwrotu przesłanych faktur, w tym faktur, które zawierałyby zatwierdzenie – akceptację do wypłaty. (d: zeznania świadka J. W. (1) rozprawa 31.05.2016r. godz. 01:05:19 k. 867, zeznania świadka T. Z. rozprawa 05.05.2016r. godz. 01:22:01, 01:24:24, 01:37:02 k. 808-809, zestawienie kwot zatrzymanych k. 160, zeznania świadka T. L. rozprawa 31.05.2016r. godz. 01:14:53 k. 868)

W dniu 27 marca 2013 r. Wykonawca odebrał od podwykonawcy całość robót będących przedmiotem umowy nr (...) z dnia 09 maja 2011 r., tj. (...) K. – Budynek administracyjny i zadaszenie oraz obudowę agregatu - 100% fakturowania, (...) K. Kioski poboru opłat - 4 sztuki - bez montażu - fakturowanie - 70%, (...) K. – kanał technologiczno-komunikacyjny - 100% fakturowania, M. K. (...) - Budynki toalet - 2 sztuki - 100% fakturowania, o łącznej wartości 5 473 895,50 zł netto. Potwierdzono również, że wszystkie roboty zostały wykonane na dzień 12 października 2012 r. za wyjątkiem usterek. Okres zgłaszania wad zakończył się z dniem 22 listopada 2013 r.

W imieniu wykonawcy protokół został podpisany przez Dyrektora Kontraktu J. K.. Wykonawca potwierdził również usunięcie wszystkich usterek, które stwierdzono przy przejęciu robót na obiektach M. i (...). (d: protokół końcowego

odbioru robót z 27.03.2013r. k. 158-159, zeznania świadka T. L. rozprawa 31.05.2016r. godz. 01:16:11 k. 868, zeznania świadka J. K. rozprawa 31.05.2016r. godz. 00:45:23 k. 866v)

W dniu 31 października 2012 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 24 obejmujące okres od 01 października do 31 października 2012r., w którym nie zostały ujęte roboty, za które zapłaty domagał się podwykonawca. Wartość robót wykonawcy za w/w okres została określona przez Inżyniera na kwotę 28 546 914 zł. netto. Wykonawca w dniu 31 października 2012 roku na podstawie w/w (...) nr 24 wystawił fakturę nr (...) o wartości 33 643 459,68 zł. brutto i nr (...) o wartości 1 469 244,54 zł. brutto. Powód dokonał płatności w/w kwot na rzecz Wykonawcy w zakresie kwoty 32 054 595,39 zł. w dniu 6 listopada 2012 r. zaś co do kwoty 3 058 108,83 zł. na rzecz podwykonawcy (...) Sp. z o.o. w dniu 13 listopada 2012 r. na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu 31 października 2012 r. (d: (...) nr 24 k. 162, Tabela (...) Rozliczeniowych nr (...) k. 163-165, faktura VAT (...) k. 749, potwierdzenia płatności z 6.11.2012r. k. 769-771, potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę z dnia 13.11.2012r. k. 772, faktura VAT nr (...) k. 754, pełnomocnictwo z 31.10.2012r. udzielone przez Wykonawcę I. S. do dokonania płatności na rzecz (...) Sp. z o.o. k. 773)

W dniu 29 listopada 2012 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) obejmujące okres od 01 listopada do 30 listopada 2012r., w którym ujęto roboty zlecone podwykonawcy o wartości 927 090,04 zł netto przy czym obejmowały roboty sanitarne, elektryczne i budowlane na (...) K. – budynek administracyjny – zadanie oraz roboty budowlane na M. K. Wschodni – budynek toalet i roboty elektryczne a także roboty budowlane i elektryczne na M. K. Zachodni – Budynek Toalet. Wartość robót wykonawcy za w/w okres została określona przez Inżyniera na kwotę 19 562 573,56 zł netto. Wykonawca w dniu 29 listopada 2012 roku na podstawie w/w (...) nr (...) wystawił fakturę nr (...) o wartości 24 061 965,48 zł brutto. Powód dokonał płatności w/w kwot na rzecz Wykonawcy w zakresie należności 14 583 395,67 zł w dniu 5 grudnia 2012 r. zaś co do kwoty 9 478 569,81 zł na rzecz podwykonawcy (...) Sp. z o.o. w dniu 10 grudnia 2012 r., na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu 29 listopada 2012 r. (d: (...) nr (...) k. 166, Tabela (...) Rozliczeniowych nr (...) k. 167-169, faktura VAT (...) k. 761, potwierdzenia płatności z 5.12.2012r. k. 780-780, potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę z dnia 10.12.2012r. k. 782, pełnomocnictwo z 29.11.2012r. udzielone przez Wykonawcę I. S. do dokonania płatności na rzecz (...) Sp. z o.o. k. 783)

W dniu 10 grudnia 2012 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) obejmujące okres od 01 grudnia do 10 grudnia 2012r., w którym nie ujęto wartości robót zapłaconych przez powoda podwykonawcy. Wartość robót wykonawcy za w/w okres została określona przez Inżyniera na kwotę 16 578 283 zł. netto. Wykonawca w dniu 18 grudnia 2012 roku na podstawie w/w (...) nr (...) wystawił fakturę nr (...) o wartości 20 391 288,09 zł. brutto. Powód dokonał płatności w/w kwoty na rzecz Wykonawcy w dniu 21 grudnia 2012 r. (d: (...) nr (...) k. 170, Tabela Elementów Rozliczeniowych nr (...) k. 171-173, faktura VAT (...) k. 765, potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę z dnia 21.12.2012r. k. 778)

W dniu 29 kwietnia 2013 r. (...) Sp. z o.o. wystąpiła z wnioskiem do powoda o zapłatę należności wynikającej z faktury nr (...) z dnia 28 lutego 2013 r. wystawionej na kwotę 702 719,60 zł, przy czym z uwagi na konieczność pomniejszenia żądanej kwoty o 5% - kwotę z tytułu kaucji gwarancyjnej - wniosła o zapłatę kwoty 667 583,68 zł brutto. Przedmiotowa należność pomimo wezwania skierowanego do pozwanych nie została zapłacona. Do złożonego wniosku załączyła wymagane oświadczenia w zakresie umowy, na podstawie której roboty zostały wykonane, zrzeczenia się dochodzenia roszczeń wobec wykonawcy a także braku zaległych należności.

Przedmiotowa faktura obejmowała roboty na (...) K. - Budynek administracyjny i zadanie (...) oraz kanału technologiczno-komunikacyjnego. Faktura została odebrana przez pozwanych. (d: wniosek o zapłatę z dnia 29.04.2013r. k. 175 -176, wezwanie do zapłaty z dnia 26.04.2013r. k. 177, oświadczenia z dnia 29.04.2013r. k. 178-182, faktura nr (...) k. 182)

Wobec braku zapłaty w/w należności powód w ramach solidarnej płatności dokonał wypłaty żądanej kwoty w dniu 25 czerwca 2013 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę k.228)

W dniu 14 sierpnia 2013 r. (...) Sp. z o.o. z uwagi na kolejne zaległości wystąpiła z wnioskiem do powoda o zapłatę należności wynikającej z faktury nr (...)

z dnia 29 kwietnia 2013 r., wystawionej na kwotę 135 631,20 zł, przy czym z uwagi na konieczność pomniejszenia żądanej kwoty o 5% - kwotę z tytułu kaucji gwarancyjnej - wniosła o zapłatę kwoty 128 849,64 zł brutto. Przedmiotowa należność pomimo wezwania skierowanego do pozwanych nie została zapłacona. Do złożonego wniosku załączyła wymagane oświadczenia w zakresie umowy, na podstawie której roboty zostały wykonane, zrzeczenia się dochodzenia roszczeń wobec wykonawcy a także braku zaległych należności.

Przedmiotowa faktura obejmowała roboty na (...) K. - Budynek administracyjny i zadaszanie (...) oraz budowy agregatu i kanału technologicznego. Faktura została odebrana przez pozwanych. (d: wniosek o zapłatę z dnia 14.08.2013r. k. 183-184, wezwanie do zapłaty z dnia 16.06.2013r. k. 188, oświadczenia z dnia 14.08.2013r. k. 185-187, faktura nr (...) k. 189)

Przedmiotowa kwota została wypłacona przez Zamawiającego w dniu 11 września 2013 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku o zapłatę k. 229)

Zakres rzeczowy objęty w/w fakturami został wykonany i odebrany przy czym szczegółowo dotyczył:

a/ (...) K. - Budynek administracyjny i zadaszanie o wartości 653 313,37 zł netto - elementy dotyczące instalacji elektrycznej – wykonanie w 100% poz. TER K/10/13, elementy wentylacji i klimatyzacji – 100% - poz. TER K/10/12, instalacje wodno-kanalizacyjne - grzejniki elektryczne 80% poz. TER K/10/11, elementy wyposażenia 100% poz. TER K/10/8, elewacje

w 25%, elementy stolarki i ślusarki w 50% - narastająco do 100%, roboty wykończeniowe – 100% poz. TER K/10/4;

b/ kiosków poboru opłat o wartości 15 865,25 zł netto, która to kwota dotyczyła wyłącznie materiału;

c/ budowy kanału technologiczno-telekomunikacyjnego o wartości 10 407,45 zł netto - wykonanie w 100% - poz. TER K/10/17; co łącznie stanowiło kwotę 681 586,07 zł netto.

Przedmiotowe okoliczności potwierdzono po usunięciu usterek protokołem odbioru wykonanych robót nr (...) z zestawieniem wartości wykonanych robót z 25 kwietnia 2013 r. potwierdzonego przez przedstawiciela Wykonawcy W. P.. W tym okresie prace były finalizowane usuwaniem usterek stwierdzonych przy odbiorze. (d: protokół odbioru wykonanych robót nr 13 k. 190, zestawienie wartości wykonanych robót k. 190-190v, kosztorys ofertowy nr 10 k. 191 i k.190v do faktury nr (...), protokół odbioru robót zanikających z 21.02.2013 r. k. 192- 193v, k. 194v – 195v, protokół odbioru robót zanikających z 4.02.2013r. k. 194, obmiary robót z kwietnia 2013 r. k. 196-200, zeznania świadka J. W. (1) rozprawa 31.05.2016r. godz. 00:51:34, 00:52:39, 00:54:41, 01:04:08 k. 866v-867, zeznania świadka T. L. rozprawa 31.05.2016r. godz. 01:17:03 k. 868)

W dniu 13 sierpnia 2013 r. (...) Oddział w Ł. wystawiła Konsorcjum firm B. a (...) Sp. z o.o. notę księgową na kwotę 667 583,68 zł w związku z dokonaniem płatności na rzecz podwykonawcy (...) Sp. z o.o. zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. oraz wezwała do jej zapłaty w terminie 7 dni. (d: nota księgową nr (...) z 13.08.2013 r.- k. 232)

Wezwanie zostało doręczone w dniu 12 listopada 2013 r. (d: zpo k. 233)

W dniu 26 września 2013 r. (...) Oddział w Ł. wystawiła Konsorcjum firm B. a (...) Sp. z o.o. notę księgową na kwotę 319 187,01 zł, w związku m.in. z dokonaniem płatności na rzecz podwykonawcy (...) Sp. z o.o. kwoty 128 849,64 zł zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. i wezwała do jej zapłaty w terminie 7 dni. (d: nota księgową nr (...) z 26.09.2013 r.- k. 235).

Wezwanie zostało doręczone. (d: zpo k. 236)

W dniu 25 listopada 2013 roku (...) Sp. z o.o. wystąpiła z wnioskiem do powoda o zapłatę należności z tytułu zwrotu kwoty zatrzymanej odpowiadającej 70% zabezpieczenia, tj. w kwocie 234 227,11 zł. Przedmiotowa należność pomimo

wniosku złożonego zgodnie z postanowieniami umowy w dniu 10 września 2013 r. i wezwania skierowanego do pozwanych, nie została zapłacona. Do złożonego wniosku podwykonawca załączył wymagane oświadczenia w zakresie umowy, na podstawie której roboty zostały wykonane, zrzeczenia się dochodzenia roszczeń wobec wykonawcy a także braku zaległych należności.

Podwykonawca dołączył również faktury, na podstawie których nastąpiło zatrzymanie 5% należności kwoty brutto a mianowicie:

- a/ nr (...) na 696 673,25 zł dotyczącej robót na (...) Budynek administracyjny,
- b/ nr (...) na 46 651,81 zł dotyczącej robót w zakresie budynków toalet - M. K. Wschodni,
- c/ nr (...) na 351 787,74 zł dotyczącej robót na (...) K. – budynek administracyjny,
- d/ nr (...) na 15 299,08 zł dotyczącej robót na (...) K. - Budynek administracyjny, zadaszanie,
- e/ nr (...) na 162 174,28 zł dotyczącej budynku toalet 2 sztuki na M. K. Wschodni i Zachodni,
- f/ nr (...) na 94 191,00 zł dotyczącej robót na (...) K. - budynek administracyjny, konstrukcja, izolacje,
- g/ nr (...) na 342 395 zł dotyczącej robót na M. K. Wschodni i Zachodni - budynki toalet – 2 sztuki,
- h/ nr (...) na 211 072,64 zł dotycząca robót zadaszania na (...) K.,
- i/ nr (...) na 273 199,61 zł dotyczącej wartości materiałów, tj. za dostawę 4 sztuk kiosków poboru opłat co stanowiło 70% wartości,
- j/ nr (...) na 118 546,65 zł dotyczącej robót na M. K. - Budynki Toalet – 2 sztuki,
- k/ nr (...) na 164 167,61 zł dotyczącej robót na (...) K., zadaszanie,
- l/ nr (...) na 28 162,56 zł dotyczącej robót na (...) K. – Kanał technologiczno-komunikacyjny,
- ł/ nr (...) na 37 525,90 zł dotyczącej robót na (...) K. – zadaszanie i obudowa agregatu,
- m/ nr (...) na 71 844,51 zł dotyczącej budynków toalet - 2 sztuki na M. K.,
- n/ nr (...) na 101 963,49 zł dotyczącej robót na (...) K., zadaszanie, obudowa agregatu,
- o/ nr (...) na 159 229,13 zł dotyczącej 80% wartości materiału na wyposażenie instalacje wodno-kanalizacyjne ze stali nierdzewnej, budynku toalet M. K.,
- p/ nr (...) na 681 166,32 zł dotyczącej 80% wartości materiału: rury, konstrukcja zadaszania (...) K.,
- r/ nr (...) na 140 553,92 zł dotyczącej robót na budynku toalet M. K. (...),
- s/ nr (...) na 20 481,86 zł dotyczącej robót za (...) K. - budowa kanału technologiczno-komunikacyjnego,
- t/ nr (...) na 139 542,23 zł dotyczącej robót na (...) K. - zadaszanie budynku administracyjnego,
- w/ nr (...) na 76 748,22 zł dotyczącej robót na (...) K. – zadaszanie,
- x/ nr (...) na 91 877,31 zł dotyczącej robót na M. K. - budynki Toalet 2 sztuki,
- y/ nr (...) na 89 608,14 zł dotyczącej robót na (...) K. – budowa kanału technologiczno-komunikacyjnego,

z/ nr (...) na 48 644,42 zł dotyczącej robót na (...) K. - budowa kanału,
aa/ nr (...) na 70 357,55 zł dotyczącej robót na (...) K. - budynek administracyjny, zadaszanie,
ab/ nr (...) na 92 922,20 zł dotyczącej robót na M. (...) sztuki budynku toalet,
ac/ nr (...) na 17 921,63 zł dotyczącej robót na (...) K. - budowa kanału,
ad/ nr (...) na 166 633,77 zł dotyczącej robót na M. K. - budynki toalet 2 sztuki,
ae/ nr (...) na 386 573,33 zł dotyczącej robót na (...) K. - budynek administracyjny, zadaszanie (...),
af/ nr (...) na 83 655,52 zł dotyczącej robót na M. K. – budynki toalet 2 sztuki,
ag/ nr (...) na 245 515,90 zł dotyczącej robót - budynki toalet, 80% robót ziemnych
ah/ nr (...) na 626 765,04 zł dotyczącej robót na (...) K. - budynek administracyjny,
ai/ nr (...) na 245 515,90 zł dotyczącej 80% robót ziemnych i nr (...) na 245 515,90 zł dotyczącej korekty za roboty ziemne.

Wartość kwot zatrzymanych przez Wykonawcę w tym również z faktur nr (...) i (...) odpowiadała kwocie 334 610,16 zł, z czego 70% odpowiadała wartości 234 227,11 zł. Na wniosek powoda, pozwani potwierdzili, iż kwota 234 227,11 zł została zatrzymana zgodnie z postanowieniami umowy. (d: wniosek o zapłatę z dnia 25. (...). k. 201-202, wezwanie do zapłaty z dnia 27.09.2013r. k. 203, wniosek o zwrot kwoty zabezpieczenia 10.09.2013 r. k. 204, oświadczenia z dnia 25.11.2013r. k. 205-207, faktury k. 208-224v, pismo powoda z dnia 6.12.2013r. znak (...) /Ł- (...) .29.8.A-1/C - prośba o potwierdzenie salda, pismo B. a K. k.s. z dnia 16.12.2013r. k. 225v - potwierdzenie zatrzymania w/w kwoty)

Wobec braku płatności, po wezwaniu do uregulowania w/w kwoty, Zamawiający dokonał jej płatności w dniu 04 marca 2014 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku k. 230, skierowanie do wypłaty przez powoda k. 785, załącznik nr 1 k. 786)

W dniu 26 marca 2014 r. (...) Oddział w Ł. wystawiło Konsorcjum firm B. a (...) Sp. z o.o. notę księgową na kwotę 236 479,54 zł w związku z dokonaniem płatności m.in. na rzecz podwykonawcy (...) Sp. z o.o. zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. kwoty 234 227,11 zł z tytułu zwrotu 70% wartości kwoty zatrzymanej oraz wezwał pozwanych do zapłaty tej sumy w terminie do dnia 09 kwietnia 2014 r. (d: nota księgową nr (...) z 26.03.2014 r.- k. 247). Wezwanie zostało doręczone 30 marca 2014 r. (d: zpo k. 248)

Kwoty wynikające z not nr 82/2013 i 89/2013 nie zostały potrącone z wierzytelnościami Wykonawcy a tym samym nie doszło do ich umorzenia. (d: pismo z dnia 13.08.2013r. znak (...) /Ł F- (...) k. 245-245v)

Pismem z dnia 6 lutego 2014 r. powód na podstawie subklauzuli 2.5 i zgodnie z subklauzulą 4.4 (...) złożył pozwanemu – Konsorcjum (...) roszczenie związane z brakiem płatności na rzecz m.in. podwykonawcy (...) Sp. z o.o. za prace wykonane na kontrakcie a także za dostarczony materiał w postaci kiosków poboru opłat. Jednocześnie powód wskazał, że łączna kwota płatności zrealizowanych na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. wyniosła 36 811 507,16 zł brutto. (d: pismo powoda z dnia 6.02.2014r. znak (...) /Ł- (...) .29.8/A-1/C k. 247-249, zpo k. 238-240)

Pismem z dnia 19 lutego 2014 r. powód wskazał, że przysługuje mu względem Wykonawcy należność z tytułu wypłat dokonanych na rzecz podwykonawcy zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. w kwocie 27 379 929,83 zł, w tym objętych notami nr 82/2013 w wysokości 667 583,68 zł. i nr (...) w wysokości 319 187,01 zł i wezwał pozwanych do zapłaty w terminie 7 dni. Pismo zostało podpisane przez dwóch zastępców Dyrektora Oddziału (...) w Ł.

i skierowane do lidera Konsorcjum wykonawczego B. a (...) Sp. z o.o. Wezwanie zostało skutecznie doręczone w dniu 21 lutego 2014 r. (d: pismo (...) z 19.02.2014r. znak (...) / Ł F- (...) k. 241-243, zpo k. 244, pismo (...) z 28.03.2014r. znak (...) / (...) k. 250, zpo-251-252)

Do chwili zamknięcia rozprawy powód nie otrzymał od pozwanych należności objętych pozwem ani w ramach zapłaty ani też na skutek dokonanych potrąceń z wierzytelnościami pozwanych. (d: okoliczność bezsporna, oświadczenie o kompensacie z 16.05.2014r. k. 254, zpo k. 255-256, zestawienie dokonanych potrąceń k. 257-259)

W dniu 24 listopada 2014 r. B. a (...) Sp. z o.o. zmieniła nazwę na Drogi i (...) Sp. z o.o. (okoliczność bezsporna).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów złożonych do akt sprawy, których autentyczność ani wiarygodność nie była kwestionowana przez żadną ze stron. Podkreślić należy, iż wszystkie dokumenty miały charakter dokumentów prywatnych niemniej jednak wobec braku podstaw do kwestionowania ich mocy dowodowej, w ocenie Sądu pozwoliły na ustalenie okoliczności, które miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy tym bardziej, iż były one sporządzone wg wzorów stosowanych czy to w relacjach pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą czy pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą. Do takich dokumentów należał m.in. Protokół końcowego odbioru robót, Protokół odbioru robót nr 13 z dnia 25 kwietnia 2013 r., Zestawienie wartości wykonanych robót, Kosztorys ofertowy nr 10, Protokoły odbioru robót zanikających, obmiary robót, pisma kierowane w trybie subklauzul kontraktowych czy umowa podwykonawcza zawarta w celu powierzenia wykonania określonego zakresu robót.

Wskazać również należy, iż dokumenty dotyczące ilości robót wykonanych przez (...) Sp. z o.o., które zostały złożone do akt sprawy, jak wskazał świadek T. L., były wystarczające do ustalenia zarówno rodzaju wykonanych i odebranych robót, ich ilości ale również i do określenia ich wartości. Ostatecznie kwota ujęta na fakturze była wartością uznaną i uprzednio zweryfikowaną przez Wykonawcę co następowało poprzez określenie wartości w zestawieniu wartości wykonanych robót, potwierdzonym, jak w przypadku protokołu odbioru wykonanych robót nr 13, przez W. P. – kierownika robót, będącego jednocześnie zgodnie z umową podwykonawcą, osobę odpowiedzialną za kontakty z podwykonawcą z ramienia (...). Status w/w osoby potwierdził również świadek T. L..

Wiarygodności w/w dokumentów a także tożsamości robót rozliczonych pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym a także zgłoszonych w ramach bezpośredniej płatności nie podważa również fakt, iż roboty, za które wystawiono faktury nr (...) zostały potwierdzone jako wykonane dopiero w kwietniu 2013 r. w sytuacji gdy w realizacji pomiędzy powodem a pozwanymi zostały ujęte w (...) nr 25 wystawionym do daty 30 listopada 2011 r. Powyższe wynika nie tylko z zeznań świadka T. L., który wskazał, że rozliczenie pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą było czasowo przesunięte w stosunku do rozliczenia Wykonawcy z Zamawiającym ale również z faktu, iż rozliczenie z podwykonawcą w pełnym zakresie nastąpiło dopiero gdy ten usunął usterki, przy czym same roboty zostały wykonane do listopada 2012 r.

Sąd za podstawę ustaleń przyjął również zeznania świadków P. B., M. Ł., J. W. (2), T. Z., a także T. L., którym jako spójnym, logicznym i rzeczowym przyznał walor wiarygodności. Podkreślić wypada, iż zeznania w/w świadków stanowiły wyłącznie uzupełnienie okoliczności wynikających z dokumentów, przy czym pozwoliły na ustalenie praktyki stosowanej w czasie realizacji kontraktu w tym jaki zakres kompetencji Kierownika Projektu był akceptowany i uznawany przez strony Kontraktu a także, jakie znaczenie uczestnicy procesu budowlanego nadawały poszczególnym dokumentom

i wystawienie których z nich było równoznaczne z potwierdzeniem wykonania, zakresu robót, odbioru i ich wartości. Wskazać należy, również, że zeznania świadków P. B. czy M. Ł. ograniczały się zasadniczo do ogólnych zasad stosowanych, przestrzeganych w czasie realizacji kontraktu, ale jednocześnie potwierdzały, że podwykonawca (...) Sp. z o.o. był im znany. Pamiętali ponadto zakres robót jaki został jemu powierzony. Podkreślić również wypada, że procedury określone subklauzulami m.in. dotyczącymi zatwierdzania podwykonawców - 4.4 (...) czy uprawnień Inżyniera Kontraktu - 3.1 (...) w zakresie opiniowania przedstawionego wniosku o zatwierdzenie podwykonawcy - zostały potwierdzone zeznaniami świadków, którzy jak m.in. M. Ł. wskazali, iż

„w czasie realizacji kontraktu przyjmowano, że prawo akceptacji podwykonawcy należy do Kierownika Projektu”. Tak była postrzegana i oceniana przedmiotowa funkcja. Powyższe zasadniczo potwierdza również świadek P. B. – który pełnił funkcję kierownika projektu na trzech odcinkach inwestycji Autostrady (...) - przyznając, że Inżynier Kontraktu był wyłącznie uprawniony do opiniowania wniosków, ale jednocześnie gdy Kierownikowi Projektu przekazywane było pismo o treści jaką zawierał dokument z dnia 9 maja 2011 r., podpisany przez Inżyniera Rezydenta – M. Ł., to on już nie sporządzał kolejnego pisma, nie negocjował wyrażonego stanowiska. Również wielokrotnie potwierdzał, że poprzez milczenie byli akceptowani podwykonawcy, a ta okoliczność była sprawdzana, weryfikowana na podstawie dokumentów posiadanych przez powoda przed dokonaniem wypłaty w ramach solidarnej odpowiedzialności.

Zakres uprawnień Kierownika projektu, w tym dotyczący postrzegania w/w jako osoby „decyzyjnej” odnośnie zatwierdzania podwykonawców, w tym uznawania za wyrażenie w sposób milczący akceptacji danego podwykonawcy, w przypadku braku jego reakcji po przekazaniu projektu umowy, potwierdził świadek T. L., który w okresie trwania kontraktu występował z ramienia wykonawcy. Zwrócić zatem należy uwagę, iż zeznania w/w świadków w sposób jednoznaczny, kompatybilny a przy tym znajdujący potwierdzenie również w dokumentach kontraktowych pozwalały na ustalenie nie tylko procedur obowiązujących strony ale również ostatecznie uzgodnionej, stosowanej i akceptowanej praktyki czy zwyczaju.

Oceniając wiarygodność zeznań w/w osób nie sposób pominąć faktu, iż ani P. B. ani M. Ł. w chwili obecnej nie są już związani ze stroną powodową, zaś T. L., to świadek, który swoje obowiązki realizował z ramienia Generalnego Wykonawcy. Tym samym w/w osoby nie tylko nie reprezentowały interesów jednej strony ale co istotne żadna z nich nie była już nawet zainteresowana pozytywnym rozstrzygnięciem sprawy dla którejkolwiek ze stron. Dodać także wypada, iż nawet sam P. B. – nie usurpował sobie uprawnień należących do Dyrekcji Oddziału dotyczących zatwierdzenia podwykonawcy, niemniej jednak wyrażanego przez niego stanowiska w tym zakresie, czy też uznawania, iż przedstawianie jemu umowy podwykonawczej odpowiada pozyskaniu wiedzy o istotnych postanowieniach umowy podwykonawczej przez Inwestora, jest wystarczające, nie było ostatecznie kwestionowane przez Dyrekcję Oddziału ani też przez Wykonawcę.

W ocenie Sądu również zeznania świadków J. W. (1) czy T. Z. w całości zasługują na wiarę. Są one nie tylko rzeczowe i logiczne ale co istotne pozostają kompatybilne ze złożonymi dokumentami. Zaznaczyć również wypada, iż pomimo, że są to osoby, które były lub są uprawnione do działania w imieniu interwenienta ubocznego -podwykonawcy, to niemniej jednak w ocenie Sądu nie sposób odmówić im obiektywizmu, tym bardziej, iż ich wiedza w zakresie przedstawionych faktów wynika albo z uczestnictwa w czynnościach podejmowanych odnośnie realizacji umowy podwykonawczej lub też z dokumentów dotyczących w/w umowy.

Na podkreślenie, również zasługuje fakt, że w/w osoby w sposób zgodny wskazują na charakter czynności dotyczących Kiosków Poboru Opłat, co do których przyznają, iż w tym zakresie była to tylko dostawa, nie doszło do montażu kiosków lecz wyłącznie do ich zakupu, złożenia i zabezpieczenia na (...) P..

Powyższe pozostaje w całości kompatybilne z dokumentami odbiorowymi i umożliwiającymi fakturowanie wartości zrealizowanych prac, z których wprost wynika akceptacja tylko w 70% wartości za dany zakres.

Ponadto nie sposób odmówić wiarygodności zeznaniom T. Z. w zakresie sposobu wystawiania faktur, doręczania faktur pozwanym a także wymagania pod względem rodzaju i zakresu dokumentów jakie podwykonawca musiał spełnić aby był uprawniony do sporządzenia dokumentu stanowiącego podstawę do płatności. Co również istotne żadna z w/w osób, tj. ani T. Z. ani też J. W. (1), nie spotkała się ze zwrotem zaakceptowanej faktury, tj. aby po zatwierdzeniu były im przesyłane ponownie. Taka też informacja jest zgodna z warunkami umowy podwykonawczej, z której wynika jedynie obowiązek złożenia faktur w biurze budowy a także z wymogami jakie należało spełnić aby w ogóle wystawić taką fakturę. Skoro bowiem akceptacją wykonanych i odebranych robót oraz ich wartości były protokoły odbioru poszczególnych elementów rozliczeniowych wyszczególnionych w TER, podlegający potwierdzeniu

przez nadzór Zamawiającego i Kierownika Budowy – a sama faktura odzwierciedlała tylko zawarte w nich dane, to tym samym, w ocenie Sądu, dla uznania zasadności (prawidłowości wyliczenia) należności objętej fakturą nie było nie tylko zasadne ale i nawet konieczne oczekiwanie przez wykonawcę na zatwierdzenie faktury. W świetle powyżej przedstawionych zasad było to działanie niemające żadnego uzasadnienia tym bardziej, że Wykonawca nigdy sam nie zwracał podwykonawcy faktur z oznaczeniem „zaakceptowane” – „zatwierdzone”.

W/w świadkowie w sposób pewny i jednoznaczny powoływali się również na fakt występowania (...) Sp. z o.o. jako zatwierdzonego podwykonawcy. Przedmiotowe twierdzenia nie pozostają przy tym gołosłowne albowiem jak sami przyznali, zawsze dbali

o uzyskanie takiego zatwierdzenia a ponadto powyższe twierdzenie potwierdzało oświadczenie złożone przez T. Z. w dniu 26 marca 2012 r. wymagane przez Zamawiającego od podwykonawców zgłoszonych i zatwierdzonych. (k. 685-686)

Oceniając natomiast zeznania świadka J. K., Sąd również nie znalazł podstaw do kwestionowania ich prawdziwości, czy podważenia ich wiarygodności. Zwrócić należy uwagę na fakt, iż świadek, który od lipca 2012 r. był Kierownikiem Budowy potwierdził fakt wykonania robót powierzonych (...) Sp. z o.o. a także wskazał na ograniczenia zakresu tych robót. Sąd nie zakwestionował także przedstawionego przez w/w świadka sposobu akceptacji faktur podwykonawczych. Zaznaczyć jednak należy, iż, co przyznał sam świadek, przedmiotowa akceptacja miała charakter księgowy i była dokonywana przed zleceniem wypłaty. O przedmiotowej akceptacji nie był informowany podwykonawca jak również z taką akceptacją czy też bez niej, faktury nie były zwracane danemu podwykonawcy. Co istotne weryfikacja, na którą powołuje się świadek, nie została określona i nie wynikała z postanowień umowy podwykonawczej nr (...). Tym samym nie sposób było uznać takiego wymogu ani jako warunku wypłaty należności przysługujących podwykonawcy w relacjach wykonawca – podwykonawca ani też czynić z tego warunek realizacji solidarnej płatności przez Inwestora.

W ocenie Sądu nie istniała natomiast podstawa do pominięcia zgodnie z art. 207 § 6 k.p.c. dowodów z dokumentów załączonych przez powoda do pisma z dnia 12 kwietnia 2016r. albowiem ich przeprowadzenie nie przyczyniło się do przedłużenia postępowania jak również wobec zakreślenia stronie pozwanej terminu na złożenie pisma przygotowawczego nie ulegało wątpliwości, że strona pozwana mogła się z nimi zapoznać i zająć odnośnie tych dokumentów stanowisko. Zaznaczyć przy tym należy, iż konieczność złożenia tych dokumentów pojawiła się również na skutek zarzutów podniesionych przez pozwanego wskazujących na kwestie dotyczące nie wykazania istnienia szkody, z którymi to przesłankami pozwani utożsamiali roszczenie dochodzone przez powoda a także nie zatwierdzenia podwykonawcy powołując się na brak uprawnień do podejmowania takiej decyzji zarówno przez Kierownika Projektu jak

i Inżyniera Rezydenta.

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad zasługiwało na uwzględnienie prawie w całości, tj. w takim zakresie w jaki dochodzona kwota odpowiadała wyłącznie robotom budowlanym wykonanym i odebranych przez Zamawiającego. Sąd nie znalazł natomiast podstaw do uwzględnienia roszczenia co do kwot, które stanowiły tylko i wyłącznie wartość materiału – wartość kiosków poboru opłat – dostarczonych co prawda i złożonych na (...) P., niemniej jednak, które nigdy nie stały się częścią Autostrady (...).

Z tych względów Sąd nie znalazł podstawy do uwzględnienia roszczenia w wysokości 18 526,86 w zakresie kwoty wypłaconej przez powoda na podstawie faktury nr (...) objętej notą 89/2013 odpowiadającą wartości materiału oraz w zakresie kwoty 682,57 zł co odpowiadało 70% kwoty zatrzymanej z faktury nr (...) i kwoty 9 561,99 zł co odpowiadało 70% kwoty zatrzymanej z faktury nr (...), tj. łącznie 10 244,56 zł, która również stanowiła wyłącznie wartość materiału – kiosku poboru opłat.

Przechodząc do oceny roszczenia zaznaczyć wypada, iż zostało ono określone ostatecznie w piśmie z dnia 18 maja 2016 r., w którym powód doprecyzował, iż od kwot wypłaconych tytułem spełnienia świadczenia wynikającego z

faktur nr (...) domaga się odsetek od dnia 1 marca 2014 r. zaś od kwoty wypłaconej wobec spełnienia warunków do zwrotu kwot zatrzymanych w wysokości 70% z 5% wartości brutto każdej z faktur od dnia 10 kwietnia 2014 r. (k. 852-854) Przedmiotowe pismo zawierające modyfikację roszczenia zostało doręczone pozwanym oraz interwenientowi ubocznemu, przy czym jak wskazał pełn. pozwanego na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. pozwani zrezygnowali z zajęcia stanowiska na piśmie.

W toku postępowania bezsporne były zarówno kwestie dotyczące: - zawarcia pomiędzy stronami umowy nr (...) w dniu 18 czerwca 2010 r., - realizacji, w tym wydania Wykonawcy Świadczenia Przejęcia (...) dla I Etapu z dniem 12 listopada 2012 r., - czy zawarcia i realizacji przez (...) Sp. z o.o. umowy podwykonawczej nr (...) na rzecz Konsorcjum (...), w skład którego wchodziły już tylko spółki (...) a (...) Sp. z o.o. i B. a K. k.s. P.. Ponadto za wykazane i niekwestionowane należało uznać dokonanie wypłat na rzecz (...) Sp. z o.o. przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Inwestora – kwoty 1 030 660,43 zł za: faktury nr (...) % kwoty zatrzymanej ze wszystkich faktur wystawionych przez podwykonawcę w ramach realizacji umowy podwykonawczej zawartej odnośnie wykonania obiektów kubaturowych (...) i M. Kontraktu Głównego w okresie od maja 2011 r. do kwietnia 2013 r.

Już w tym miejscu wskazać wypada, iż pomimo nie kwestionowania, wykazania faktu wypłaty należności, o które zwrócił się podwykonawca, przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu była po pierwsze okoliczność czy powód zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. był zobowiązany do dokonania zapłaty w/w kwoty i to nie tylko z uwagi na kwestionowanie istnienia zgody Inwestora na w/w podwykonawcę ale również wobec podważania podstawy do dokonania wypłaty należności odpowiadającej wyłącznie wartości za materiał a także czy po stronie powoda powstało uprawnienie do dochodzenia roszczenia regresowego wobec Wykonawcy, który był stroną w/w umowy podwykonawczej i na którym to w pierwszej kolejności spoczywał obowiązek spełnienia takiego świadczenia.

Przechodząc do oceny przesłanek odpowiedzialności Inwestora wskazać należy, że zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialności za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Odpowiedzialność inwestora jest odpowiedzialnością ex lege za cudzy dług. Warunkiem odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia jest wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą (art. 647¹ § 2 k.c.).

Umowa z podwykonawcą spełnia warunki umowy podwykonawczej w rozumieniu art. 647¹ § 1 k.c., jeżeli prace zrealizowane przez podwykonawcę prowadzić będą do wykonania danego obiektu, stanowiąc część składową finalnego rezultatu, to jest gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem świadczenia wykonawcy wobec inwestora w ramach umowy o roboty budowlane, przy czym w sensie prawnym umowa taka może zostać zakwalifikowana także jako umowa o dzieło. (orz. SN z 17.10.2008 r., I CSK 106/08, Biul. SN z 2009 r. nr 3 poz. 9, Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 25.04.2014 r., I ACa 244/14, Lex nr 1563514, Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 03.07.2014 r., I ACa 242/14, Lex nr 1509109).

Doprecyzowując powyższe podkreślić wypada, iż tylko wtedy, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy wchodzi w skład obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane, można usprawiedliwić nałożenie na inwestora obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, połączonego węzłem solidarności z obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez wykonawcę.

Aby więc podwykonawca skorzystał z dobrodziejstwa solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy, rezultat jego prac musi składać się ostatecznie na dany obiekt. Oznacza to, że efekt prac podwykonawcy musi zostać wbudowany w ten obiekt, stać się jego elementem. Warunki takie spełnia zatem zakres robót, który polega na dostawie materiału i jego montażu, wbudowaniu, co oznacza, iż efekt prac podwykonawcy musi pozostać na placu budowy.

W tym miejscu zwrócić również należy uwagę na fakt, że Inwestor odpowiada wyłączenie za wynagrodzenie stanowiące wartości robót wykonanych i odebranych. W takim też zakresie zasadniczo podlegają badaniu żądania zgłaszane przez podwykonawcę, który domaga się zapłaty w ramach solidarnej odpowiedzialności.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać przede wszystkim należy, iż umowa zawarta pomiędzy Konsorcjum (...) a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w L. miała ostatecznie charakter mieszany, tj. umowy o roboty budowlane i umowy dostawy. Na powyższe niewątpliwie wpłynął fakt, iż na skutek ugody zawartej pomiędzy Generalnym Wykonawcą a Zamawiającym w dniu 31 sierpnia 2012 r. przed Sądem Rejonowym dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (sygn. akt I Co 197/12), co następnie znalazło odzwierciedlenie w aneksie nr (...) z dnia 3 września 2012 r. do umowy nr (...), doszło do ograniczenia zakresu robót pierwotnie określonego w/w umową m.in. o prace dotyczące montażu kiosków poboru opłat.

W tej sytuacji sam Wykonawca był już zobowiązany wyłącznie do przywiezienia (dostawy) materiału (rzeczy) w postaci kiosków poboru opłat w ilości 4 sztuk i złożenia ich na (...) P.. Powyższe związane było również ze zmniejszeniem wysokości wynagrodzenia

w pozycji TER nr K/10/16. Ograniczenie zakresu prac wyłącznie do przywiezienia i złożenia w/w materiałów miało bezpośrednie przełożenie na zakres przedmiotu umowy podwykonawczej zawartej w dniu 9 maja 2011r. Faktem jest, iż w ramach w/w stosunku umownego nie doszło do zmiany umowy podwykonawczej na piśmie nie mniej jednak zakres realizacji w oparciu o w/w umowę uległ faktycznie modyfikacji. Przedmiotowa pozycja nie została bowiem już wykonana, a jak przyznał T. Z. czy J. W. (1), świadczenie podwykonawcy zostały ograniczone wyłącznie do dostawy w/w materiału. Poprzez czynności faktyczne podwykonawca, co do kiosków poboru opłat, poprzestał wyłącznie na ich dostawie i złożeniu na placu budowy. Tym samym podwykonawca nie wykonał pozycji oznaczonej jako TER K/01/16 - czyli montażu.

Faktem jest, iż pozycja wynagrodzenia przewidziana za kioski poboru opłat, jak wynika z załącznika nr 1 (k. 142) do umowy, co również potwierdził J. K. (k. 866), odpowiadała wartości materiału i montażu, nie mniej jednak została ona ostatecznie zrealizowana tylko co do wartości materiału. W toku postępowania w oparciu o jednoznaczne, spójne zeznania wszystkich świadków Sąd ustalił również, że przedmiotowe elementy zrealizowane ostatecznie jako dostawa nie zostały wbudowane nie tylko przez tegoż podwykonawcę ale w ogóle również w ramach kontynuacji tej inwestycji nie stały się one elementem Autostrady. T. Z. podkreślił, iż nie można było zamontować bo nie było infrastruktury wymaganej do ich zabudowy. Również P. B. wskazał, że na (...) K., na którym miały być zamontowane, faktycznie nigdy nie zostały wbudowane, a tym samym Zamawiający zapłacił wyłącznie za materiał ok. 80% całej wartości kosztorysowej. (k. 807v)

Podsumowując powyższe podkreślić wypada, iż z uwagi wyłącznie na złożenie i przywiezienie kiosków poboru opłat (bez montażu-protokół końcowego odbioru robót z 27.03.2013r. k. 158), powyższe czynności nie stanowiły robót budowlanych a tym samym już z tego powodu Skarb Państwa nie mógł za te elementy odpowiadać solidarnie. Nie odpowiadały one bowiem wypracowanemu/ukształtowanemu w orzecznictwie pojęciu robót budowlanych, stworzonemu przez ustawodawcę dla potrzeb ustawowej odpowiedzialności z art. 647¹ k.c.

Jak wynika z dokumentów złożonych do akt sprawy wartość materiałów w postaci kiosków poboru opłat została uwzględniona w fakturze nr (...) i odpowiadała kwocie netto 15 865,25 zł netto (k. 190v, k. 189 faktura) a także w ramach kwot zatrzymanych została złożona faktura nr (...) o wartości 273 199,61 zł wynikającej z dostawy 4 sztuk kiosków poboru opłat, z której to w ramach niniejszego postępowania została ujęta wyłącznie kwota 9 561,99 zł brutto.

W ocenie Sądu, należności wypłacone przez powoda podwykonawcy (...) Sp. z o.o., w pozostałym zakresie odpowiadały wartości – wynagrodzeniu za roboty budowlane wykonane i odebrane, które przysługiwało i zostało wyliczone zgodnie z postanowieniami umowy numer (...). Osiągnięty bowiem efekt - odpowiednio w postaci wykonania budynku administracyjnego i zadaszenia na (...) K., kanału technologiczno-komunikacyjnego (f. (...) i (...)) a w ramach kwot zatrzymanych – odpowiednio w postaci zadaszenia, obudowy agregatu, budynku toalet

czy budynku administracyjnego na (...) i M. - stanowił element całej inwestycji realizowanej na podstawie umowy zawartej pomiędzy stronami niniejszego postępowania.

Jak już wskazano powyżej, w tym zakresie, fakt wykonania robót budowlanych oraz kwalifikowania ich jako roboty budowlane, stanowiło okoliczności niesporne a tym samym należało uznać je za przyznane. Dodać jedynie wypada, iż dla ich realizacji wymagana była dokumentacja projektowa, którą, jak wynika również z samej umowy a także zeznań świadka T. Z., Wykonawca przekazał podwykonawcy. Co istotne nie była to dokumentacja tworzona przez podwykonawcę lecz pochodziła od Zamawiającego, który nią dysponował a także znał jej treść lub też mógł się z nią w każdej chwili zapoznać.

Ponadto w ocenie Sądu za bezsporne należało również przyjąć okoliczności dotyczące wykonania przez (...) Sp. z o.o. zakresu robót zleconych umową nr (...) o wartości, na które zostały wystawione faktury, tj. nr (...) z dnia 28 lutego 2013 r, nr (...) z dnia 25 kwietnia 2013 r. po pomniejszeniu o wartość materiału – kiosków poboru opłat oraz o wartościach wskazanych w fakturach ujętych w zestawieniu kwot zatrzymanych (k. 160, faktury k. 208-211v, 212v-224v) za wyjątkiem faktury nr (...) z 25 kwietnia 2012 r. (k. 212). Co do robót, za które wystawione zostały faktury zapłacone w 95% przez Wykonawcę uznać należało, iż już sam fakt spełnienia w w/w zakresie zobowiązania pieniężnego zgodnie

z postanowieniami umowy, skutkuje uznaniem, że podwykonawca przedstawił i uzyskał od Wykonawcy dokumenty niezbędne do sporządzenia faktur, w tym protokoły odbioru poszczególnych elementów rozliczeniowych. Co do robót ujętych w fakturze nr (...), fakt ich wykonania i odebrania a także ich jakość została potwierdzona przez Wykonawcę w ramach: Protokołu odbioru wykonanych robót nr 13 z 25.04.2013r., zestawienia wartości a także w pozostałych dokumentach jak protokołach robót zanikających czy dokumentach potwierdzających obmiar robót. Zwrócić przy tym należy uwagę, iż protokoły odbioru robót zanikających zostały podpisane przez przedstawiciela Wykonawcy w tym przypadku W. P. ale również i przez przedstawicieli nadzoru inwestorskiego. Co również istotne, ostateczne ilości robót a także dostaw zostały określone w Protokole końcowego odbioru robót z dnia 27 marca 2013 r. (158-159). W/w dokument w imieniu Wykonawcy został podpisany przez J. K., pełniącego wówczas funkcję Dyrektora Kontraktu, tj. osobę, która bezspornie była uprawniona do składania takich oświadczeń w imieniu Wykonawcy. Ponadto J. K. składając zeznania w charakterze świadka na rozprawie w dniu 31 czerwca 2016 r., nie tylko nie kwestionował faktu wykonania, zakresu, rodzaju i ilości robót zleconych (...) Sp. z o.o. ale sam potwierdził informacje zwarte w w/w protokole.

Przedmiotowe dokumenty odpowiadały również dokumentom określonymi w § 4 i 5 umowy podwykonawczej, których wystawienie było równoznaczne z potwierdzeniem wykonania, odbioru i wartość wykonanych robót. Realizację robót powierzonych na podstawie przedmiotowych umów potwierdzili również świadkowie P. B., M. Ł., T. Z. czy J. W. (1) – członek zarządu (...) Sp. z o.o.

Dodać także wypada, że zakres zrealizowanych robót objęty fakturami nr (...) i (...), tj. roboty dotyczące budynku administracyjnego i zadaszania na (...) K. oraz budowy kanału technologiczno-komunikacyjnego zostały również ujęte w (...) nr 25, w którym w okresie rozliczeniowym zakończonym na dzień 30 listopada 2012 r. określono ich wartość na 862 109,08 zł netto zaś w całym okresie rozliczeniowym na 3 127 115,08 zł netto. (k. 168) Wbrew stanowisku pozwanych brak jest podstaw do kwestionowania, iż zakres robót ujęty w/w fakturami oraz określony w (...) nr 25 (w tym w wartości narastająco od początku realizacji kontraktu) nie odpowiada zakresowi robót rozliczonych przez podwykonawcę dopiero w kwietniu 2013 r. Oceniając przedmiotowy element należało mieć bowiem na uwadze sposób rozliczeń dokonywanych pomiędzy pozwanymi a podwykonawcą oraz, na co wskazał świadek T. L., przesunięcie czasu, które występowało w rozliczeniach pomiędzy pozwanymi a (...) Sp. z o.o. oraz pomiędzy stronami niniejszego postępowania. Ponadto rozliczenie z w/w elementów na linii podwykonawca – wykonawca generalny nastąpiło dopiero w pełnym zakresie po usunięciu usterek przez (...) Sp. z o.o., które zostały określone przy wydaniu świadectwa przejścia robót I etapu.

Nie ulegało również wątpliwości, że należności zgłoszone przez (...).

z o.o. we wnioskach o solidarną płatność zostały, co najmniej pod kątem ilości robót zweryfikowane przez służby zamawiającego zaś co do wartości odpowiadały one ostatecznie iloczynowi procentowego wykonania robót z danej pozycji TER i ceny ryczałtowej określonej za ten zakres przez podwykonawcę.

Faktem jest również, iż ani należności wynikające z faktur nr (...) ani też kwoty zatrzymane zgodnie z § 5 ust. 6 umowy, w wysokości potwierdzonej przez samego pozwanego w piśmie z dnia 16 grudnia 2013 r., nie zostały zapłacone przez Generalnego Wykonawcę pomimo, iż to na nim w pierwszej kolejności spoczywał obowiązek zaspokojenia takich zobowiązań zgodnie z subklauzulą 4.4 lit. e (...) i do niego w pierwszej kolejności były kierowane wezwania do zapłaty odpowiednio w dniach 26 kwietnia 2013r., 26 czerwca 2013 r. czy 27 września 2013 r.

W tym miejscu dodać również należy, że z uwagi na upływ terminów płatności wskazanych na w/w fakturach, a określonych zgodnie z § 5 ust. 3 w/w umowy podwykonawczej, wierzytelności zgłoszone powodowi, i przez niego uregulowane były już wymagalne.

Ponadto zasadne i wymagalne były należności odpowiadające 70% z 5% wartości brutto faktury, które zostały zatrzymane zgodnie z § 5 ust. 6 umowy. Jak wynika bowiem z § 5 ust. 7 lit. a) umowy warunkiem domagania się ich wypłaty było przedstawienie zestawienia faktur wraz z kopią protokołu stwierdzającego usunięcie wad ujawnionych w czasie odbioru końcowego. Powyższe dokumenty zostały zarówno sporządzone jak i złożone wraz z wezwaniem wykonawcy do zapłaty wymagalnej kwoty, która w całości została potwierdzona przez Generalnego Wykonawcę. Wobec zatem spełnienia przesłanek z § 5 ust. 5 i 7 lit. a umowy, nie ulegało wątpliwości, iż również w tym zakresie roszczenie było wymagalne.

Dodać wypada, że kwoty zatrzymane z faktur wystawionych na wartość robót budowlanych wykonanych i odebranych (a nie na wartość materiałów) stanowiły w dalszym ciągu wynagrodzenie, co do którego zgodnie z zapisami umowy uległ odroczeniu tylko termin ich płatności. Fakt zatrzymania należności, w warunkach określonych w umowie podwykonawczej z dnia 9 maja 2011 r., nie zmieniał charakter tego świadczenia, albowiem pomiędzy stronami stosunku umownego przez fakt wstrzymania wypłat nie dochodziło do umorzenia tych należności.

Podsumowując powyższe Sąd uznał, iż roboty, za wykonanie których (...) Sp. z o.o. zgłosił roszczenia w ramach solidarnej odpowiedzialności za wyjątkiem wartości odpowiadających kwocie materiału w postaci kiksów poboru opłat, zostały zrealizowane na podstawie umowy o roboty budowlane sporządzonej na piśmie i odpowiadały robotom budowlanym wykonanym na kontrakcie pn. Budowa Autostrady (...) na odcinku granica województwa (...)/ (...) do węzła S. od km 230+817 do km 295+850 – zadanie II (...) Sekcja 1 od km 145+800 do km 261+000 węzeł S. – węzeł K.. Uznane wartości (przedstawione już powyżej) dotyczyły bezspornie robót wykonanych, których ilość, jakość i odbiór została potwierdzona stosowanymi dokumentami a ostatecznie stwierdzone zostały fakturami doręczonymi Generalnemu Wykonawcy na adres siedziby Lidera co najmniej wraz z kierowanymi wezwaniem do zapłaty, które ostatecznie nie zostały zapłacone przez Wykonawcę.

Zaznaczyć przy tym należy, że pozwani nie kwestionowali faktu nie spełnienia przez nich obowiązku zapłaty (zeznania świadka J. K.). Pozwani nie podnosili również aby w jakikolwiek inny sposób doszło pomiędzy Wykonawcą a w/w podwykonawcą do rozliczenia należności jak również aby nastąpiło jej umorzenie.

Wobec braku płatności przez Wykonawcę zgodnie z postanowieniami umowy nr (...) Sp. z o.o. zgłosił przedmiotowe wierzytelności do zaspokojenia przez Inwestora, który jak już wskazano zobowiązany jest do spełnienia świadczenia na rzecz podwykonawcy w przypadku zaistnienia warunków określonych w art. 647¹ § 2 i 5 k.c.

Warunkiem odpowiedzialności Zamawiającego w przypadku odpowiedzialności kreowanej art. 647¹ § 5 k.c., będącej odpowiedzialnością gwarancyjną, istniejącą wówczas gdy istnieje odpowiedzialność Wykonawcy, jest wyrażenie przez Inwestora zgody na zawarcie umowy podwykonawczej.

W świetle art. 647¹ § 5 k.c. w zw. z art. 376 k.c., po spełnieniu świadczenia na rzecz podwykonawcy, inwestor jako współdłużnik solidarny ma własne roszczenie odszkodowawcze (regresowe) wobec współodpowiedzialnego solidarnie wykonawcy. Zapłata wynagrodzenia podwykonawcy przez inwestora na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. stanowi zaspokojenie cudzego długu, przez co inwestor nabywa spleconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty na mocy art. 518 § 1 pkt. 1 k.c. i wstępuje w prawa zaspokojonego wierzyciela (SN w orz. z 17.02.2011 r., IV CSK 293/10, LEX nr 1111016 i Sąd Apelacyjny w Warszawie w orz. z 24.02.2015 r., I ACa 1240/14, LEX nr 1659147).

Polskie prawo cywilne przewiduje w art. 518 k.c. ustawowe wstąpienie osoby trzeciej w prawa zaspokojonego wierzyciela, czyli tzw. subrogację ustawową (cessio legis, cessio necessaria) (E. Łętowska (w:) System prawa cywilnego, t. III, cz. 1, s. 919; K. Zagrobelny (w:) E. Gniewek, Komentarz, 2006, s. 892–893).

Osobą trzecią odpowiedzialną osobiście za cudzy dług jest przede wszystkim poręczyciel, który płacąc ten dług na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c., z mocy prawa nabywa wierzytelność przysługującą wierzycielowi od dłużnika głównego.

Zasadniczo w doktrynie przeważa pogląd, iż w odniesieniu do dłużnika solidarnego, który zaspokoił wierzyciela, wyłączone jest zastosowanie instytucji wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela (art. 518 § 1 pkt 1 k.c.). Dłużnik solidarny nie jest bowiem osobą trzecią, która płaci cudzy dług w rozumieniu art. 518 § 1 pkt 1 k.c. Nawet jeśli w sensie ekonomicznym dług ten może być kwalifikowany jako dług cudzy, dłużnik spełnia świadczenie, do którego jest zobowiązany zgodnie z treścią stosunku zobowiązaniowego łączącego go z wierzycielem (art. 366 k.c.). Bez względu jednak na to, czy zastosowanie znajduje komentowany przepis, czy też regulacje szczególne, dłużnikowi solidarnemu, który spełnił świadczenie, przysługuje wobec współdłużników roszczenie regresowe sensu stricto. Formuła art. 376 k.c., odwołująca się do „treści istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego”, jest na tyle elastyczna, że pozwala rozstrzygnąć poszczególne przypadki, z uwzględnieniem ich specyfiki.

Pomimo przedstawionego powyżej stanowiska pogląd, iż dłużnik solidarny, który zaspokoił wierzyciela, wstępuje w jego prawa zgodnie z art. 518 § 1 pkt 1 k.c., przyjęto również na gruncie art. 647¹ § 5 k.c. (wyrok SN z dnia 17 lutego 2011 r., IV CSK 293/10, niepubl. - LEX nr 1111016, A. Brzozowski (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. II, 2013, s. 353), dotyczącego zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom przez inwestora. Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż jak wskazano w głosie do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 1997 r. III CZP 22/97 (głosa K. Kaczanowski publ. Głosa z 1998 r. nr 1 poz. 13-21) „Przez zapłatę cudzego długu - o której mowa w art. 518 § 1 pkt 1 k.c. - należy rozumieć również wykonanie własnego zobowiązania, z którego wynika odpowiedzialność za cudzy dług”, a taki przecież charakter ma odpowiedzialność inwestora na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. Treść stosunków prawnych nawiązanych w związku z wykonaniem obiektu przewidzianego w umowie o roboty budowlane rozstrzyga, kto w ostatecznym rozliczeniu winien ponieść ciężar zapłaty wynagrodzenia należnego poszczególnym podmiotom. W zależności od stanu faktycznego należy między innymi uwzględnić kwoty zapłacone przez inwestora. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż inwestor spełniający zobowiązania na rzecz podwykonawców, którzy faktycznie wykonali roboty w ramach art. 647¹ § 5 k.c. nabywa na podstawie art. 518 § 1 pkt. 1 k.c. wierzytelności przez samo spłacenie wierzycieli a więc na skutek jednostronnej czynności tej osoby. W tej sytuacji zgoda wierzyciela na spłatę nie jest potrzebna, a tym bardziej nie jest potrzebne oświadczenie o cesji wierzytelności. (wyrok SN z dnia 19 stycznia 2000 r. sygn. akt II CKN 683/98 niepub.)

Nabyte w ten sposób wierzytelności mogą zostać przedstawione do potrącenia o czym jak już wskazano powyżej rozstrzyga ostatecznie treść stosunku prawnego nawiązanego w związku z wykonaniem obiektu budowlanego.

Powyżej cytowane przepisy, tj. art. 647¹ § 5 k.c., art. 376 k.c. oraz subklauzula 4.4 lit. e (...) były wskazywane jako podstawa roszczenia dochodzonego przez stronę powodową.

Zdaniem Sądu powód spełniając roszczenie na rzecz (...) Sp. z o.o. wstąpił w prawa zaspokojonego wierzyciela a tym samym skoro spełnił zobowiązanie za Generalnego Wykonawcę – pierwotnie zobowiązanego zgodnie z postanowieniami umowy podwykonawczej, był również w świetle cyt. przepisu uprawniony do dochodzenia zaspokojonej należności.

W tym miejscu od razu należy podkreślić, iż przedmiotowe roszczenie może odnosić się wyłącznie do należności, za które powód ponosił odpowiedzialność solidarną, tj. co do wartości odpowiadających wynagrodzeniu za roboty budowlane wykonane i odebrane. Przedmiotowy regres w ocenie Sądu, nie może natomiast obejmować należności wypłaconych w przypadku nie spełnienia przesłanek odpowiedzialności solidarnej. Powyższe wynika nie tylko z samej treści art. 647¹ § 5 k.c. ale również z art. 518 § 1 pkt. 1 k.c. czy art. 376 k.c.

Odnosząc się do podstawy spełnionego świadczenia przez powoda na rzecz (...) Sp. z o.o. Sąd uznał, iż tylko wypłata w zakresie kwoty 1 001 889,01 zł nastąpiła zgodnie z art. 647¹ § 2 i 5 k.c., albowiem tylko ta kwota w świetle zgromadzonego materiału dowodowego i przedstawionych powyżej rozważań odpowiadała wartości wynagrodzeniu za roboty budowlane ustalone zgodnie z art. 647¹ § 1 k.c. i art. 647 k.c.

W tym miejscu z uwagi na fakt, iż kwestie wykonania, odbioru, jakości oraz wartości wykonanych robót a także charakteru samej umowy zostały już omówione powyżej Sąd odnie się wyłącznie do podnoszonego przez pozwanych zarzutu braku skutecznej akceptacji (...) Sp. z o.o. jako podwykonawcy na podstawie w/w umowy.

Przedmiotowa zgoda, której sposób udzielania został określony zarówno w subklauzuli 4.4 lit. e (...), stanowiącym niejako powielenie warunków określonych przez ustawodawcę w art. 647¹ § 2 k.c. warunkuje powstanie odpowiedzialności solidarnej wobec podwykonawcy.

Stosownie do art. 647¹ § 2 k.c. 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. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy.

W orzecznictwie przyjmuje się konstrukcję zgody inwestora na umowę wykonawcy z podwykonawcą wyrażoną w sposób czynny, tj. wprost, a także zgody wyrażonej w sposób bierny, dorozumiany ukonstytuowaną w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. (upływ terminu na sprzeciw czy zastrzeżenia).

Po początkowych wątpliwościach ugruntowało się również w orzecznictwie stanowisko, iż zgoda inwestora na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą może być wyrażona przez każde zachowanie inwestora, które ujawnia zgodę w sposób dostateczny, zgodnie z art. 60 k.c., w tym przez czynności faktyczne, jak na przykład tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, odbieranie od niego robót, czynienie ustaleń z podwykonawcą i może być wyrażona w dowolnym momencie przed zakończeniem robót, przy czym wiedza inwestora o istotnych elementach umowy podwykonawczej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą może pochodzić z różnych źródeł, czy też inwestor mógł posiadać taką wiedzę z łatwością.

Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą powinna dotyczyć konkretnej umowy lub projektu umowy zindywidualizowanych zarówno, co do strony podmiotowej, jak i przedmiotowej, w tym co do zakresu robót i ustalonego wynagrodzenia w umowie z podwykonawcą, przy czym ciężar udowodnienia zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą, zgodnie z art. 6 k.c., ciąży na podmiocie powołującym się na solidarną odpowiedzialność inwestora z wykonawcą.

Wiedza inwestora musi dotyczyć nie tylko osoby podwykonawcy, ale również warunków istotnych umowy, w zakres których wchodzi rodzaj wykonywanych przez podwykonawcę prac

i wysokości umówionego z nim wynagrodzenia. Jest to o tyle istotne dla inwestora, że aby można było mówić o powstaniu solidarnej odpowiedzialności inwestora realizującej się z mocy ustawy, jego świadomość musi obejmować pełny zakres tej odpowiedzialności, a zatem wobec kogo powstaje, za jakie czynności i w jakiej wysokości. Tylko w takim przypadku inwestor może wyrazić zgodę świadomie.

Zgoda nie może mieć charakteru blankietowego, skutkująca tym, że inwestor wyraża zgodę, zwłaszcza w sposób dorozumiany, na każdą wysokość wynagrodzenia, nawet takiego, które przewyższałoby wynagrodzenie generalnego wykonawcy.

Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III CZP 6/08) zgoda inwestora (wykonawcy) ma dotyczyć zawarcia przez wykonawcę (podwykonawcę) umowy o roboty budowlane z podwykonawcą, a więc konkretnej umowy, o określonej treści, zawartej lub przynajmniej wstępnie uzgodnionej ze zindywidualizowanym podmiotem

w zakresie wszystkich istotnych postanowień, szczególnie tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia. Zgoda inwestora w każdym wypadku będzie zatem skuteczna tylko wtedy, gdy będzie dotyczyła konkretnej umowy /.../ Aby można przyjąć, że milczenie inwestora oznacza jego zgodę, treść przedłożonej umowy lub jej projektu powinna obejmować wszystkie postanowienia istotne przy określaniu zakresu odpowiedzialności solidarnej inwestora; jej uzupełnieniem jest odpowiednia część dokumentacji, obejmująca roboty będące przedmiotem przedstawianej umowy (projektu). Treść dostarczonej umowy (projektu) wyznacza granice solidarnej odpowiedzialności inwestora (wykonawcy), milczące wyrażenie zgody odnosi się bowiem jedynie do zobowiązań wynikających z przedłożonych dokumentów.

Nowelizacja kodeksu cywilnego z dnia 14 lutego 2003 roku (Dz.U. z 2003 r. Nr 49 poz. 408) wprowadziła istotne novum dotyczące wyrażenia zgody przez zamawiającego na powierzenie pewnych robót podwykonawcom. Daje to inwestorowi rzeczywiste narzędzie oddziaływania na proces realizacji inwestycji, za pomocą którego może wpływać na wybór podwykonawcy i najkorzystniejszej oferty. Warunkiem takiej zgody jest przede wszystkim znajomość przez inwestora istotnych postanowień umowy o roboty budowlane zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą, a w szczególności tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia podwykonawcy (wyrok Sądu Najwyższego w z dnia 06 października 2010 roku, II CSK 210/10, publ. OSNC z 2011 r. nr 5 poz. 59, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2013r. sygn. akt I ACa 792/12).

Reasumując powyższe rozważania bardzo trafnie odnośnie powyżej wskazywanych form wyrażania zgody wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Białymstoku, który w wyroku z dnia 8 maja 2015 roku w sprawie sygn. akt I ACa 42/15 (niepublikowany) wyraźnie wskazał, że:

1. z art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. wynika, że wyrażenie przez inwestora zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie;
2. do przyjęcia, że zgoda inwestora nastąpiła przez "przemilczenie" niezbędne jest przedstawienie mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z odpowiednią częścią dokumentacji, przy czym przedłożenie inwestorowi do akceptacji umowy (jej projektu) musi mieć charakter "kierunkowy", tzn. nastąpić "w celu" wyrażenia zgody na jej zawarcie;
3. wyrażenie zgody przez inwestora w sposób czynny nie jest objęte procedurą z art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. i może nastąpić w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie, bądź poprzez inne zachowanie, które w sposób dostateczny ujawnia wolę inwestora (art. 60 k.c.).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że inwestor zawierając umowę z wykonawcą przewidział możliwość wykonania robót przez podwykonawców (tzw. umowa główna) i uregulował tryb uzyskania zgody Inwestora, wskazując na zasady identyczne jak przytoczone powyżej.

Mając na uwadze powyżej wskazane sposoby zatwierdzania podwykonawcy w ocenie Sądu powód słusznie na etapie rozpatrywania wniosków (...) Sp. z o.o. przyjął, iż w/w podmiot na podstawie umowy nr (...) był podwykonawcą zatwierdzonym. Przedmiotowa zgoda została wyrażona w sposób milczący i stanowiła akceptację Zamawiającego na udział podwykonawcy przy realizacji inwestycji, na warunkach określonych w umowie z dnia 09 maja 2011 r. ze skutkiem dla powstania po jego stronie odpowiedzialności gwarancyjnej za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Podkreślić należy, że przekazane powodowi dokumenty - projekt umowy podwykonawczej, pozwoliły na uzyskanie elementarnej wiedzy i świadomości co do warunków, na które się godzi albowiem w oparciu o w/w umowę bezsporne było, iż powód mógł i uzyskał informację o Podwykonawcy (zindywidualizowanym podmiocie) oraz zakresie robót (wyraźnie doprecyzowanych w § 1 ust. 1 - tabele określające rodzaj robót/materiał, ilość). Faktem jest również, iż przedstawiony projekt umowy nie zawierał wartości łącznego wynagrodzenia jak również cen jednostkowych. Co jednak istotne zakres rzeczowy został określony z odwołaniem się do Specyfikacji (...), wg. której Generalny Wykonawca przygotowywał swój kosztorys ofertowy zawierający wskazanie cen za dany rodzaj robót. Tym samym przedmiotowa wartość wynagrodzenia za dany asortyment robót była znana powodowi.

Odnosząc się do sposobu zatwierdzenia umowy nr (...) podkreślić należy, iż projekt przedmiotowej umowy został przekazany wraz z pismem kierunkowym z dnia 13 kwietnia 2011 r., podpisanym przez osobę uprawnioną do działania w imieniu Wykonawcy – J. M. – Kierownika Budowy, tj. jak wskazano w piśmie zgodnie z postanowieniami subklauzuli 4.4 (...). (k. 136).

Przedmiotowe pismo wraz z załącznikiem zostało doręczone Inżynierowi Kontraktu w dniu 14 kwietnia 2011 r. Projekt umowy został natomiast poddany ocenie pod względem zgodności z warunkami kontraktu przez inspektora nadzoru budowlanego, który po jej analizie stwierdził, iż „nie ma uwag”. Powyższe uznać należało po pierwsze za wyraz zarówno braku zastrzeżeń co do postanowień samej umowy jak i co do podmiotu, z którym ta umowa miała być zawarta.

Zaznaczyć w tym miejscu wypada, iż w toku postępowania brak było również podstaw do kwestionowania okoliczności, iż projekt w/w umowy wraz z aneksem faktycznie został przekazany (doręczony) Kierownikowi Projektu, który przesłuchany w charakterze świadka nie zaprzeczył, takim okolicznościom.

Oceniając okoliczności dotyczące wyrażenia zgody na w/w podwykonawcę nie można również pominąć pisma Inżyniera Rezydenta z dnia 09 maja 2011 r. (k. 137). Faktem jest, iż zawarte w nim sformułowanie „zatwierdza” nie odpowiada kompetencjom, uprawnieniom jakie przysługiwały Inżynierowi Rezydentowi, czy nawet Inżynierowi Kontraktu. Jak wynika bowiem z subklauzuli 3.1 (...) i (...) uprawnienie Inżyniera Kontraktu w zakresie zatwierdzania podwykonawców zgodnie z subklauzulą 4.4 (...) sprowadzało się wyłącznie do opiniowania wniosku, sprawdzania projektu umowy podwykonawczej zarówno pod kątem zakresu robót jak i oceny podmiotu, który takie roboty ma wykonać.

Powyższe potwierdził również M. Ł. przesłuchany w charakterze świadka w dniu 05 maja 2016 r. Niemniej jednak w/w po zapoznaniu się z w/w pismem przyznał, iż zawarte w nim sformułowanie jest niefortunne, natomiast celem tegoż pisma miało być wyłącznie wyrażenie pozytywnej opinii o podwykonawcy, w tym stwierdzenie, że złożone dokumenty są właściwe do zaakceptowania. (godz. 01:52:55 k. 810)

Istotne jest również, że przedmiotowe pismo zostało przekazane Kierownikowi Projektu do wiadomości. Fakt jego odebrania został potwierdzony przez pracownika zespołu w dniu 11 maja 2011r. (k. 137) Jednocześnie Kierownik Projektu przyznał, iż po takim piśmie nie podejmował żadnych czynności, nie negocjował, nie kwestionował możliwości zawarcia umowy z danym podwykonawcą.

Powyższe ustalenia, pozwalają w ocenie Sądu na przyjęcie, iż powód, którego reprezentantem w stosunkach z Wykonawcą był Kierownik Projektu, na co wskazuje zakres uprawnień jakie zostały mu przyznane, na podstawie w/w dokumentów, uzyskał wiedzę i miał świadomość co do działania na budowie podwykonawcy (...) Sp. z o.o. Dodać również wypada, iż charakter działań Kierownika Projektu i jego uprawnień jako reprezentanta Zamawiającego był akceptowany również przez Wykonawcę.

Fakt zgłoszenia i akceptacji w/w podwykonawcy potwierdzają również działania podejmowane przez Zamawiającego w toku realizacji umowy, w tym skierowanie do niego wezwania do złożenia oświadczenia czy korzystał z dalszych podwykonawców. Przedmiotowe wezwanie zostało wystosowane przez Inżyniera Rezydenta, który przygotowując wykaz podwykonawców wskazał (...) Sp. z o.o. jako podmiot zgłoszony i zatwierdzony. (k. 595)

Faktem jest również, iż do w/w umowy nie została załączona dokumentacja projektowa na co zwrócili uwagę pozwani, niemniej jednak jak przyznał świadek M. Ł. (godz. 01:44:29 k. 809v), zasadą w toku realizacji tegoż kontraktu przy zgłaszaniu podwykonawców było wyłącznie przedstawianie projektu umowy – bez dalszej dokumentacji, który podlegał sprawdzeniu pod kątem wiarygodności, zgodności ze specyfikacją i warunkami kontraktu. Ponadto co również istotne zakres tej dokumentacji jest o tyle ważny przy wyrażaniu zgody w sposób milczący, że ma pozwolić Inwestorowi na ustalenie zakresu powierzonych robót i sposobu ich wykonania czyli niejako zindywidualizowania zakresu odpowiedzialności. Odnosząc powyższe do umowy nr (...) wskazać wypada, iż podwykonawca powierzony zakres robót miał wykonać na podstawie dokumentacji projektowej, która została przekazana przez Zamawiającego – Wykonawcy albowiem tylko taka dokumentacja została udostępniona podwykonawcy, co też wyraźnie przyznał świadek T. Z. (godz. 01:40:00 k. 809). Również zapisy § 1 ust. 1 umowy oraz § 13 ust. 2 i 3 wyraźnie i jednoznacznie statuują obowiązki podwykonawcy albowiem wskazują, iż zakres powierzonych robót miał być realizowany na podstawie dokumentacji projektowej posiadanej przez Zamawiającego, która stanowiła integralną część w/w umowy. W oparciu o powyżej przedstawione zapisy nie ulegało wątpliwości, że powód po zapoznaniu się z postanowieniami umowy i dysponując dokumentacją przekazaną Wykonawcy posiadał pełną wiedzę o wszystkich istotnych okolicznościach warunkujących zakres jego odpowiedzialności. Tym samym nie ulega wątpliwości, że nie zajęcie przez Zamawiającego stanowiska w terminie 14 dni od dnia przekazania Kierownikowi Projektu, projektu umowy nr (...) przy piśmie z dnia 13 kwietnia 2011 r. skutkowało uznaniem podwykonawcy w sposób milczący.

Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, iż przedmiotowy sposób akceptacji podwykonawcy był stosowany w toku realizacji danej inwestycji i uznawany za prawidłowy. Jak wskazał bowiem świadek T. L. (godz. 1:12:18 k. 867v) „w przypadku braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego na zgłoszenie podwykonawcy uznawaliśmy, że taka firma jest zaakceptowana”.

Istotne jest również, że przedmiotowa kwestia była bardzo istotna dla podwykonawcy, który jak przyznał to zarówno T. Z. jak i J. W. (1) zawsze dbali aby taką akceptację uzyskać.

Niezależnie od powyższej argumentacji wskazać również wypada, iż nawet gdyby przyjąć, że przekazanie projektu umowy Kierownikowi Projektu nie było wystarczające do przyjęcia, iż osoba uprawniona do reprezentowania powoda zapoznała się z projektem umowy skoro nie zostały one wprost przekazane Dyrektorowi lub Zastępcy Dyrektora Oddziału, to brak kompetencji P. B. został ostatecznie sanowany przez czynności podjęte już na etapie weryfikacji wniosków podwykonawcy o dokonanie solidarnej płatności.

Zatwierdzając bowiem wypłaty należności wynikających z faktur jak i z tytułu kwot zatrzymanych, a następnie wystawiając noty księgowe obejmujące wypłacone należności czy również kierowanie do Generalnego Wykonawcy pism zawierających wezwanie do zapłaty z pełną informacją o dokonanych wypłatach i podstawie dokonanych wypłat, osoby uprawnione do działania w imieniu Zamawiającego w pełni potwierdziły dokonanie milczącej akceptacji podwykonawcy (...) Sp. z o.o.

Reasumując powyższe Sąd uznał, że realizacja wypłat na rzecz (...).

z o.o. w zakresie kwot: 667 583,68 zł w dniu 25 czerwca 2013r. (k. 228), 110 322,78 zł w dniu 11 września 2013 r. (k. 229 128 849,64 zł – 18 526,86 zł) i kwoty 223 982,55 zł w dniu 4 marca 2014 r. (k. 230 234 227,11 - 10 244,56 zł.) została dokonana zgodnie z warunkami określonymi w art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c., a ponadto nie doszło do jej zaspokojenia w ramach wzajemnych rozliczeń Inwestora z Wykonawcą wobec czego pozwani na podstawie art. 518 § 1 k.c., art. 376 k.c., subklauzuli 4.4 lit e SZWK i subklauzuli 3.5 WK, obowiązani są zwrócić powodowi w ramach regresu kwotę 1 001 889,01 zł wypłaconą na rzecz w/w podwykonawcy. Za zapłatę w/w kwot powodowi pozwani – jako członkowie konsorcjum wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego i realizujący przedmiotowy kontrakt – odpowiadają solidarnie, stosownie do art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 907) czy 1.14 OWK .

Oprócz należności głównych powodowi należą się również odsetki ustawowe za opóźnienie w ich zapłacie przez pozwanych. Stosownie do art. 481 § 1 i 2 k.c., za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego wierzyciel może żądać odsetek, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, a jeżeli strony nie oznaczyły z góry stopy odsetek, należą się odsetki ustawowe. Termin zapłaty wskazanej sumy nie był oznaczony przez strony ani nie wynikał

z właściwości zobowiązania, zatem świadczenie to powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu pozwanych do zapłaty. Powód wezwał pozwanych do zapłaty kwot składających się na sumę należności głównej:

a/ pismem z dnia 19 lutego 2014 r. w zakresie kwoty 777 906,46 zł. i oznaczył siedmiodniowy termin liczony od dnia doręczenia wezwania, które B. a K.(...)Sp.

z o.o. (lider konsorcjum) otrzymał w dniu 21 lutego 2014 r.;

b/ notą księgową z dnia 26 marca 2014 r. w zakresie kwoty 223 982,55 zł. i oznaczył termin zapłaty do dnia 9 kwietnia 2014 r, którą B. a (...) Sp. z o.o. (lider konsorcjum) otrzymał w dniu 31 marca 2014r.

W tym miejscu dodać jedynie wypada, że wbrew twierdzeniom pozwanego B. a K. k.s., przedmiotowe wezwanie odniosło również skutek wobec niego. Powyższy wniosek wynika bowiem z zasad reprezentacji jakie członkowie Konsorcjum ustalili w umowie z 16 lipca 2012 r., a mianowicie w § 3 ust. 2, w którym w sposób jednoznaczny przyznali Liderowi Konsorcjum uprawnienie nie tylko do reprezentowania konsorcjum wobec Zamawiającego ale również do prowadzenia korespondencji.

Z uwagi na powyższe z chwilą upływu zakreślonych terminów wyznaczonych odpowiednio na dzień 28 lutego 2014r. i 9 kwietnia 2014 r., odnoszących się do obu pozwanych, do których to pozwani nie uregulowali należności, Wykonawca popadł w opóźnienie

w spełnieniu zobowiązania. Stąd też również w całości zasadne było domaganie się przez powoda odsetek za opóźnienie odpowiednio od dnia 1 marca 2014 r. od kwoty 777 906,46 zł. i od dnia 10 kwietnia 2014 r. od kwoty 223 982,55 zł.

Z uwagi na zmianę przepisu art. 481 § 2 k.c. z dniem 1 stycznia 2016r. wprowadzoną ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1803) i art. 56 cyt. ustawy, Sąd począwszy od dnia 1 stycznia 2016 r. określił jako należne odsetki – odsetki ustawowe za opóźnienie, co uczynił również zgodnie z modyfikacją roszczenia złożoną pismem z dnia 18 maja 2016r.

W tym miejscu wskazać także wypada, iż brak było podstaw do przyjęcia, zgodnie z twierdzeniami pozwanych, iż prawdo do żądania zwrotu świadczenia spełnionego zgodnie

z art. 647¹ § 5 k.c. powstaje tylko wówczas gdy po stronie powoda zaistnieje szkoda a zatem tylko wówczas gdy dochodzi do podwójnego spełnienia tego samego świadczenia na rzecz

i podwykonawcy i Wykonawcy.

Odnosząc się do powyższego zaznaczyć należy, iż po pierwsze powód nie wywodził swojego roszczenia z zapisów art. 471 k.c. – tj. z odpowiedzialności odszkodowawczej lecz jak to już zostało precyzyjnie wskazane z regulacji umownej subklauzuli 4.4 lit e (...) stanowiących integralną część umowy i art. 376 k.c. a ponadto podstawa żądania wynikała z art. 518 § 1 k.c. czyli spełnienia świadczenia w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej, tj. świadczenia, za realizację którego zgodnie z postanowieniami umownymi byli odpowiedzialni pozwani.

Tym samym warunkiem domagania się zwrotu świadczenia spełnionego za innego dłużnika, w tym przypadku była sama okoliczność zrealizowania tegoż świadczenia na rzecz podwykonawcy w warunkach art. 647¹ § 5 k.c., co powód bezspornie w toku postępowania wykazał, w tym poprzez przedstawienie potwierdzenia realizacji wypłat ze środków (...). Strony układając stosunek umowy, przewidując prawo potrącenia po stronie Zamawiającego i prawo domagania się zwrotu należności wypłaconych Podwykonawcy w ramach bezpośredniej płatności, nie obwarowały takiego uprawnienia obowiązkiem wykazania szkody. Dochodząc zatem roszczenia regresowego przeciwko wykonawcy, w ocenie Sądu, Skarb Państwa nie musi udowadniać spełnienia przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy. Dlatego zarzuty pozwanych, dotyczące braku wykazania przez powoda poniesienia szkody, nie mogły odnieść zamierzonego skutku. Ponadto co istotne samo już zrealizowanie wypłat na rzecz podwykonawcy, z którym powoda nie łączył żaden stosunek umowy stanowiło powstanie szkody w jego majątku. Wskazać bowiem wypada, że spełnił on świadczenie, do którego nie byłby zobowiązany gdyby nie działanie, postępowanie Wykonawcy – podmiotu, który zawarł stosunek umowny i nie wywiązał się z wynikających z niego obowiązków – tj. obowiązku zapłaty. W kontekście powyższego za bezsporne należało uznać, iż powód był zobowiązany zgodnie z warunkami umowy do rozliczenia się wyłącznie z Wykonawcą i wobec niego i tylko na warunkach określonych Kontraktem głównym.

Niezależnie od powyższej argumentacji zaznaczyć wypada, że powód wykazał na podstawie (...) nr 25, wystawionych przez Wykonawcę na ich podstawie faktur oraz potwierdzeń zapłaty należności z nich wynikających czy to poprzez bezpośrednią płatność, płatność na zasadzie przekazu lub przez umorzenie należności na skutek kompensaty wzajemnych świadczeń, że roboty ujęte w fakturach nr (...) w zakresie podlegającym zaspokojeniu w trybie art. 647¹ § 5 k.c. zostały również w całości rozliczone z Generalnym Wykonawcą przez co powód dokonał zapłaty dwukrotnie za te same świadczenia.

Ponadto za brakiem konieczności wykazywania spełnienia świadczenia zarówno na rzecz wykonawcy jak i na rzecz podwykonawcy (tj. szkody), jako przesłanki roszczenia regresowego, przemawia również fakt, iż dokonanie zapłaty przez Inwestora na rzecz podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. nie jest równoznaczne ze spełnieniem świadczenia na rzecz Generalnego Wykonawcy na podstawie umowy. Zobowiązanie Inwestora wobec obu podmiotów ma samodzielny charakter przez co zrealizowanie obowiązku wynikającego z art. 647¹ § 5 k.c. nie pozbawia Generalnego Wykonawcy prawa do dochodzenia wynagrodzenia. W przypadku wystąpienia z takim roszczeniem, Inwestor może bronić się, zgłosić zarzut potrącenia.

Z uwagi na powyższe dopiero złożenie przez Inwestora skutecznego oświadczenia w trybie art. 498 k.c. i 499 k.c. będzie prowadziło do uznania, iż wzajemne wierzycelności Inwestora i Generalnego Wykonawcy za dany zakres robót wygasły.

Odnosząc się natomiast do kwestii zarzutu w postaci dokonania wypłat przez powoda na podstawie niezatwierdzonych przez Wykonawcę faktur wystawionych przez podwykonawcę wskazać wypada, że i ta okoliczność w ocenie Sądu nie wpływa na prawo domagania się zwrotu wypłaconych świadczeń przez powoda.

Faktem jest, iż w samej subklauzuli 4.4 lit. e (...) strony przewidziały, że Zamawiający spełni świadczenie na rzecz podwykonawcy gdy ten wykaże je za pomocą m.in. faktur zatwierdzonych przez Wykonawcę. Powyższe jednak, jak sam pozwany wskazuje, nie zostało doprecyzowane ani w jaki sposób ma to nastąpić ani też w jakiej formie. Ponadto cyt. zapis jest sprzeczny z treścią art. 647¹ § 5 k.c., który poza wykazaniem wykonania i odbioru robót nie stawia żadnych innych wymagań dokonania płatności, a który w myśl art. 647¹ § 6 k.c. ma charakter bezwzględnie obowiązujący.

Również postanowienia umowy podwykonawczej nie zawierały takiego obwarowania a wręcz w przypadku uznania, że są wiążące, pozostawałyby z nimi sprzeczne skoro, jak przyznali świadkowie T. Z. czy T. L., kwota ujęta w fakturze odpowiadała wprost kwocie jaka została zaakceptowana na Zestawieniu wartości wykonanych robót (odpowiednik (...)), który to dokument był potwierdzany i weryfikowany właśnie przez Wykonawcę. Również w toku realizacji umowy w okresie kiedy płatności dokonywali pozwani nigdy nie dochodziło do wyrażania takiego akceptu, istotnym warunkiem płatności było natomiast złożenie faktury w biurze budowy. Powtórzyć w tym miejscu jeszcze wypada, że stworzenie w/w wymogu prowadziło by w zasadzie do niemożliwości uzyskania należności przez podwykonawcę w ramach solidarnej odpowiedzialności skoro co już podkreślono, umowy podwykonawcze nie zawierały postanowień jak podwykonawca takie zatwierdzenie miałby uzyskać. Powyższe sprzeciwia się również praktyce jaka była stosowana w rozliczeniach pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, w ramach których nigdy nie dochodziło do zwrotu podwykonawcy faktury z adnotacją, na którą powołują się pozwani. Co istotne, również J. K. w swoich zeznaniach wskazał, iż akceptacja, na którą się powołują pozwani to akceptacja de facto księgowa zmierzająca do realizacji zasady „czterech oczu”. Decyzja wyrażana przez Dyrektora Kontraktu niewątpliwie potwierdzała zasadność wypłaty żądanej kwoty określonej fakturą, nie mniej jednak z całą pewnością nie miała ona charakteru czynności, z którą miał się zapoznać podwykonawca czy nawet ją uzyskać.

W ocenie Sądu przedmiotowy warunek nie tylko jako sprzeczny z postanowieniami art. 647¹ k.c. ale również jako niemający uzasadnienia w postanowieniach umowy podwykonawczej, nie mógł również wpływać na zasadność zrealizowanych wypłat na rzecz (...) Sp. z o.o. a także nie mógł być warunkiem, od spełnienia którego było uzależnione roszczenie regresowe powoda.

Niezależnie od powyższego uznać należało, iż z uwagi na ustalone w sprawie okoliczności a także postanowienia umowy, i przedstawiony przez pozwanych cel jakiemu miała służyć wyrażana „akceptacja”, została ona dokonana poprzez potwierdzenie podpisami osób uprawnionych do działania w imieniu Wykonawcy dokumentów w postaci Zestawienia Wartości Wykonanych Robót, które w całości odpowiadają kwotom ujętym w wystawionych przez podwykonawcę fakturach a zrealizowanych przez powoda w zakresie dotyczącym robót budowlanych. W przypadku kwot zatrzymanych wskazać należy, iż takie potwierdzenie de facto zostało uzyskane albowiem pismem z dnia 16 grudnia 2013 r. (k. 226) pozwani sami potwierdzili istnienie i wymagalność całej kwoty zgłoszonej przez podwykonawcę w ramach solidarnej odpowiedzialności.

Mając powyższe na uwadze, Sąd na podstawie powołanych przepisów orzekł jak w pkt. I sentencji wyroku, zasądzając solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 1 001 889,01 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od kwot i dat wskazanych już powyżej.

Ponadto Sąd z uwagi na nie spełnienie przesłanek z art. 647¹ § 2 i 5 k.c. odnośnie wypłat kwot odpowiadających wartości dostarczonego materiału – kioski poboru opłat, które nie stały się częścią integralną autostrady, oddalił powództwo co do kwoty 28 771,42 zł. Przedmiotowa kwota stanowi wyłącznie wartość materiału, który z uwagi na charakter należności nie może również zostać objęty roszczeniem regresowym w sytuacji braku podstaw odpowiedzialności solidarnej samego powoda odnośnie w/w kwoty.

Orzekając o kosztach postępowania Sąd kierował się zasadą stosunkowego rozdzielenia oraz regułą z art. 105 § 2 zd. 1 k.p.c., w myśl której na współuczestników sporu odpowiadających solidarnie co do istoty sprawy sąd włoży solidarny obowiązek zwrotu kosztów. Z uwagi zatem na fakt, iż roszczenie zostało uwzględnione w 97 % Sąd:

a/ nałożył na pozwanych obowiązek poniesienia solidarnie na rzecz Skarbowi Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 6 550,98 zł, którą ustalił biorąc pod uwagę wysokość wynagrodzenia pełnomocników działających w sprawie określoną przy uwzględnieniu wartości przedmiotu sporu zgodnie z § 6 pkt. 7 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r.

w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 461) - 7 200 zł (koszty zastępstwa powoda) + 2 x 7 200 zł (koszty

zastępstwa pozwanych) + 34 zł. – opłata skarbową od pełnomocnictwa przy uwzględnieniu udziału w tych kosztach pozwanych

w wysokości 97% (21 634 zł. x 97% = 20 984,98 zł. – 14 434 zł. – kwota, którą ponieśli pozwani). Przedmiotowe przepisy nadal podlegają zastosowaniu zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie. (Dz. U. z 2015r. poz. 1800);

b/ nałożył na pozwanych solidarnie zwrot części wydatków jakie poniósł powód

w postaci wynagrodzenia tłumacza, tj. kwotę 2 701,56 zł. (wynagrodzenie przyznane tłumaczowi 2 785,11 zł za tłumaczenie pozwu k. 568 x 97%) i kwotę tę zasądził na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad;

c/ nałożył na pozwanych solidarnie obowiązek zwrotu kosztów postępowania jakie poniósł interwenient uboczny, który przystąpił do sprawy zgodnie z art. 107 zd. 3 k.p.c.

w wysokości 16 565,26 zł, do ustalenia której Sąd przyjął koszty opłaty od interwencji ubocznej 10 307 zł, 7 200 zł koszty zastępstwa procesowego ustalone zgodnie z § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j. t. Dz. U. z 2013r. poz. 490), 17 zł – z tytułu opłaty skarbowej oraz 14 400 zł – koszty zastępstwa strony pozwanej oraz 34 zł – opłata skarbową od pełnomocnictw strony pozwanej, łącznie 31 958 zł x 97% co dało kwotę 30 999,26 zł. podlegającą pomniejszeniu o koszty jakie ponieśli pozwani czyli o kwotę 14 434 zł.;

d/ na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych

w sprawach cywilnych (j. t. Dz. U. z 2016r. poz. 623) i art. 100 k.p.c. obciążył opłatą od pozwu, od uiszczenia której powód był zwolniony (51 534 zł.) i wydatkami poniesionymi tymczasowo przez Skarb Państwa w postaci wynagrodzenia tłumacza, tj. 87,03 zł, 113,14 zł, 56,57 zł (k. 718, 831, 872), zwrotu kosztów stawienia świadka M. Ł. 299,22 zł (k. 832)

w 97%, tj. w wysokości 50 527,26 zł zaś powoda Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotą 16,68 zł. stanowiącą 3% wartości w/w wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa (555,96 zł. x 3%).