

Sygn. akt XXV C 1612/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 maja 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 04 maja 2016 r. w Warszawie

sprawy z powództwa **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**

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

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 – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 6 054 743,80 zł (sześć milionów pięćdziesiąt cztery tysiące siedemset czterdzieści trzy złote 80/100) wraz z 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;

II. 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 7 200,00 zł (siedem tysięcy dwieście złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

III. 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 100 586,25 zł (sto tysięcy pięćset osiemdziesiąt sześć złotych 25/100) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt XXV C 1612/15

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 18 maja 2016 r.

Pozwem z dnia 7 października 2015 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wniósł o zasądzenie solidarnie od (...) Sp. z o.o. oraz B. a K. k.s. w P. kwoty 6 054 743,80 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 marca 2014 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

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 (...) 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 (...) S.A. z siedzibą w B. zostały zawarte dwie umowy podwykonawcze:

a/ pierwsza w dniu 24 listopada 2011r. nr (...), której przedmiotem było wykonanie, dostarczenie i montaż barier energochłonnych, barieroporęczy oraz dostaw kotew dla potrzeb na w/w odcinek;

b/ druga w dniu 24 sierpnia 2012 r. nr (...), której przedmiotem było wykonanie, dostarczenie i montaż barier drogowych dla trasy głównej i dróg poprzecznych.

Powód wskazał, że na zawarcie obu w/w umów Zamawiający wyraził zgodę przy czym w przypadku pierwszej umowy w sposób milczący wobec przesłania umowy podwykonawczej 26 stycznia 2012r. zaś w przypadku drugiej z umów zgoda została wyrażona przez Kierownika projektu w dniu 27 września 2012r.

Podwykonawca po zakończeniu realizacji kontraktu zwrócił się do Inwestora

z wnioskami o dokonanie płatności w ramach solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c., tj.

- na podstawie umowy nr (...):

a/ w dniu 1 marca 2013r. o zapłatę kwoty 531 420,20 zł.,

b/ w dniu 22 marca 2013 r. o zapłatę kwoty 526 423,63 zł,

c/ w dniu 17 kwietnia 2013 r. o zapłatę kwoty 131 515,99 zł,

- zaś na podstawie umowy nr (...):

a/ w dniu 22 marca 2013r. o zapłatę kwoty 3 227 480,22 zł,

b/ w dniu 17 kwietnia 2013 r. o zapłatę kwoty 1 066 153,68 zł

c/ i w dniu 16 maja 2013 r. o zapłatę kwoty 618 551,60 zł.

Do każdego z wniosków podwykonawca dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie i odbiór robót w postaci protokołu odbioru wykonanych robót, zestawienia wartości wykonanych robót oraz fakturę. Skarb Państwa wypłacił na rzecz podwykonawcy żądane kwoty odpowiednio w dniu 7 maja 2013 r. – 531 420,20 zł, 526 423,63 zł, 3 227 480,20 zł, w dniu 4 lipca 2013 r. – 131 515,99 zł, 1 066 153,68 zł i w dniu 10 lipca 2013r. kwotę 571 750,10 zł., tj. łącznie 6 054 743,80 zł. Kwoty wypłacone na rzecz podwykonawcy zostały ujęte przez powoda w nocie księgowej nr (...) z dnia 23 kwietnia 2013 r. w zakresie wypłat dokonanych w dniu 7 maja 2013 r., tj. co do kwot 531 420,20 zł, 526 423,63 zł, 3 227 480,20 zł oraz w nocie księgowej nr (...) z dnia 12 sierpnia 2013 r. w zakresie wypłat kwot 131 515,99 zł, 1 066 153,68 zł i 571 750,10 zł, który wezwał pozwanych do ich 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 (...) S.A. a ujęte w notach nr 37/2013 i 80/2013 i wezwał do ich zapłaty w terminie 7 dni. 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 2014r. a doręczonego w dniu 21 lutego 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 są odpowiedzialni wobec Zamawiającego za należności, które Inwestor uregulował na rzecz podwykonawcy, z którym to Wykonawca zawarł umowę.

Powód zwrócił również uwagę na fakt, że na skutek zapłaty wynagrodzenia na rzecz (...) S.A. przez Zamawiającego, który to obowiązek kontraktowy leżał po stronie Wykonawcy, powód poniósł szkodę w kwocie 6 054 743,80 zł. (k. 2-21)

Pozwani (...) Sp. z o.o. i B. a K. k.s. w złożonych odpowiedziach na pozew (k. 301- 312, k. 328-340) 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:

a/ 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 solidarnej odpowiedzialności;

b/ powód nie wykazał zaistnienia szkody po stronie powoda, tj. nie wykazał spełnienia przesłanek odpowiedzialności z art. 471 k.c. albowiem nie przedstawił dokumentów potwierdzających dokonanie wypłaty wynagrodzenia za te same roboty zarówno na rzecz podwykonawcy jak i Wykonawcy.

Pozwani podnieśli, że: 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, nie wykazał aby projekt umowy nr (...) wraz z dokumentacją został przekazany Kierownikowi Projektu, nie wykazał aby zostały spełnione warunki udzielenia zgody w sposób milczący, tj. aby powód otrzymał dokumentację projektową wraz z projektem umowy.

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 subklausuli 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 uznanie 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 subklausuli 4.4 a także nie jest uprawniony do dochodzenia roszczenia regresowego.

Co do należności wypłaconych na podstawie faktur wystawionych za wykonanie robót zgodnie z umową nr (...) pozwani podnieśli, iż z uwagi na nie przedstawienie gwarancji dobrego wykonania z każdej faktury, pozwani byli uprawnieni, zgodnie z § 5 ust. 8 umowy do zatrzymania 5% wartości brutto, wobec czego kwoty określone w przedstawionych fakturach nie były wymagalne w całości i nie podlegały wypłacie na rzecz podwykonawcy w zakresie kwoty 22 340,40 zł co stanowi 30% z 5% kwot podlegających zatrzymaniu. Zaznaczyli również, że w niniejszej sprawie nie zaistniały również warunki uzasadniające zwrot kwot podlegających zatrzymaniu, co było możliwe dopiero od 31 lipca 2017r.

Pozwany B. a K. k.s. w P. podniósł dodatkowo, iż brak jest podstaw do żądania od niego odsetek od dochodzonej kwoty od dnia 1 marca 2014 r. albowiem wymagalność świadczenia liczona jest w odniesieniu do konkretnego dłużnika a w niniejszej sprawie wezwanie do zapłaty wyznaczające termin spełnienia świadczenia a tym samym jego wymagalność, zostało doręczone wyłącznie pozwanemu (...) Sp. z o.o. Powód nie wykazał aby w/w pismo zostało również skutecznie doręczone pozwanemu ad. 2.

W dalszych pismach procesowych strony podtrzymały zajęte w sprawie stanowiska.

Powód w piśmie z dnia 17 lutego 2016 r. (k. 430-440) dodatkowo podniósł, że zarzut braku zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą jest zarzutem osobistym Inwestora wobec czego pozwani nie są uprawnieni do skorzystania z niego i powoływania się na ten zarzut tym bardziej, że niepodjęcie przez powoda obrony przed roszczeniem wierzyciela, opartej na tym zarzucie, nie mogło szkodzić pozwanym, którzy niezależnie od w/w okoliczności i tak ponosiliby odpowiedzialność wobec podwykonawcy. Zakwestionował również aby warunkiem dochodzenia roszczenia opartego na zapisach art. 376 § 1 k.c. i subklauzuli 4.4. lit. e (...) było wykazanie istnienia szkody zgodnie z art. 471 k.c. Niezależnie od powyższego powód zaznaczył, iż Wykonawca otrzymał wynagrodzenie za roboty objęte umową podwykonawczą nr (...) oraz umową nr (...), które to zostały ujęte w (...) nr 24, 25, 26 i 27, na podstawie których pozwani wystawili faktury nr (...), które zostały zapłacone albo bezpośrednio na rzecz pozwanych lub też na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez pozwanych na rzecz podwykonawcy (...) Sp. z o.o. Tym samym zdaniem powoda doszło do dokonania podwójnej zapłaty za ten sam zakres robót.

Powód zakwestionował aby przesłanką roszczenia regresowego było dokonanie wypłaty na rzecz podwykonawcy na podstawie faktur zaakceptowanych przez Wykonawcę wskazując, iż takie zastrzeżenie jest sprzeczne z art. 647¹ § 6 k.c. i art. 647¹ § 5 k.c. Ponadto wskazał, że strony Kontraktu zastrzegły prawo Zamawiającego do domagania się zwrotu kwot wypłaconych podwykonawcom nie statuuując żadnych dodatkowych warunków.

Zaprzeczył również aby istniała podstawa do zatrzymania części kwot wynikających z faktur wystawionych na podstawie umowy (...) albowiem podwykonawca w dniu 1 lutego 2012 r. przedstawił gwarancję dobrego wykonania.

Wskazując na wymagalność dochodzonego roszczenia również wobec pozwanego ad. 2 i prawo domagania się odsetek od dnia 1 marca 2014 r. powołał się na zapisy umowy konsorcjum § 3 ust. 2, zgodnie z którymi Lider Konsorcjum jest uprawniony do prowadzenia korespondencji w imieniu Wykonawcy.

Pozwani w piśmie z dnia 29 marca 2016 r. (k. 546-554, k. 556-564) podtrzymali swoje stanowisko odnośnie nie wykazania przez powoda udzielenia w sposób skuteczny zgody na zawarcie umów nr (...) w tym kwestionując zakres uprawnień Kierownika Projektu oraz wskazując na możliwość powoływania się na w/w zarzut również przez pozostałych dłużników solidarnych. Ponadto podnieśli również, że powód nadal nie wykazał aby doszło do podwójnej wypłaty należności zrealizowanych na rzecz podwykonawcy na podstawie umowy nr (...) a tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia roszczenia w zakresie kwoty 1 189 359,82 zł.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (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 (...). Integralną część kontraktu stanowiły również: Szczególne Warunki Kontraktu, „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” – pierwsze tłumaczenie wydania (...) 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 w terminie do 30 kwietnia 2012 r. przy czym termin ten w toku realizacji umowy został wydłużony do 15 października 2012 r. a ostateczny zakres prac miał być zakończony ułożeniem warstwy ścieralnej trasy głównej realizowanego odcinka. W ramach robót drogowych Konsorcjum wykonawcze było zobowiązane do wykonania m.in. ekranów akustycznych, barier energochłonnych jak również obiekty WD 203, 206, 211, 213, 215, 218, WA 208, 209, Ma 217 i KP- (...) podlegały wykonaniu z zakresie robót określonych w kosztorysie ofertowym.

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.

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. 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. 22-23, wraz z aneksem nr (...) – k. 24-24v, aneksem nr (...) – k. 25-26, aneksem nr (...) – k. 27-27v, aneksem nr (...) – k. 28-29v i załączniki – opis wyłączeń robót k. 30-42, aneks nr (...) k. 43-45, umowa konsorcjum z 19.04.2010 r. – k. 105-107, umowa konsorcjum z 16.07.2012r. k. 109-113, oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez Syndyka masy upadłości (...) S.A. 13.07.2012r. k. 134-135).

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

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). (d: (...) subklauzula 4.4. lit. e k.

95v, zeznania świadka P. B. rozprawa 04.05.2016r. godz. 00:30:07, 00:31:24 k. 588v-589, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 04.05.2016r. godz. 00:57:57, 01:07:36 k. 590v-591)

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. (...).

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. 58-58v, zmodyfikowana Szczególnymi Warunku Kontraktu – k. 94).

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. 442, k. 584, zakres obowiązków uprawnień i odpowiedzialności k. 585-586, zeznania świadka P. B. rozprawa 04.05.2016r. godz. 00:28:45 k. 588v)

W dniu 24 listopada 2011 r. B. a K. k.s. w P. i B. a (...) Sp. z o.o. zawarły z (...) S.A. umowę nr (...), na podstawie której Wykonawca zlecił a podwykonawca zobowiązał się do wykonania, dostarczenia i montażu barier energochłonnych, barieroporęczy oraz dostawy kotew w rodzajach, ilościach i na warunkach określonych w umowie w tym zgodnie z otrzymaną Specyfikacją Techniczną i Dokumentacją Projektową stanowiącą załącznik nr 3 do umowy. (§ 1 ust. 1 umowy) Za wykonanie wszystkich robót przez podwykonawcę ustalono wynagrodzenie szacunkowe w wysokości określonej wstępnie na 2 443 560,04 zł netto. Podstawę ustalenia wynagrodzenia stanowiły ceny jednostkowe netto wskazane w § 1 umowy. Ostateczna wysokość należnego wynagrodzenia miała być ustalona powykonawczo przy uwzględnieniu cen jednostkowych i rzeczywistych ilości wykonanych robót, potwierdzonych przez Wykonawcę i Inwestora.

Strony umowy podwykonawczej uzgodniły zasady odbioru i wystawiania faktur, zgodnie z którymi – obmiar robót wykonanych 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. (§ 4 ust. 1 i 3 umowy)

W toku realizowanych robót podwykonawca został uprawniony do wystawiania faktur przejściowych i ostatecznie faktury końcowej. Podstawę do ich wystawienia stanowiły przejściowy/końcowy protokół odbioru przedmiotu umowy potwierdzony przez Inwestora

i Kierownika Budowy zaś w przypadku dostawy kotew na podstawie dokumentów W-Z. Termin płatności faktur określono na 30 dni od daty wpływu faktury do siedziby Wykonawcy, za którą należało uważać adres biura budowy. (§5 ust. 1, 2, 3)

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 gwarancję bankową lub ubezpieczeniową na kwotę odpowiadającą 5% wartości wynagrodzenia umownego brutto z terminami ważności: 100% wartości gwarancji do upływu 30 dni po dacie wystawienia Świadczenia Wykonani, nie dłużej niż do 31 lipca 2012 r. a następnie do 30% wartości gwarancji do upływu 15 dni po dacie upływu okresu gwarancji i rękojmi.

Strony przewidziały również, że Wykonawca jest zobowiązany do zwrotu kwot zatrzymanych w przypadku złożenia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na 5% wartości umowy w toku realizacji umowy podwykonawczej, w terminie 14 dni od dnia wystąpienia z wnioskiem w tym zakresie przez podwykonawcę. (§ 5 ust. 8 i 9 umowy).

Integralną częścią umowy były m.in. Specyfikacje Techniczne i Dokumentacja Projektowa – stanowiąca dokumentację kontraktową a także Ogólne Warunki Kontraktu i Szczególne Warunki Kontraktu.

Strony umowy podwykonawczej zastrzegły, że jej postanowienia będą wiązały strony dopiero w przypadku zaakceptowania Podwykonawcy przez Zamawiającego zgodnie z art. 647¹ k.c. (§ 14 ust. 12)

Aneks z dnia 16 grudnia 2011 r. do umowy podwykonawczej strony wprowadziły zapisy określone w subklauzuli 4.4 lit. e (...) dotyczące górnej granicy odpowiedzialności Zamawiającego w przypadku ubiegania się przez podwykonawcę o płatność w ramach solidarnej odpowiedzialności.

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy Wykonawca przekazał podwykonawcy Specyfikację Techniczną w zakresie robót mostowych – nr M.19.01.02, M.19.01.03 i M.19.01.04 oraz Dokumentację Projektową dotyczącą kontraktu w zakresie Tomu III- Roboty mostowe dotyczące obiektów: WD od 203 do 218 oraz WD- (...). (d: umowa podwykonawcza nr (...) z dnia 24.11.2011 r. k. 138-146, aneks nr (...) k. 147, Załącznik nr 3 k. 156v, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:21:33 k. 592).

Pismem z dnia 26 stycznia 2012 r. Kierownik Budowy przedstawił Inżynierowi Kontraktu zgodnie z subklauzulą 4.4 (...) umowę oraz kopię odpisu KRS i innych dokumentów podwykonawcy - firmy (...) S.A. z siedzibą w B. na wykonanie robót w zakresie M.19.01.02 - bariery energochłonne - mostowe i drogowe, M.19.01.03 - bariero-poręczce i M.19.01.04 - bariera ochronna. Pismo zostało doręczone Inżynierowi Kontraktu w dniu 22 stycznia 2012 r. oraz przekazane do wiadomości Kierownikowi Projektu. Do wniosku o zatwierdzenie podwykonawcy poza projektem umowy nie zostały załączone inne dokumenty zgodnie praktyką stosowaną przez strony umowy głównej. Na podstawie przedstawionego projektu umowy Zamawiający uzyskał wiedzę jaki podwykonawca (podmiotowo) i w jakim zakresie (zakres rzeczowy) będzie realizował roboty na danym odcinku inwestycji. (d: pismo z dnia 26.01.2012r. znak B. a (...) k. 137, zeznania świadka P. B. rozprawa 04.05.2016r. godz. 00:43:20, 00:52:45 k. 589v, k. 590, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:07:19 k. 591).

W terminie 14 dni określonym w subklauzuli 4.4 e (...) Zamawiający nie zajął żadnego stanowiska w tym nie złożył sprzeciwu ani zastrzeżeń. Z uwagi na bezskuteczny upływ terminu podwykonawca (...) S.A. uzyskał akceptację Zamawiającego w sposób milczący. (d: zeznania świadka P. B. – rozprawa 4.05.2016r. godz. 00:31:24, 00:32:24 k. 589,

zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:20:36 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:44:38 k. 593).

W dniu 1 lutego 2012 r. na zlecenie (...) S.A. (...) Bank (...) S.A. wystawił tytułem gwarancji dobrego wykonania robót z umowy nr (...), na rzecz B. a (...) Sp. z o.o. i B. a K. s. P., bezwarunkową i nieodwołalną gwarancję bankową na kwotę 150 278,94 zł. (d: gwarancja bankowa nr (...)12- (...) k. 514)

W okresie rozliczeniowym od 01 września – 30 września 2012 r. (...) S.A. zrealizowało roboty objęte umową podwykonawczą nr (...) polegające na wykonaniu barieroporęczy typ sztywny bez kotwy na obiektach WD od 204 do 208, 211, 212, 217, 218 i barieroporęczy (...)16C/1 na obiektach WA 209 o wartości 675 951,38 zł netto, tj. 831 420,20 zł brutto. Za realizację tych robót, na podstawie Przejściowego Świadczenia Płatności nr 3 potwierdzającego wykonanie w/w robót wystawionego przez Lidera Wykonawcy, (...) S.A. wystawiło Konsorcjum (...) w dniu 31 października 2012 r. fakturę VAT na kwotę 831 420,20 zł z terminem płatności do 30 listopada 2012r. Przedmiotowa faktura została przekazana Wykonawcy i nie została zapłacona w całości pomimo wezwania do zapłaty skierowanego w dniu 18 grudnia 2012 r. (d: (...) nr 3 za okres 01.09.2012r. – 30.09.2012r. k. 186-187, faktura VAT (...) z dnia 31.10.2012 r. – k. 185, wezwanie do zapłaty 18.12. (...). znak (...) k. 188, zeznania świadka M. W. rozprawa 04.05.2016r. k. 585, zeznania świadka P. B. rozprawa 04.05.2016r. godz. 00:34:14 k. 589, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:02:35 k. 590v, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:23:55, 01:26:29 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.10.2016r. godz. 01:38:30, 01:42:05 k. 592v).

Wobec braku płatności w/w faktury co do kwoty 531 420,20 zł (...) S.A. w dniu 01 marca 2013 r. zwrócił się o zapłatę w/w należności w ramach solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w terminie 7 dni. Do wniosku dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie i odbiór robót, oświadczenia oraz fakturę a także kopię umowy nr (...)r. (d: wniosek o płatność z 1.03.2013r. i załączniki k. 184-190)

Powód dokonał płatności na rzecz podwykonawcy (...) S.A. kwoty 531 420,20 zł w dniu 7 maja 2013 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków (...) k. 276)

W okresie rozliczeniowym od 01 października do 31 października 2012 r. (...) S.A. wykonała roboty objęte umową podwykonawczą nr (...) polegające na dostawie i montażu barier mostowych na obiekt (...) - w 100%, barieroporęczy typ sztywny bez kotwy na obiektach WD od 213 do 215 i 217 – w 100%, WD-218 w 99,63%, SO przy WD 213 – w 90,32%, SO przy WD 218 w 95,04% o wartości 427 986,69 zł netto, tj. 526 423,63 zł brutto. Za realizację w/w robót, na podstawie Zestawienia Wartości Wykonanych (...), Protokołu Odbioru Wykonanych (...) nr 4 potwierdzającego wykonanie w/w robót wystawionego przez Lidera Wykonawcy, (...) S.A. wystawiło na rzecz Konsorcjum (...) w dniu 30 listopada 2012 r. fakturę VAT na kwotę 526 423,63 zł z terminem płatności do 30 grudnia 2012r. Przedmiotowa faktura została przekazana Wykonawcy i nie została zapłacona pomimo wezwania skierowanego w dniu 01 marca 2013r. (d: zestawienie wartości wykonanych robót za okres 01.10.2012r. - 31.10.2012r. k. 195, protokół odbioru wykonanych robót nr 4 z 30.11.2012r. k. 194, faktura VAT (...) z dnia 30.11.2012 r. - k. 193, wezwanie do zapłaty 01.03.2013r. znak (...) k. 196, zeznania świadka P. B. rozprawa 04.05.2016r. godz. 00:34:14 k. 589, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:02:35 k. 590v, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:23:55, 01:26:29 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.10.2016r. godz. 01:38:30, 01:42:05 k. 592v).

Wobec braku płatności w/w faktury (...) S.A. w dniu 22 marca 2013 r. zwrócił się o zapłatę w/w należności do pozwanego w ramach solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w terminie 7 dni. Do wniosku podwykonawca dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie i odbiór robót, oświadczenia oraz fakturę a także kopię umowy nr (...)r. (d: wniosek o płatność z 22.03.2013r. i załączniki k. 192-199)

Powód dokonał płatności na rzecz podwykonawcy (...) S.A. kwoty 526 423,63 zł w dniu 7 maja 2013 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków (...) k. 277)

W okresie rozliczeniowym od 01 grudnia do 31 grudnia 2012 r. (...) S.A. wykonał roboty objęte umową podwykonawczą nr (...) polegające na dostawie

i montażu barier mostowych - na sumę 106 923,42 zł netto, tj. 131 515,99 zł brutto. Za realizację tych robót, na podstawie Zestawienia Wartości Wykonanych (...), Protokołu Odbioru Wykonanych (...) nr 5 potwierdzającego wykonanie w/w robót wystawionego przez Lidera Wykonawcy, (...) S.A. wystawiło Konsorcjum (...) w dniu 31 stycznia 2013 r. fakturę VAT na kwotę 131 515,99 zł z terminem płatności do 03 lutego 2013r. Przedmiotowa faktura została przekazana Wykonawcy i nie została zapłacona pomimo wezwania skierowanego w dniu 25 marca 2013r. (d: zestawienie wartości wykonanych robót za okres 01.12.2012r. - 31.12.2012r. k. 214v, protokół odbioru wykonanych robót nr 5

z 31.12.2014r. k. 214, faktura VAT (...) z dnia 31.01.2013 r. - k. 213, wezwanie do zapłaty 25.03.2013r. znak (...) k. 215, zeznania świadka P. B. rozprawa 04.05.2016r. godz. 00:34:14 k. 589, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:02:35 k. 590v, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:23:55, 01:26:29 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:38:30, 01:42:05 k. 592v).

Wobec braku płatności w/w faktury (...) S.A. w dniu 17 kwietnia 2013r. zwrócił się o zapłatę w/w należności do pozwanego w ramach solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w terminie 7 dni. Do wniosku podwykonawca dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie i odbiór robót, oświadczenia oraz fakturę a także kopię umowy nr (...)r. (d: wniosek o płatność z 17.04.2013r. i załączniki k. 212-218)

Powód dokonał płatności na rzecz podwykonawcy (...) S.A. kwoty 131 515,99 zł w dniu 4 lipca 2013 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków (...) k. 279)

W dniu 24 sierpnia 2012 r. B. a (...) Sp. z o.o. reprezentowany przez Dyrektora Kontraktu J. K. - zawarł z (...) S.A. z siedzibą w B. umowę nr (...), którą B. a (...) Sp. z o.o. zlecił, a podwykonawca zobowiązał się do wykonania, dostarczenia i montażu barier drogowych dla trasy głównej i dróg poprzecznych w łącznej ilości około 42 289 mb w rodzajach, ilości i na warunkach określonych w umowie zgodnie z otrzymaną Specyfikacją Techniczną, Dokumentacją Projektową oraz Ogólnymi i Szczególnymi Warunkami Kontraktu. (§ 1 ust. 1 umowy)

Roboty miały być wykonane w okresie od 10 września 2012 r. do 17 października 2012 r. (§ 2 ust. 1 umowy)

Wynagrodzenie mające charakter obmiarowy za wykonane roboty strony ustaliły wstępnie na 4 930 574,80 zł netto. Ostatecznie wysokość wynagrodzenia podlegała ustaleniu przy uwzględnieniu cen jednostkowych i rzeczywistych ilości robót wykonanych zgodnie ze Specyfikacją Techniczną i Dokumentacją Projektową, potwierdzonych przez Wykonawcę

i Inwestora. (§ 3 ust. 1-3)

Pozostałe postanowienia umowne w tym odnośnie zasad obioru robót, uznawania robót za odebrane przez Wykonawcę (§ 4 ust. 1, 3), zasad płatności w tym wystawiania faktur, terminu płatności i miejsca dostarczania faktur (§ 5 ust. 1-3, 5), ustanowienia zabezpieczenia i zasad zwolnienia kwot (§ 5 ust. 7-9) strony umowy podwykonawczej określiły w tożsamy sposób jak w umowie nr (...).

Ponadto do umowy wprowadzono zapis dotyczący warunków, na których podwykonawca może ubiegać się o płatność od Zamawiającego w ramach solidarnej odpowiedzialności. (§ 5 ust. 12)

Za integralną część umowy strony uznały m.in. Szczególne Warunki Kontraktu, Specyfikacje (...) i Dokumentację Projektową przy czym zastrzegły, że umowa zaczyna obowiązywać w przypadku zaakceptowania podwykonawcy przez Zamawiającego w formie pisemnej zgodnie z art. 647¹ k.c. (§ 13 ust. 1 i § 14 ust. 11) (d: umowa podwykonawcza z dnia 24.08.2012r. k. 158-165)

W dniu 19 października 2012 r. strony aneksowały w/w umowę rozszerzając zakres robót o wykonanie połączeń barier stalowych i betonowych – (...) w ilości 44 sztuk, dostawę i montaż odblasków na barierach wykonanych przez (...) S.A. w ilości 280 sztuk i dostawę 350 wklejanych kotew H. fi 20 mm wraz z klejem. Za w/w zakres robót ustalone zostało wynagrodzenie w kwocie 38 050 zł netto. Termin wykonania w/w robót został określony na 31 października 2012 r. (d: aneks nr (...) do umowy k. 166-166a)

W dniu 4 lutego 2013 r. na wniosek podwykonawcy (...) S.A. została wystawiona przez (...) Bank (...) S.A. nieodwołalna i bezwarunkowa gwarancja bankowa na kwotę 91 671,13 zł tytułem zabezpieczenia zobowiązań z tytułu rękojmi z umowy nr (...) i aneksu nr (...) do w/w umowy. (d: gwarancja bankowa nr (...)13- (...) k. 165v)

W zakresie umowy nr (...) S.A. został zaakceptowany przez Zamawiającego. (d: pismo Inżyniera Rezydenta z dnia 18.09.2012r. znak (...) (...) (...) k. 167, pismo Kierownika Projektu z dnia 27.09.2012r. znak (...) (...) (...)29.8.A/C k. 168, zeznania świadka M. Ł. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:00:46 k. 590v, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:20:36 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:44:38 k. 593)

Pisma zawierające zatwierdzenie podwykonawcy podpisane przez Kierownika Projektu nie były kwestionowane ani przez Wykonawcę ani przez przełożonych P. B. ze strony Zamawiającego. (d: zeznania świadka P. B. rozprawa 04.05.2016r. godz. 00:50:26 k. 590)

W okresie rozliczeniowym od 10 września do 31 października 2012 r. (...) S.A. wykonało roboty objęte umową podwykonawczą nr (...) polegające na dostawie i montażu barier drogowych - na sumę 804 720,29 zł netto, tj. 989 805,96 zł brutto. Za realizację w/w robót, na podstawie Zestawienia Wykonanych (...) z 20 listopada 2012 r. i Protokołu Odbioru (...) Nr (...) potwierdzającego wykonanie w/w robót wystawionego przez Lidera Wykonawcy, (...) S.A. wystawiło Konsorcjum (...) w dniu 16 stycznia 2013 r. fakturę VAT na kwotę 989 805,96 zł z terminem płatności do 15 lutego 2013r. Przedmiotowa faktura została przekazana Wykonawcy i nie została zapłacona pomimo wezwania skierowanego w dniu 01 marca 2013 r. (d: protokół odbioru wykonanych robót nr 1 z 20.11.2012r. k. 204, zestawienie wartości wykonanych robót za okres 10.09.2012r.- 31.10.2012r. k. 205, faktura VAT (...) z dnia 16.01.2013 r. - k. 201, wezwanie do zapłaty 01.03.2013r. znak (...) k. 207, zeznania świadka M. W. rozprawa 04.05.2016r. k. 585, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:23:55, 01:26:29 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.10.2016r. godz. 01:38:30, 01:42:05 k. 592v).

W okresie rozliczeniowym od 01 listopada do 30 listopada 2012 r. (...) S.A. wykonało roboty objęte umową podwykonawczą nr (...) polegające na dostawie i montażu barier drogowych - na sumę 1 819 247,35, zł netto, tj. 2 237 674,24 zł brutto. Za realizację tych robót, na podstawie Zestawienia Wykonanych (...) z 19 grudnia 2012 r. i Protokołu Odbioru (...) Nr (...) potwierdzającego wykonanie w/w robót wystawionego przez Lidera Wykonawcy, (...) S.A. wystawiło Konsorcjum (...) w dniu 16 stycznia 2013 r. fakturę VAT na kwotę 2 237 674,24 zł z terminem płatności do 15 lutego 2013r. Przedmiotowa faktura została przekazana Wykonawcy i nie została zapłacona pomimo wezwania skierowanego w dniu 01 marca 2013 r. (d: protokół odbioru wykonanych robót nr 2 z 19.12.2012r. k. 206, zestawienie wartości wykonanych robót za okres 01.11.2012r.-30.11.2012r. k. 206v, faktura VAT (...) z dnia 16.01.2013 r. - k. 203, wezwanie do zapłaty 01.03.2013r. znak (...) k. 207, zeznania świadka M. W. rozprawa 04.05.2016r. k. 585, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:23:55, 01:26:29 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.10.2016r. godz. 01:38:30, 01:42:05 k. 592v)

Wobec braku płatności faktury nr (...) i VAT (...) w łącznej kwocie 3 227 480,20 zł (...) S.A. w dniu 22 marca 2013 r. zwrócił się o zapłatę w/w należności do pozwanego w ramach solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w terminie 7 dni. Do wniosku dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie i odbiór robót, oświadczenia oraz faktury a także kopię umowy nr (...)r. (d: wniosek o płatność z 22.03.2013r. i załączniki k. 201-210)

Powód dokonał płatności na rzecz podwykonawcy (...) S.A. kwoty 3 227 480,20 zł w dniu 7 maja 2013 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków (...) k. 278)

W okresie rozliczeniowym od 01 grudnia do 31 grudnia 2012 r. (...) S.A. wykonało roboty objęte umową podwykonawczą nr (...) polegające na dostawie i montażu barier drogowych - na sumę 866 791,61 zł netto, tj. 1 066 153,68 zł brutto. Za realizację tych robót, na podstawie Zestawienia Wykonanych (...) z 31 stycznia 2013r. i Protokołu Odbioru (...) Nr (...) potwierdzającego wykonanie w/w robót wystawionego przez Lidera Wykonawcy, (...) S.A. wystawiło B. a (...) Sp. z o.o. w dniu 31 stycznia 2013 r. fakturę VAT na kwotę 1 066 153,68 zł z terminem płatności do 02 marca 2013r. Przedmiotowa faktura została przekazana Wykonawcy i nie została zapłacona pomimo wezwania skierowanego w dniu 25 marca 2013 r. (d: protokół odbioru wykonanych robót nr 3 z 31.01.2013r. k. 222, zestawienie wartości wykonanych robót za okres 01.12.2012r. -31.12.2011r. k. 223, faktura VAT (...) z dnia 31.01.2013 r.- k. 221, wezwanie do zapłaty 25.03.2013r. znak (...) k. 224, zeznania świadka M. W. rozprawa 04.05.2016r. k. 585, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:23:55, 01:26:29 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.10.2016r. godz. 01:38:30, 01:42:05 k. 592v)

Wobec braku płatności w/w faktury (...) S.A. w dniu 17 kwietnia 2013 r. zwrócił się o zapłatę w/w należności do pozwanego w ramach solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w terminie 7 dni. Do wniosku dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie i odbiór robót, oświadczenia oraz faktury a także kopię umowy nr (...)r. (d: wniosek o płatność z 17.04.2013r. i załączniki k. 220-227)

Powód dokonał płatności na rzecz podwykonawcy (...) S.A. kwoty 1 066 153,68 zł w dniu 4 lipca 2013 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków (...) k. 280)

W okresie rozliczeniowym od 01 stycznia do 31 stycznia 2013 r. (...) S.A. wykonał roboty objęte umową podwykonawczą nr (...) polegające na dostawie i montażu stalowych barier ochronnych - na sumę 502 887,48 zł netto, tj. 618 551,60 zł brutto. Za realizację tych robót, na podstawie Zestawienia Wartości Wykonanych (...) z 28 lutego 2013 r. i Protokołu Odbioru Wykonanych (...) Nr 4 potwierdzającego wykonanie w/w robót wystawionego przez Lidera Wykonawcy, (...) S.A. wystawiło B. a (...) Sp. z o.o. w dniu 28 lutego 2013 r. fakturę VAT na kwotę 618 551,60 zł z terminem płatności do 30 marca 2013r. Przedmiotowa faktura została przekazana Wykonawcy i nie została zapłacona pomimo wezwania skierowanego w dniu 16 kwietnia 2013 r. (d: protokół odbioru wykonanych robót nr 4 z 28.02.2013r. k. 231, zestawienie wartości wykonanych robót za okres 01.01.2013r. - 31.01.2013r. k. 232, faktura VAT (...) z dnia 28.02.2013 r. - k. 230, wezwanie do zapłaty 16.04.2013r. znak (...) k. 233, zeznania świadka M. W. rozprawa 04.05.2016r. k. 585, zeznania świadka P. J. rozprawa 04.05.2016r. godz. 01:23:55, 01:26:29 k. 592, zeznania świadka J. R. rozprawa 04.10.2016r. godz. 01:38:30, 01:42:05 k. 592v)

Wobec braku płatności w/w faktury, (...) S.A. w dniu 16 maja 2013 r. zwrócił się o zapłatę w/w należności do pozwanego w ramach solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w terminie 7 dni. Do wniosku dołączył dokumenty potwierdzające wykonanie i odbiór robót, oświadczenia oraz faktury a także kopię umowy nr (...)r. (d: wniosek o płatność z 16.05.2013r. i załączniki k. 229-236)

Powód dokonał płatności na rzecz podwykonawcy (...) S.A. kwoty 571 750,10 zł w dniu 10 lipca 2013 r. (d: potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków (...) k. 281)

Z dniem 12 listopada 2012 r. Zamawiający potwierdził przejęcie robót I Etapu w tym również barier energochłonnych na trasie głównej i obiektach inżynierskich. (d: Świadcstwo Przejęcia (...) dla I Etapu z dnia 12.11.2012 Załącznik nr 1.1 k. 170-174v, Załącznik nr 1.2 k. 174v-178, załącznik nr 1.3 k. 178v, załączniki nr 1.4-1.8 k. 179-181v, korekta Świadcstwa Przejęcia (...) dla I Etapu k. 182)

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 ujęte zostały m.in. roboty wykonane przez w/w podwykonawcę z zakresu dostawy i montażu barier ochronnych o wartości 824 042,39 zł netto. 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. 444, Tabela (...) Rozliczeniowych nr 24 k. 445-453, faktura VAT (...) k. 454, potwierdzenia płatności z 6.11.2012r. k. 455-457 i 461, potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę z dnia 13.11.2012r. k. 458, faktura VAT nr (...) k. 453, pełnomocnictwo z 31.10.2012r. udzielone przez Wykonawcę I. S. do dokonania płatności na rzecz (...) Sp. z o.o. k. 462)

W dniu 29 listopada 2012 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 25 obejmujące okres od 01 listopada do 30 listopada 2012r., w którym ujęte zostały m.in. roboty wykonane przez w/w podwykonawcę w zakresie dostawy i montażu barier ochronnych o wartości 2 545 665,12 zł netto. 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 25 wystawił fakturę nr (...) o wartości 24 061 965,48 zł. brutto. Powód dokonał płatności w/w kwot na rzecz Wykonawcy w zakresie kwoty 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 25 k. 464, Tabela (...) Rozliczeniowych nr 25 k. 465-473, faktura VAT (...) k. 474, potwierdzenia płatności z 5.12.2012r. k. 475-477, potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę z dnia 10.12.2012r. k. 478, pełnomocnictwo z 29.11.2012r. udzielone przez Wykonawcę I. S. do dokonania płatności na rzecz (...) Sp. z o.o. k. 479)

W dniu 10 grudnia 2012 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 26 obejmujące okres od 01 grudnia do 10 grudnia 2012r., w którym ujęte zostały m.in. roboty wykonane przez w/w podwykonawcę w zakresie dostawy i montażu barier ochronnych o wartości 959 228,35 zł netto i barier energochłonnych na kwotę 151 380 zł netto. 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 26 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 26 k. 471, Tabela (...) Rozliczeniowych nr 26 k. 472-490, faktura VAT (...) k. 454, potwierdzenia płatności z 6.11.2012r. k. 455-457 i 461, potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę z dnia 21.12.2012r. k. 492-493)

W dniu 20 czerwca 2013 r. Inżynier Kontraktu wystawił Przejściowe Świadczenie Płatności nr 27 obejmujące okres od 01 stycznia do 10 czerwca 2013r., w którym ujęte zostały m.in. roboty wykonane przez w/w podwykonawcę w zakresie dostawy i montażu barier ochronnych o wartości 409 993,59 zł netto oraz w zakresie osłon energochłonnych o wartości 75690 zł netto. Wartość robót wykonawcy zrealizowanych w w/w okresie została określona przez Inżyniera na kwotę 6 168 017,20 zł. netto. Wykonawca w dniu 20 czerwca 2013 roku na podstawie w/w (...) nr 27 wystawił fakturę nr (...) o wartości 5 233 883,80 zł. brutto i nr (...) o wartości 2 352 777,36 zł. brutto. Zaspokojenie w/w należności nastąpiło poprzez umorzenie na skutek potrącenia dokonanego przez powoda w dniu 19 lipca 2013 r.

z wierzytelnościami Inwestora z tytułu płatności dokonanych na rzecz podwykonawców na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w okresie od 29 stycznia 2013 r. do 14 marca 2013 r. (d: (...) nr 27 k. 495, Tabela (...) Rozliczeniowych nr 27 k. 496-504, faktura VAT (...) k. 505, faktura VAT nr (...) k. 507, oświadczenie o kompensacie z 19.07.2013r. k. 509, zpo k. 511)

W okresie realizacji kontraktu do dnia 20 czerwca 2013 roku Wykonawca za dostawę i montaż barier ochronnych stalowych otrzymał płatność za roboty o wartości netto 5 262395,92 zł. zaś za osłony energochłonne 227 070,00 zł. (d: Tabela elementów rozliczeniowych nr 27 k. 500-501)

W dniu 23 kwietnia 2013 r. (...) Oddział w Ł. wystawiła Konsorcjum firm B. a (...) Sp. z o.o. notę księgową na kwotę 4 285 324,03 zł w związku z dokonaniem płatności na rzecz podwykonawcy (...) S.A. zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. kwot: 526 423,63 zł - faktura nr (...), 531 420,20 zł. - faktura nr (...), 3 227 480,20 zł - faktury nr (...) i (...), wzywając do zapłaty tej sumy w terminie 7 dni od doręczenia noty. (d: nota księgową nr (...) z 23.04.2013 r.- k. 238).

W dniu 12 sierpnia 2013 r. (...) Oddział w Ł. wystawiła Konsorcjum firm B. a (...) Sp. z o.o. notę księgową na kwotę 2 706 108,79 zł w związku z dokonaniem płatności m.in. na rzecz podwykonawcy (...) S.A. zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. kwot: 571 750,10 zł - faktura nr (...), 131 515,99 zł. - faktura nr (...), 1 066 153,68 zł - faktura nr (...), wzywając do zapłaty tej sumy w terminie 7 dni od doręczenia noty. (d: nota księgową nr (...) z 12.08.2013 r.- k. 241).

Powyższa nota księgową nr (...) została doręczona B. a (...) Sp. z o.o. w dniu 19 sierpnia 2013 r. (d: zpo k. 242-243)

Kwoty wynikające z noty nr 37/2013 i 80/2013 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. pozwany na podstawie subklauzuli 2.5 i zgodnie z subklauzulą 4.4 (...) złożył pozwanemu – Konsorcjum (...) roszczenie związane z brakiem płatności na rzecz m.in. podwykonawcy (...) S.A. za prace wykonane na kontrakcie. 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. 250-251)

W dniu 6 lutego 2014 r. powód przekazał wnioski podwykonawców w tym (...) S.A. o wypłatę na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. Inżynierowi Kontraktu w celu określenia zgodnie z subklauzulą 3.5 WK oraz w świetle S. 4.4. Inżynier Kontraktu wdrożył procedurę i po jej przeprowadzeniu uznał, że Zamawiający jest uprawniony do potrącenia wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego w kwocie 36 811 507,16 zł brutto. (d: pismo (...) /Ł- (...) .29.8.A-1/C z 6.02.2014r. k. 253, pismo Inżyniera Kontraktu z 07.02.2014r. znak (...) /A1/C/08/IK/07/01/08/02/2014 k. 255, pismo Inżyniera Kontraktu z 07.02.2014r. znak (...) /A1/C/08/IK/07/01/07/02/2014 k. 257--259)

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 37/2013 w wysokości 4 285 324,03 zł. i nr (...) w wysokości 2 706 108,79 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. 261-263, zpo k. 264-265, pismo (...) z 28.03.2014r. znak (...) / (...) k. 267, zpo-268-269)

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. 271, zpo k. 272, zestawienie dokonanych potrąceń k. 273-274v)

W dniu 24 listopada 2014 r. B. a (...) Sp. z o.o. zmieniła nazwę na Drogi i (...) Sp. z o.o. odpis pełny z rejestru przedsiębiorców KRS nr (...) – k. 312-322).

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 nie mniej 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 należały m.in. Przejściowe Zestawienia Płatności, Zestawienia wartości wykonanych robót, Protokoły odbioru wykonanych robót, pisma kierowane w trybie subklauzul kontraktowych czy umowy podwykonawcze zawierane w celu powierzenia wykonania określonego zakresu robót.

Sąd za podstawę ustaleń przyjął również zeznania świadków M. W., P. B., M. Ł., P. J. i J. R., 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., M. Ł. czy M. W. ograniczały się zasadniczo do ogólnych zasad stosowanych, przestrzeganych w czasie realizacji kontraktu, nie mniej jednak, zdaniem Sądu, nie podważało to wiarygodności zeznań w/w świadków albowiem nie posiadanie informacji szczegółowych odnośnie tych konkretnych umów podwykonawczych zawartych z firmą (...) S.A. uzasadniał nie tylko znaczny upływ czasu ale również wielość podwykonawców, którzy realizowali określone roboty, a na rzecz których były dokonywane wypłaty w ramach solidarnej odpowiedzialności.

Podkreślić również wypada, że procedury określone subklauzulami m.in. odnoszącymi się do 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 „co prawda sama decyzja co do zgody na zawarcie umowy podwykonawczej należała do (...) nie mniej jednak składane przez niego oświadczenia woli w zakresie akceptacji podwykonawcy nie były kwestionowane przez żadną ze stron w tym również przez Dyрекcję Oddziału w Ł.”. Ponadto okoliczność, że Kierownik Projektu był reprezentantem Zamawiającego w relacjach z Wykonawcą w czasie trwania kontraktu, nie budziła wątpliwości przedstawicieli Wykonawcy albowiem uznawano, że przekazanie dokumentów Kierownikowi Projektu jest równoznaczne z powzięciem wiedzy i świadomości o danych okolicznościach dotyczących realizacji kontraktu.

Sąd nie znalazł również podstaw do kwestionowania zeznań P. J. i J. R. albowiem są one w pełni kompatybilne z dokumentami złożonymi do akt a odnoszącymi się do kwestii realizacji obu umów podwykonawczych nr (...) i (...). Ponadto w sposób rzeczowy przyznali, że wszystkie faktury zgodnie z postanowieniami umowy były przedstawiane z szeregiem dokumentów Wykonawcy nie mniej jednak nie spotkali się i nie przypominają sobie aby dochodziło do akceptacji w jakiś szczególny sposób składanych przez nie faktur a także aby faktury z taką akceptacją – zatwierdzeniem były im przesyłane ponownie. Taka też informacja jest zgodna z warunkami umów podwykonawczych, z których 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 Zestawienia Wartości Wykonanych (...) i Protokoły Odbioru Wykonanych (...) podlegające potwierdzeniu przez osoby uprawnione do działania w imieniu Wykonawcy – kierownika budowy, dyrektora kontraktu – pracownika działu technicznego – 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 nie mające żadnego uzasadnienia tym bardziej, że Wykonawca nigdy sam nie zwracał podwykonawcom faktur z oznaczeniem „zaakceptowane” – „zatwierdzone”.

Sąd za wiarygodne uznał również zeznania w/w świadków odnośnie okoliczności dotyczących zatwierdzenia (...) S.A jako podwykonawcy co jak podkreślili świadkowie miało dla nich szczególne znaczenie, gdyż bez takiej akceptacji w/

w umowy nie byłyby realizowane. Powyższe pozostaje w całości kompatybilne z treścią zapisów obu umów – m.in. z § 14 ust. 11 lit. b czy (k. 165) czy § 14 ust. 12 (k. 155v)

Sąd nie poczynił ustaleń na podstawie zeznań świadka A. N.

albowiem jego zeznania, z uwagi na zakres wiedzy, nie odnosiły się do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Wskazać wypada, iż świadek przebywa już na emeryturze a zakres jego wiedzy co najmniej z uwagi na upływ czasu był bardzo znikomy.

Sąd oddalił wnioski o przesłuchanie świadków J. U. – inspektora nadzoru ds. drogowych oraz wnioski o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Z. K., który został zgłoszony na rozprawie w dniu 04 maja 2016r. Sąd uznał, iż okoliczności, na które mieliby zeznawać w/w świadkowie powinny być wykazane za pomocą dokumentów co też zostało uczynione w niniejszym postępowaniu skoro powód złożył do akt dokumenty

w postaci (...), Protokołów Odbioru (...) czy Zestawień Wartości Wykonanych (...), które jak już wskazano powyżej są właściwymi dokumentami kontraktowymi umożliwiającymi ustalenie rodzaju, zakresu i wartości wykonanych robót i dokonania ich odbioru. Ponadto brak możliwości przedstawienia bardziej szczegółowych danych niż te które wynikają z dokumentów potwierdziły również zeznania M. W., która pełniła funkcję na w/w kontrakcie – inspektora nadzoru robót drogowych. Jak wynika z jej zeznań elementy podlegające realizacji przez (...) S.A. musiały być wykonane skoro obiekt jest użytkowany nie mniej jednak na podstawie jej zeznań nie można ustalić żadnych szczegółów dotyczących rodzaju czy nawet ilości robót.

Ponadto jeżeli chodzi o dowód z zeznań świadka Z. K. Sąd uznał go również za spóźniony albowiem zgodnie z art. 207 § 6 k.p.c. strona powodowa nie uprawdopodobniła, że nie mogła zgłosić tego dowodu w pozwie lub w dalszym piśmie procesowym bez swojej winy lub też, że jego przeprowadzenie nie przyczyniłoby się do przedłużenia postępowania. W ocenie Sądu dopuszczenie tegoż dowodu zgłoszonego na terminie 4 maja 2016 r. wiązałoby się z odroczeniem rozprawy i wyznaczeniem kolejnego terminu co bezspornie przyczyniłoby się do przedłużenia postępowania. Ponadto zdaniem Sądu w niniejszej sprawie nie zgłoszenie w/w świadka w pozwie wobec posiadania wiedzy jaki zakres robót był realizowany przez podwykonawcę co najwyżej może świadczyć o braku rzetelnego przygotowania pozwu, który już zgodnie z zasadą koncentracji materiału dowodowego powinien zawierać przytoczenie wszystkich twierdzeń, zarzutów i wskazanie wszystkich dowodów.

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 17 lutego 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 zajęć 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.

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad zasługiwało na uwzględnienie w całości, tj. w takim zakresie w jaki zostało zgłoszone w pozwie.

Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że Sąd uznał za nieskuteczną modyfikację powództwa, oświadczenie złożone ustnie przez pełn. powoda na rozprawie w dniu 4 maja 2016 r. a następnie w załączniku do protokołu, odnośnie rozszerzenia powództwa poprzez domaganie się odsetek od kwoty objętej notą nr 80/2013, tj. od kwoty 1 769 419,77 zł od dnia 28 sierpnia 2013 r. a nie jak w pozwie od dnia 1 marca 2014 r.

Powyższe stanowisko w całości uzasadniają zapisy art. 193 § 2¹ k.p.c. w myśl którego dla skutecznego dokonania modyfikacji konieczne jest jej złożenie w piśmie procesowym, a swój skutek wobec strony pozwanej wywiera dopiero z chwilą doręczenia jej tegoż pisma procesowego.

W doktrynie wskazano, że regulacja art. 193 § 3 k.p.c., z której wynika, że skutki zmiany powództwa rozpoczynają się z chwilą, w której roszczenie to powód zgłosił na rozprawie w obecności pozwanego, w innych zaś wypadkach - z chwilą doręczenia pozwanemu pisma zawierającego zmianę i odpowiadającego wymaganiom pozwu, wywołuje wątpliwości, co do chwili nastąpienia skutków zmiany powództwa, po wprowadzeniu ograniczeń w zakresie formy zmiany przedmiotowej, o jakich mowa w art. 193 § 2¹ k.p.c. Oceniając jednakże powyższą regulację podniesiono, że norma art. 193 § 2¹ k.p.c. wyraźnie wiąże skuteczność zmiany powództwa ze złożeniem pisma procesowego spełniającego warunki pozwu z wyjątkiem wskazanym w tym przepisie oraz w art. 466 k.p.c. Skuteczność zmiany powództwa przez złożenie ustnego oświadczenia do protokołu, o jakiej mowa w art. 193 § 3 k.p.c., odnosi się wyłącznie do takich sytuacji wyjątkowych, w których ustawodawca zezwolił na zmianę powództwa w formie ustnej. W przeciwnym razie ustne oświadczenie procesowe powinno zostać przez sąd zignorowane w tym sensie, że sąd powinien umożliwić powodowi złożenie pisma procesowego zawierającego zmianę powództwa i dopiero od jego złożenia następują skutki związane z wniesieniem pozwu do sądu, a nie z jego doręczeniem. Zwrócono również uwagę, że skutki, o jakich mowa w art. 193 § 3 k.p.c., dotyczą skutków, jakie ustawa wiąże z doręczeniem pozwu pozwanemu, nie zaś z wniesieniem tego pozwu.” (komentarz do art. 193 k.p.c. Małgorzaty Manowskiej z 01.09.2015r.)

Zaprezentowane stanowisko orzekający Sąd w całości podziela. Podkreślić przy tym wypada, iż powyższego wymogu, tj. konieczności zachowania formy pisemnej, nie stanowi również złożenie załącznika do protokołu zgodnie z art. 161 k.p.c. albowiem nie ma on charakteru pisma procesowego, którym jest pismo przygotowawcze ale już nie załącznik do protokołu.

Zgodnie z art. 127 k.p.c. celem pisma przygotowawczego jest ukształtowanie przez strony ram podmiotowych i przedmiotowych danego postępowania jeszcze przed rozprawą i to za jego pomocą strony przedstawiają swoje stanowisko i odnoszą się do stanowiska strony przeciwnej. Na rodzaj i charakter dalszych pism procesowych wskazuje również art. 207 § 3 k.p.c. Jak już wskazano również art. 193 § 2¹ k.p.c., tj. w przypadku zmiany powództwa nakazuje wręcz zastosowanie pisma procesowego.

Prawidłowe złożenie pisma przygotowawczego obwarowane jest szczegółowymi rygorami. Musi ono m.in. wskazywać zwięźle stan sprawy i zawierać istotne w sprawie stanowisko strony. Poza tym jak wskazano wyżej, musi być złożone w odpowiednich terminach wskazanych przez Sąd oraz spełniać wskazane w art. 126 § 1 k.p.c. wymogi formalne oraz zawierać odpowiednią liczbę odpisów i odpisów załączników (art. 128 § 1 k.p.c.).

Większość powyższych wymogów, jakie musi spełniać pismo przygotowawcze nie dotyczy natomiast załącznika do protokołu składanego na podstawie art. 161 k.p.c. Celem jego złożenia jest wyłącznie doprecyzowanie złożonych w toku posiedzenia wniosków, oświadczeń, ich uzupełnienie i sprostowanie.

Zaznaczyć przy tym należy, że złożony przez stronę załącznik do protokołu nie może zawierać żadnych innych elementów, które nie zostały przez stronę na rozprawie podniesione. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 listopada 2003 r. (sygn. akt I CK 229/2002) „załącznik do protokołu nie ma znaczenia samoistnego; jego rola jest pomocnicza w stosunku do obowiązującej zasady ustności rozprawy. Dlatego załącznik nie może zawierać treści samodzielnych, lecz musi ograniczać się do zreferowania lub streszczenia ustnych wywodów i wniosków, przedstawianych uprzednio na rozprawie.” Tym niemniej strona w załączniku do protokołu ma prawo rozwinąć i uzasadnić swoje stanowisko zaprezentowane na rozprawie”.

Niezależnie od powyższego, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 maja 2012 r. (sygn. akt I PK 179/2011 niepubl.) „pomimo pisemnej formy, załącznik do protokołu nie jest bowiem pismem procesowym, a więc nie musi spełniać wymagań określonych w art. 126 i 128 k.p.c. Nie jest więc konieczne składanie jego odpisów.”

Mając na uwadze powyższe podkreślić wypada, że zasadnicze różnice między pismem przygotowawczym a załącznikiem do protokołu sprowadzają się do tego, że celem pisma przygotowawczego jest zaprezentowanie

stanowiska strony poza rozprawą, a celem załącznika do protokołu jest ujęcie na piśmie stanowiska strony zajętego przez nią uprzednio w toku rozprawy.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać wypada, iż co prawda pełn. powoda złożył na rozprawie ustnie oświadczenie co do rozszerzenia roszczenia o odsetki za dłuższy okres czasu a następnie przedmiotowe oświadczenie zawarł w załączniku do protokołu, który pomimo braku obowiązku doręczył drugiej stronie to i tak, przedmiotowej modyfikacji nie można było uznać za skuteczną.

Po pierwsze czy złożenie ustnie czy też ujęcie oświadczenia w zakresie modyfikacji powództwa w załączniku do protokołu – nie będącym pismem procesowym, nie może go zastąpić – nie odpowiada warunkom z art. 193 § 2¹ k.p.c. Po drugie nawet gdyby przyjąć, że taka forma jest dopuszczalna to załącznik został złożony już po zamknięciu rozprawy a tym samym zgodnie z art. 316 k.p.c. Sąd i tak nie może jej uwzględnić albowiem orzeka wg stanu jaki istniał na chwilę zamknięcia rozprawy. Po trzecie dla skuteczności takiej modyfikacji konieczne byłoby doręczenie pisma ją zawierającego za pośrednictwem Sądu zgodnie z art. 132 § 1¹ k.p.c. a nie jak to zostało uczynione przez stronę powodową zgodnie w trybie art. 132 § 1 k.p.c.

Z tych też względów rozpoznaniu przez Sąd podlegało powództwo określone w pozwie, zgodnie z którym powód domagał się zasądzenia od pozwanych solidarnie kwoty 6 054 743,80 zł wraz z odsetkami ustawowymi powstałymi na skutek opóźnienia w spełnieniu świadczenia liczonymi od 1 marca 2014 r.

W toku postępowania bezsporne były zarówno kwestie dotyczące zawarcia pomiędzy stronami umowy nr (...)r. w dniu 18 czerwca 2010 r., jak i realizacji w tym wydania Wykonawcy Świadcstwa Przejęcia (...) dla I Etapu z dniem 12 listopada 2012 r. ale i również zawarcie i realizacja przez (...) S.A. dwóch umów podwykonawczych nr (...) i (...) 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 (...) S.A. przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Inwestora – kwoty 6 054 743,80 zł tytułem wynagrodzenia za roboty wykonane przez podwykonawcę i odebrane w ramach Kontraktu Głównego w okresie od września 2012 r. do 31 stycznia 2013 r.

Przedmiotem sporu pozostawała natomiast okoliczność czy powód zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. był zobowiązany do dokonania zapłaty w/w kwoty a także czy po stronie powoda powstało uprawnienie do dochodzenia roszczenia regresowego wobec Wykonawcy, który był stroną w/w umów podwykonawczych i na którym to w pierwszej kolejności spoczywał obowiązek spełnienia takiego świadczenia.

Zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność 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).

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 należy, że kwoty, które zostały zgłoszone w ramach roszczeń skierowanych do powoda przez (...) S.A. odpowiadały wyłącznie wynagrodzeniu, które przysługiwało w/w podwykonawcy za prace wykonane w ramach umów podwykonawczych o numerach (...) i (...), odpowiadających cechom umowy o roboty budowlane określonym w art. 647 k.c. Osiągnięty bowiem efekt - odpowiednio w postaci wykonanych barieroporczy na obiektach mostowych oraz barier ochronnych drogowych stalowych - stanowił element całej inwestycji realizowanej na podstawie umowy zawartej pomiędzy stronami niniejszego postępowania.

Jak już wskazano powyżej przedmiotowe okoliczności nie były kwestionowane przez pozwanych a tym samym należało je uznać za przyznane.

Ponadto w ocenie Sądu za bezsporne należało również przyjąć okoliczności dotyczące wykonania przez (...) S.A. zakresu robót zleconych wskazanymi umowami

o wartości, na które zostały przez nich wystawione faktury, tj. nr (...) z dnia 31 października 2012r, nr (...) z dnia 30 listopada 2012 r., nr (...) i (...) z dnia 10 stycznia 2013 r., nr (...) z dnia 31 stycznia 2013 r., nr (...) z dnia 31 stycznia 2013 r. i nr (...) z dnia 28 lutego 2013 r. Fakt ich wykonania i odebrania

a także ich jakość została potwierdzona przez Wykonawcę w ramach: (...) nr 3 z 31 października 2012 r., Protokołu Odbioru Wykonanych (...) nr 4 z dnia 30 listopada 2012 r, Nr 1 z dnia 20 listopada 2012 r., Nr 2 z 19 grudnia 2012 r., Nr 5 z dnia 31 stycznia 2013 r., NR 3 z 31 stycznia 2013 r i nr 4 z 28 lutego 2013 r. a także dołączonymi do nich Zestawieniami Wartości Wykonanych (...). W/w dokumenty w imieniu Wykonawcy zostały podpisane odpowiednio przez pracownika kierownika działu technicznych T. L., Dyrektora Kontraktu J. K. lub Kierownika Budowy Ł. M., tj. osoby uprawnione do działania w imieniu Wykonawcy w tym w zakresie potwierdzania ilości wykonanych i odebranych robót oraz ich wartości, co wprost wynika z umowy Konsorcjum z 16 lipca 2012 r. § 3 ust. 8. (k. 111) Przedmiotowe dokumenty były zgodne również dokumentami określonymi w § 5 ust. 2 obu umów podwykonawczych, których wystawienie potwierdzało wykonanie, odbiór i wartość wykonanych robót. Realizację robót powierzonych na podstawie przedmiotowych umów potwierdzili również świadkowie P. J. i J. R. – członkowie zarządu (...) S.A. czy świadkowie P. B., M. Ł. i M. W.. Ponadto fakt wykonania robót dotyczących zakresu drogowego został także przyznany w ramach Przejściowych Świadczeń Płatności nr 24-27 wystawionych przez Inżyniera Kontraktu na rzecz Wykonawcy.

Dodać także wypada, że zakres zrealizowanych robót objętych fakturami wystawionymi na podstawie umowy nr (...), tj. (...) i (...) z dnia 10 stycznia 2013 r., (...) z dnia 31 stycznia 2013 r. i nr (...) z dnia 28 lutego 2013 r. o łącznej wartości 4 962 185,50 zł odpowiadał robotom rozliczonym w ramach kontraktu głównego w Przejściowych Świadczeniach Płatności nr 24-27.

Nie ulegało również wątpliwości, że należności zgłoszone przez (...) S.A. we wnioskach o solidarną płatność zostały zweryfikowane przez Inżyniera Kontraktu a także potwierdzone, nie mniej jednak ostatecznie 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 18 grudnia 2012 r., 1 marca 2013 r., 22 marca 2013 r. i 16 kwietnia 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 umów podwykonawczych, wierzytelności zgłoszone powodowi, i przez niego uregulowane były już wymagalne.

Wbrew również twierdzeniu strony pozwanej, nie podlegały w myśl § 5 ust. 8 zatrzymaniu żadne kwoty z faktur wystawionych na podstawie umowy nr (...), tj. nr (...) z dnia 31 października 2012r. w kwocie 531 420,20 zł, nr (...) z dnia 30 listopada 2012 r. w kwocie 526 423,63 zł, nr (...) z dnia 31 stycznia 2013 r. w kwocie 131 515,99 zł. albowiem

w dniu 1 lutego 2012 r. (...) S.A. przedstawiło Wykonawcy gwarancję bankową, na kwotę odpowiadającą 5% wartości całej umowy. (k. 514)

Tym samym zgodnie z § 5 ust. 10 umowy podwykonawczej (k. 141v) wobec złożenia gwarancji bankowej, Wykonawca był zobowiązany do zapłaty podwykonawcy 100% wartości faktur.

Podsumowując powyższe Sąd uznał, iż roboty, za wykonanie których (...) S.A. zgłosił roszczenia w ramach solidarnej odpowiedzialności zostały zrealizowane na podstawie umów o roboty budowlane sporządzone na piśmie, odpowiadały robotom 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.; wykonanie, ilość, jakość i odbiór został potwierdzony stosowanymi dokumentami w postaci (...), Protokołów Odbioru, Zestawień Wartości oraz odpowiednio (...) wystawionymi na rzecz Wykonawcy; stwierdzone zostały fakturami doręczonymi Generalnemu Wykonawcy na adres siedziby Lidera co najmniej wraz z kierowanymi wezwaniami do zapłaty, które ostatecznie nie zostały zapłacone przez Wykonawcę.

Zaznaczyć przy tym należy, że pozwani nie kwestionowali ani wysokości żądanego przez podwykonawcę wynagrodzenia a przede wszystkim okoliczności, iż Wykonawcy wobec tych podmiotów nie spełnili obowiązku zapłaty. Pozwani nie podnosili przy tym 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 umów nr (...) S.A. 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 spłaconą 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. Glosa 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 niepubl.)

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 (...) S.A. wstąpił w prawa zaspokojonego wierzyciela a tym samym skoro spełnił zobowiązanie za Generalnego Wykonawcę – pierwotnie zobowiązanego zgodnie z postanowieniami umów podwykonawczych, był również w świetle cyt. przepisu uprawniony do dochodzenia zaspokojonej należności.

Odnosząc się do podstawy spełnionego świadczenia przez powoda na rzecz (...) S.A. Sąd uznał, iż nastąpiło to zgodnie z art. 647¹ § 2 i 5 k.c.

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

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 solidtarnej 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 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 (...) S.A. przyjął, iż w/w podmiot zarówno na podstawie umowy nr (...) jak i na podstawie umowy nr (...) był podwykonawcą zatwierdzonym. Odnośnie obu umów zatwierdzenie zostało dokonane w innej formie a mianowicie w przypadku umowy nr (...) zgoda została wyrażona w sposób milczący zaś w przypadku umowy nr (...) w formie pisemnej. Obydwie formy wyrażonej zgody stanowiły akceptację Zamawiającego na udział podwykonawcy przy realizacji inwestycji, na warunkach określonych w umowie z dnia 24 listopada 2011 r. i z 24 sierpnia 2012 r. ze skutkiem dla powstania po jego stronie odpowiedzialności gwarancyjnej za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Podkreślić bowiem wypada, iż w obu przypadkach przekazane powodowi dokumenty - projekt, czy podpisana umowa podwykonawcza, pozwoliły na uzyskanie elementarnej wiedzy i świadomości co do warunków, na które się godzi albowiem w oparciu o w/w umowy bezsporne było, iż powód mógł i uzyskał informację o Podwykonawcy (zindywidualizowanym podmiocie), zakresie robót (wyraźnie doprecyzowanych w § 1 ust. 1 - tabele określające rodzaj robót/ materiał, ilość, cenę jednostkową i wartość robót) oraz o przysługującym temu podmiotowi wynagrodzeniu (§ 3).

Odnosząc się już indywidualnie do sposobu zatwierdzenia umowy nr (...) podkreślić należy, iż przedmiotowa umowa została przekazana wraz z pismem kierunkowym z dnia 26 stycznia 2012 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 (...). Ponadto z treści wynika, iż przekazany tekst umowy był podpisany a ponadto załączono aneks nr (...), którego treść wskazuje, iż został on zawarty w celu uzyskania takich postanowień umowy, które odpowiadały w całości treści subklauzuli 4.4 lit e (...), a które były wymagane celem uzyskania zatwierdzenia przez Inwestora a tym samym skutkowały powstaniem uprawnienia ubiegania się przez podwykonawcę o solidarną płatność zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. (aneks nr (...) k. 147).

Zaznaczyć w tym miejscu wypada, iż w toku postępowania brak było podstaw do kwestionowania okoliczności, iż w/w umowa wraz z aneksem faktycznie została przekazana (doręczona) Kierownikowi Projektu, który przesłuchany w charakterze świadka nie zaprzeczył, że ją otrzymał.

Powyższe, na co już Sąd zwracał uwagę, świadczy o tym, że powód, którego reprezentantem w stosunkach z Wykonawcą był Kierownik Projektu, z uwagi na co zakres uprawnień jakie zostały mu przyznane, (potwierdzone przez świadka P. B. k. 590), na podstawie w/w dokumentu uzyskał wiedzę i miał świadomość co do działania na budowie podwykonawcy (...) S.A.

Faktem jest, iż do w/w umowy nie została załączona dokumentacja projektowa na co zwrócili uwagę pozwani, nie niej jednak jak przyznał świadek M. Ł. (k. 591), zasadą w toku realizacji tegoż kontraktu przy zgłaszaniu podwykonawców było wyłącznie przedstawianie projektu umowy – bez dalszej dokumentacji. 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, na co wyraźnie wskazuje Załącznik nr 3 do umowy (k. 156v). Również zapisy § 1 ust. 1 umowy oraz § 13 ust. 1 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 umowy nr (...) wraz z aneksem nr (...) przy piśmie z dnia 16 stycznia 2012 r. skutkowało uznaniem podwykonawcy w sposób milczący.

Dodać również wypada, iż sam podwykonawca, czego świadomość miał również Wykonawca, warunkował ważność umowy podwykonawczej i rozpoczęcie jej realizacji od uzyskania akceptacji, na co wprost strony stosunku umownego wskazały w § 14 ust. 12 (k. 146).

Odnosząc się do drugiej z umów, tj. nr (...) Sąd uznał, iż w tym przypadku zatwierdzenie podwykonawcy nastąpiło w formie pisemnej w dniu 27 września 2012 r. (k. 168) i odnosiło się wyłącznie do zakresu robót objętych w/w umową bez ich rozszerzenia aneksem nr (...). Przedmiotowa umowa została przedstawiona przez Wykonawcę wraz z konieczną dokumentacją w postaci referencji i wymaganych zaświadczeń i w takiej formie wraz z opinią Inżyniera Rezydenta, zgodnie z subklauzulą 4.4 lit.e (...) została przekazana Kierownikowi Projektu, który w formie pisemnej zajął stanowisko odnośnie akceptacji podwykonawcy.

W ocenie Sądu złożone do akt postępowania pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 18 września 2012r. i Kierownika Projektu P. B. z 27 września 2012r. (k. 167-168) w całości odpowiadają zasadom, które strony ustaliły w ramach Szczególnych Warunków Kontraktu

a dotyczących akceptacji podwykonawcy, tj. subklauzuli 4.4 (...) a także uprawnieniom Inżyniera Kontraktu określonym w subklauzuli 3.1 (k. 94), w myśl, której uzyskał on wyłącznie umocowanie do opiniowania w zakresie warunków zatwierdzania podwykonawcy.

W ocenie Sądu nie budziły również wątpliwości kompetencje Kierownika Projektu, który, jak przyznał świadek P. B. był uprawniony do reprezentowania Zamawiającego

w kontaktach z Wykonawcą. Co prawda przyznał on również, że decyzję w zakresie zatwierdzenia podejmowała osoba pełniąca funkcję Dyrektora Oddziału – czyli osoba

z kierownictwa - nie mniej jednak, również pismo, które podpisał on jako Kierownik Projektu stanowiło wyraz takiej akceptacji. Na podkreślenie zasługuje również fakt, iż nikt

z kierownictwa Zamawiającego jak również kierownictwa Wykonawcy nigdy nie kwestionował kompetencji Kierownika Projektu, w tym w zakresie decyzji wyrażonej na piśmie z dnia 27 września 2012 r. Powyższe potwierdza również fakt, że na podstawie w/w pisma Wykonawca uznał zgodnie z warunkami umowy podwykonawczej nr (...) § 14 ust. 11 lit. b, że przedmiotowa umowa wiąże strony. Ponadto nawet gdyby przyjąć, że Kierownik Projektu przekroczył

zakres swoich uprawnień – to i tak dokonanie wypłaty na rzecz przedmiotowego podwykonawcy, która to czynność wymagała decyzji osoby uprawnionej do działania w imieniu Zamawiającego, stanowiło potwierdzenie w/w czynności zatwierdzenia dokonanej pismem

z dnia 27 września 2012 r. zgodnie z art. 103 k.c., który w ocenie Sądu będzie miał zastosowanie zgodnie z art. 104 k.c. zdanie drugie do jednostronnej czynności albowiem jak już podkreślono nawet w przypadku kwestionowania uprawnień Kierownika Projektu, sam Wykonawca godził się w tej konkretnej sytuacji na jego działanie bez umocowania.

W tym miejscu już tylko ubocznie należy wskazać, że w przedstawionych powyżej warunkach, nawet gdyby zakwestionować istnienie zgody Zamawiającego wyrażonej na piśmie z dnia 27 września 2012 r., niewątpliwie zostały spełnione warunki do uznania, że zgoda ta została udzielona w sposób milczący. Powód bowiem po przedstawieniu podwykonawcy w tym projekcie umowy podwykonawczej oraz dalszych dokumentów nie złożył ani sprzeciwu ani zastrzeżeń. Załączone natomiast dokumenty bezspornie pozwalały na ustalenie przez powoda zakresu jego odpowiedzialności a przede wszystkim zindywidualizowanie podmiotu, wobec którego, miał ją ponosić, jak również zakresu rzeczowego tych robót i ich wartości.

Jak wynika z dokumentów a także zeznań świadków P. J. i J. R. zatwierdzenie nie objęło zakresu robót określonych aneksem nr (...) do umowy nr (...) albowiem w/w projekt nigdy nie został przedstawiony Zamawiającemu. Przedmiotowa okoliczność jest jednak nieistotna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy albowiem w ramach solidarnej odpowiedzialności nie były dokonane wypłaty, które stanowiłyby wynagrodzenie za roboty objęte aneksem nr (...) a tym samym nie są objęte regresem stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania.

Reasumując powyższe Sąd uznał, że realizacja wypłat na rzecz (...) S.A. została dokonana zgodnie z warunkami określonymi w art. 647 § 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 (...) i subklauzuli 3.5 WK, obowiązani są zwrócić powodowi w ramach regresu kwotę 6 054 743,80 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).

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 pismem z dnia 19 lutego 2014 r. i oznaczył siedmiodniowy termin liczony od dnia doręczenia wezwania, które B. a (...) Sp. z o.o. (lider konsorcjum) otrzymał w dniu 21 lutego 2014 r.

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 określonego terminu wyznaczonego na dzień 28 lutego 2014r., odnoszącego się do obu pozwanych, do którego to pozwani nie uregulowali należności, Wykonawca popadł w opóźnienie w spełnieniu zobowiązania. Stąd też również

w całości zasadne było domaganie się przez powoda odsetek od dnia 1 marca 2014 roku.

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.

Przedmiotowe rozstrzygnięciu uwzględniało charakter żądanych odsetek albowiem jak wynikało z uzasadnienia od każdej z wypłaconych kwot powód dochodził należności ubocznych, które przysługiwały w związku z pozostawianiem przez pozwanych w zwłoce ze spełnieniem świadczenia.

W tym miejscu wskazać również wypada, iż brak było podstaw do przyjęcia, zgodnie

z twierdzeniami pozwanych, iż prawdo do żądania zwrotu świadczenia spełnione 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 24-27, 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 wystawionych na podstawie umowy nr (...) 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 broniąc 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 wierzytelności 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 obu umów podwykonawczych nie zawierały takiego obwarowania a wręcz w przypadku uznania, że są wiążące, pozostawałyby z nimi sprzeczne skoro, jak przyznali świadkowie J. R. i P. J., kwota ujęta w fakturze odpowiadała wprost kwocie jaka została zaakceptowana na Zestawieniu Wartości Wykonanych (...) (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.

W ocenie Sądu przedmiotowy warunek nie tylko jako sprzeczny z postanowieniami art. 647¹ k.c. ale również jako nie mający uzasadnienia w postanowieniach obu umów podwykonawczych, nie mógł również wpływać na zasadność zrealizowanych wypłat na rzecz (...) S.A. a także nie mógł być warunkiem, od spełnienia którego było uzależnione roszczenie regresowe powoda.

Niezależnie od powyższe 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 (...), które w całości odpowiadają kwotom ujętym w wystawionych przez podwykonawcę fakturach a zrealizowanych przez powoda.

Mając to na uwadze, Sąd na podstawie powołanych przepisów orzekł jak w sentencji wyroku, zasądzając solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 6 054 743,80 zł wraz z odsetkami ustawowymi.

Orzekając o kosztach postępowania w pkt. 2 sentencji wyroku Sąd włożył solidarnie na pozwanych obowiązek zwrotu powodowi kosztów postępowania, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik sporu wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. oraz regułą z art. 105 § 2 zd. 1 k.p.c., w myśl której na współuczestników sporu odpowiadających solidarnie co do istoty sprawy sąd włożył solidarny obowiązek zwrotu kosztów. Z uwagi zatem na fakt, iż roszczenie zostało uwzględnione w całości pozwani solidarnie obowiązani są zwrócić Skarbowi Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7.200 zł, ustalone stosownie do § 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) w zw. z art. 99 k.p.c.

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).

Ponadto na podstawie art. 98 k.p.c., art. 105 § 2 zd. 1 k.p.c. w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (j. t. Dz. U. z 2014r. poz. 1025) Sąd nakazał pobrać od pozwanych solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie: kwotę 100 586,23 zł. odpowiadającej opłacie od pozwu w wysokości 100 000 zł., od uiszczenia której powód był zwolniony oraz kwotę 586,25 zł stanowiącą wydatki poniesione tymczasowo przez Skarb Państwa z tytułu zwrotu: kosztów stawienia świadków M. W. i M. Ł. oraz kosztów wynagrodzenia tłumacza j. czeskiego za tłumaczenie ponaglenia skierowanego do organu doręczeniowego celem zwrotu potwierdzenia doręczenia odpisu pozwu pozwanemu ad. 2 przyznane postanowieniem z dnia 10 marca 2016r. wysokości 87,03 zł.