

Sygn. akt XXV C 932/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 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 20 maja 2016 r. w Warszawie

sprawy z powództwa **(...) Sp. z o.o. z siedzibą w C.**

przeciwko **(...) Ltd z siedzibą w D. i J. S. (1) & S. (...)**
z siedzibą w D.

o zapłatę

1. zasądza solidarnie od (...) Ltd z siedzibą w D. i J. S. (1) & S. (...) z siedzibą w D. na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. kwotę 2 966,90 zł (dwa tysiące dziewięćset sześćdziesiąt sześć złotych 90/100) oraz odsetki ustawowe liczone od:

a/ kwoty 12 306,91 Euro (dwanaście tysięcy trzysta sześć euro 91/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015r.;

b/ kwoty 4 604,39 Euro (cztery tysiące sześćset cztery euro 39/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r.;

c/ kwoty 12 621,93 Euro (dwanaście tysięcy sześćset dwadzieścia jeden euro 93/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015r.;

d/ kwoty 2 168,18 Euro (dwa tysiące sto sześćdziesiąt osiem euro 18/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r.;

e/ kwoty 1 438,84 Euro (jeden tysiąc czterysta trzydzieści osiem euro 84/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r.;

f/ kwoty 4 405,48 zł (cztery tysiące czterysta pięć złotych 48/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r.;

g/ kwoty 12 076,66 zł (dwanaście tysięcy siedemdziesiąt sześć złotych 66/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r.;

h/ kwoty 2096,11 zł (dwa tysiące dziewięćdziesiąt sześć złotych 11/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r.;

i/ kwoty 1 391,01 zł (jeden tysiąc trzysta dziewięćdziesiąt jeden złotych 01/100) od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r.;

2. oddała powództwo w pozostałym zakresie;
3. zasądza solidarnie od (...) Ltd z siedzibą w D. i J. S. (1) & S. (...) z siedzibą w D. na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. kwotę 18 722,78 zł (osiemnaście tysięcy siedemset dwadzieścia dwa złote 78/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania;
4. zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. na rzecz (...) Ltd z siedzibą w D. kwotę 504,00 zł (pięćset cztery złote 00/100) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu zażaleniowym;
5. nakazuje pobrać solidarnie od (...) Ltd z siedzibą w D. i J. S. (1) & S. (...) z siedzibą w D. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 24 412,03 zł (dwadzieścia cztery tysiące czterysta dwanaście złotych 03/100) tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa;
6. nakazuje pobrać od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 3 974,05 zł (trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt cztery złote 05/100) tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa;
7. nakazuje pobrać solidarnie od (...) Ltd z siedzibą w D. i J. S. (1) & S. (...) z siedzibą w D. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 14 095,40 zł (czternaście tysięcy dziewięćdziesiąt pięć złotych 40/100) tytułem opłaty sądowej od pozwu i od zażalenia, od której powód był zwolniony.

Sygn. akt XXV C 932/14

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 21 stycznia 2013 r. powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. wniósł pierwotnie od pozwanych Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, (...) Ltd w D. i (...) Ltd w D. o zasądzenie solidarnie kwoty 86 663,81 Euro i kwoty 81 949,94 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwot:

1. 12 306,91 Euro od dnia 26 marca 2012r. do dnia zapłaty
2. 4 604,39 Euro od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;
3. 12 621,93 Euro od dnia 18 kwietnia 2012r. do dnia zapłaty;
4. 42 618,49 Euro od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;
5. 6 134,51 Euro od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;
6. 2 168,18 Euro od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;
7. 4 770,56 Euro od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;
8. 1 438,84 Euro od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;
9. 10 660,73 zł od dnia 26 marca 2012 r. do dnia zapłaty;
10. 4 405,48 zł od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;
11. 12 076,66 zł od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;
12. 40 777,37 zł od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;

13. 5 930,59 zł od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;

14. 2 096,11 zł od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;

15. 4 611,98 zł od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;

16. 1 391,01 zł od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że podstawę dochodzonego roszczenia stanowi odpowiedzialność pozwanych wynikająca z art. 647⁽⁽¹⁾⁾ k.c., będących odpowiednio inwestorem i wykonawcą, która dotyczy wynagrodzenia za roboty wykonane przez powoda jako podwykonawcę na podstawie umowy o roboty budowlane zawartej w dniu 11 kwietnia 2011 r.

z (...) S.A. z siedzibą w W.. Wskazał, że na podstawie w/w umowy wykonał w celu realizacji inwestycji pn. Budowa Autostrady (...) T.-S. O. III B.-K. od km 186+348 do km 215+850 roboty polegające na dostawie materiałów do realizacji zadania, realizacji prac sprężalniczych wraz z wciskaniem splotów i ułożeniem bloków kotwiących, wykonaniu sprzężenia i iniekcji wraz z koniecznymi badaniami iniektu oraz wykonaniu i dostarczeniu protokołów z realizacji prac sprężalniczych a także na podstawie aneksów do umowy również na wykonaniu prefabrykowanych kabli sprężanych obiektu mostowego (...) wraz z materiałem jako zamienną technologią sprzężania obiektów.

Zaznaczył również, że powód był dalszym podwykonawcą, albowiem powierzone mu prace zostały podzleczone (...) S.A. na podstawie umowy zawartej w dniu 11 października 2010 r. przez (...) S.A. z siedzibą w W. – jednego z członków konsorcjum wykonawczego.

Podkreślił, że stosownie do ustaleń wykonał roboty określone umową, na które zostały wystawione faktury, a wynikająca z nich płatność nie została uregulowana przez (...) S.A. z siedzibą w W., która przejęła (...) S.A.

Ponieważ powierzone mu roboty wykonywał jako podwykonawca zatwierdzony przez inwestora a także przez pozostałych członków konsorcjum wykonawczego, którzy wiedzieli

o realizowanym przez niego zakresie robót i akceptowali fakt ich wykonania przez niego, to oni zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. są odpowiedzialni za zapłatę należności.

Wskazując na wiedzę Generalnego Wykonawcy o zakresie robót podwykonawcy podniósł, iż pisma dotyczące wniosków materiałowych były wystawione na druku ujawniającym wszystkich członków konsorcjum, dokumenty dot. technologii wykonania robót były złożone

w biurze budowy wspólnym dla wszystkich konsorcjantów, pisma dotyczące zgłoszenia powoda z dnia 5 kwietnia 2012 r. i 10 maja 2012 r. były złożone w imieniu całego konsorcjum. Również pracownicy powoda byli widoczni na placu budowy. (pozew k. 2-11)

Postanowieniem z dnia 25 marca 2013 r. powód został zwolniony od opłaty od pozwu ponad kwotę 10 000 zł. (postanowienie k. 410)

W odpowiedzi na pozew złożonej przez (...) w dniu 18 kwietnia 2013 r. uzupełnionej pismem z dnia 4 grudnia 2013 r. pozwany wskazał, że odpis pozwu otrzymał

w dniu 4 października 2013 r. i wniósł o oddalenie powództwa, zawieszenie postępowania na podstawie art. 177 § 1 pkt. 1 k.p.c. z uwagi na postępowanie upadłościowe prowadzone wobec (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej do czasu zatwierdzenia listy wierzytelności i zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Wskazał na zawisłość sporu wobec współdłużnika solidarnego z uwagi na prowadzone postępowanie upadłościowe oraz zarzucił brak wiedzy pozwanego zarówno co do postanowień umowy, która nigdy nie została mu przedstawiona jak również co do zakresu prac wykonanych przez powoda. Ponadto zarzucił, że nie ponosi odpowiedzialności ani na podstawie umowy konsorcjum bo umowa nie została zawarta w imieniu konsorcjum ani też na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. W uzupełnieniu odpowiedzi na pozew dodatkowo powołał się na zapisy umowy wykonawczej do umowy

konsorcjum w tym zasady zawierania umów podwykonawczych, podziału na dwie grupy członków konsorcjum, brak zachowania procedur wymaganych dla zawarcia umowy podwykonawczej z dnia 11 kwietnia 2011 r., w tym braku zgody inwestora

i wykonawcy na zawarcie dalszej umowy podwykonawczej określonej w art. 647¹ § 3 k.c. oraz nie zrealizowania warunków z subklauzuli 4.4 lit. e. (k. 627-630, k. 923-929)

W odpowiedzi na pozew złożonej przez (...) Ltd z siedzibą w D.

w dniu 18 kwietnia 2013 r. pozwany wskazał, że odpis pozwu otrzymał w dniu 4 października 2013 r. i wniósł o odrzucenie pozwu z uwagi na brak jurysdykcji krajowej, oddalenie powództwa w tym z uwagi na brak samodzielnej legitymacji procesowej biernej po stronie pozwanej i brak w ogóle legitymacji procesowej biernej, zawieszenie postępowania na podstawie art. 177 § 1 pkt. 1 k.p.c. z uwagi na postępowanie upadłościowe prowadzone wobec (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej do czasu zatwierdzenia listy wierzytelności i zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego. Wskazał na zawisłość sporu wobec współdłużnika solidarnego z uwagi na prowadzone postępowanie upadłościowe oraz zarzucił brak wiedzy pozwanego zarówno co do postanowień umowy, która nigdy nie została mu przedstawiona jak również co do zakresu prac wykonanych przez powoda. Podniósł, że dochodzony dług stanowi tylko dług (...) S.A. z siedzibą w W.. Wskazał również, że nie ponosi odpowiedzialności ani na podstawie umowy konsorcjum bo umowa nie została w imieniu konsorcjum zawarta ani też na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. tym bardziej, że (...) S.A. z siedzibą w W. nigdy nie była członkiem konsorcjum, nie zachowano procedury uzyskania zgody Inwestora na danego podwykonawcę wymaganej warunkami kontraktu subklauzulą 4.4 lit. e. Powołał się na art. 10 umowy wykonawczej do umowy konsorcjum, w której określono zasady udzielania zgody na danego podwykonawcę

a która nie została zachowana odnośnie umowy zawartej z (...) S.A. z siedzibą

w W.. Jednocześnie przyznał, że liderem na odcinku III Autostrady (...) była (...) S.A. i to ona prowadziła całą korespondencję z zamawiającym i podwykonawcami. Podkreślił, że umowa zawarta z powodem była umową dostawy i świadczenia usług a nie umową o roboty budowlane, nie była zgłoszona (...) Ltd, na dokumentach nie widnieje podpis osoby, która byłaby uprawniona do reprezentowania pozwanego. Sam również przyznał, że pierwszym dokumentem, z którego dowiedział się o roszczeniach powoda było przesłane pozwanemu wezwanie do zapłaty z 3 stycznia 2013 r. Wskazał również na występowanie po stronie pozwanej pomiędzy członkami konsorcjum wykonawczego współuczestnictwa koniecznego materialnego. (k. 645-658)

Uzupełniając swoje stanowisko zgodnie z zezwoleniem wyrażonym na rozprawie w dniu 27 lutego 2015 r. wobec zakreślenia pierwotnie zbyt krótkiego okresu czasu na złożenie odpowiedzi na pozew, pozwany (...) Ltd z siedzibą w D. pismem z dnia 13 marca 2015 r. (błędnie wskazana data 13 marca 2013 r.) podtrzymał podniesiony zarzut braku jurysdykcji krajowej tut. Sądu wskazując, iż żaden z łączników określony w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania roszczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, który mógłby uzasadniać jurysdykcję Sądu Polskiego nie występuje. Pozwany nie tylko nie ma siedziby, agencji, filii

w Polsce ale również nie zawierał umowy, która stanowi podstawę dochodzonych roszczeń

a także nie istnieje solidarność, na którą wskazuje powód gdyż w subklauzuli 1.14 (...) oraz w art. 10 umowy konsorcjum mowa jest wyłącznie o solidarnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego. Wskazał na zapisy art. 4 umowy Konsorcjum, z którego jak podkreślił wynika samodzielność zawierania przez członków konsorcjum umów podwykonawczych, występowania przez każdego członka konsorcjum we własnym imieniu. Podtrzymał również zarzuty podniesione uprzednio wskazując na brak wyczerpania procedury zatwierdzenia stosowanej

w czasie realizacji kontraktu głównego w stosunku do powoda, pomimo, iż powód wiedział jak jest ona realizowana. Ponadto zaprzeczył aby doszło do dorozumianej akceptacji powoda przez pozwanego gdyż nie miał wiedzy ani świadomości co do treści umowy ani co do działań powoda. Odnośnie kosztów wniósł o ich zasądzenie zgodnie ze spisem kosztów, który stanowiła złożona do akt faktura na kwotę 24 600 zł wystawiona przez pełnomocnika na rzecz (...) Ltd w dniu 31 października 2013 r. za usługę w postaci reprezentacji w sprawie XV C 158/13/PK. (k. 1146-1150)

Pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r. z uwagi na zawarcie ugody sądowej z pozwanym Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad w dniu 27 lutego 2015 r., na podstawie której w/w pozwany w dniu 17 kwietnia 2015 r. zapłacił kwotę 379 981,61 zł, na którą składała się kwota 306 489,11 zł z tytułu kwot netto i 70 492,50 zł z tytułu podatku VAT, powód sprecyzował swoje roszczenie wobec pozwanych (...) Ltd i (...) Ltd wskazując, iż domaga się zasądzenia kwot:

1. 33 140,25 Euro tytułem należności głównej;
2. 30 070,14 zł tytułem podatku VAT;
3. 4 071,82 zł tytułem skapitalizowanych odsetek liczonych od kwoty 10 660,73 zł od dnia 23 marca 2012 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r. a także o zasądzenie odsetek w wysokości ustawowej od kwot:
 - a/ 12 306,91 Euro od dnia 26 marca 2012r. do dnia zapłaty;
 - b/ 4 604,39 Euro od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;
 - c/ 12 621,93 Euro od dnia 18 kwietnia 2012r. do dnia zapłaty;
 - d/ 2 168,18 Euro od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;
 - e/ 1 438,84 Euro od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;
 - f/ 10 100,88 zł od dnia 18 kwietnia 2015 r. do dnia zapłaty;
 - g/ 4 405,48 zł od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;
 - h/ 12 076,66 zł od dnia 18 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;
 - i/ 2 096,11 zł od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty;
 - j/ 1 391,01 zł od dnia 23 maja 2012 r. do dnia zapłaty.

W pozostałym zakresie wobec pozwanego ad. 2 i 3 powód cofnął pozew ze zrzeczeniem się roszczenia.

W piśmie określił w jaki sposób zaliczył dokonaną płatność podnosząc, że pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad nie dokonał wyboru sposobu zaliczenia uiszczonej kwoty. Precyzując powyższe wskazał, że kwotę otrzymaną na podstawie zawartej ugody uwzględnił na: - należności wynikające z faktur VAT nr (...) (...), (...) (...) i (...) (...) w tym na należności odsetkowe liczone od dnia wymagalności danej faktury do dnia 17 kwietnia 2015 r. od kwoty należności głównej i kwoty podatku VAT oraz - w kwocie 559,85 na poczet podatku VAT wynikającego z faktury nr (...) (...). Ponadto precyzując żądanie wskazał, że dokonał kapitalizacji odsetek od kwoty podatku VAT wynikającego z faktury nr (...) (...) w wysokości 10 660,73 zł za okres do 26 marca 2012 r. do 17 kwietnia 2015r., i określił ją na kwotę 4 071,82 zł. (k. 1248-1251)

Ustosunkowując się do określonego na nowo roszczenia pozwany (...) Ltd w piśmie z dnia 20 kwietnia 2015 r. wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania. Pozwany zakwestionował dokonany przez powoda sposób zaliczenia kwoty uzyskanej na podstawie ugody z dnia 27 lutego 2015 r. w tym podniósł, że wypłacona kwota odpowiada należności wynikającej z określenia zakresu i wartości wykonanych przez powoda i odebranych robót będących podstawą do wystawienia faktur wskazanych przez powoda. Zaznaczył, że powód z tytułu wypłaconej kwoty nie otrzymał tylko w części należności wynikających z faktury nr (...) (...)a wobec zaspokojenia należności wynikających z pozostałych faktur w pełnej wysokości brak jest podstaw do ich dochodzenia od pozostałych pozwanych. Podkreślił, że zgodnie z wolą stron wynikającą z ugody powód powinien zaliczyć przekazane środki wyłącznie na poczet kwot głównych oraz podatku. Podniósł, iż z uwagi na treść ugody roszczenie może ograniczać

się wyłącznie do kwoty wynikającej z faktury nr (...) (...) w tym podatku VAT wraz z odsetkami naliczonymi od tej kwoty oraz odsetek za zamknięte okresy odsetkowe liczone od dnia wymagalności należności z poszczególnych faktur dochodzonych w tym postępowaniu do dnia płatności należności wynikającej z umowy. Z uwagi na powyższe wskazał, iż dokonane przez powoda zaliczenie za wyjątkiem części kwoty wynikającej z faktury nr (...) (...) było niedopuszczalne. Podzielając stanowisko pozwanego Skarbu Państwa wskazał, że wbrew twierdzeniom powoda nie wykazał on aby prace, których dotyczy faktura VAT nr (...) (...) zostały wykonane w zakresie w jakim określono ich należność albowiem prace sprężalnicze nie zostały wykonane na obiekcie (...), zaś na obiekcie (...) wykonano tylko osłonki kabli sprężalniczych.

Podtrzymał również swoje stanowisko co do braku podstaw do domagania się od niego żądania wywodzonego z odpowiedzialności solidarnej wynikającej z art. 647¹ § 5 k.c. Wskazał, że pozwany nie był ani stroną umowy zawartej z (...) S.A. z siedzibą

w W. ani z powodem. Powołał się na zapisy umowy konsorcjum, wskazując, iż nie kreuje ona odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum a ponadto zgodnie z jej regulacjami zakres robót został rozdzielony pomiędzy członków konsorcjum podzielonych na dwie grupy, w ramach której każdy z nich był odpowiedzialny za powierzony mu zakres robót. Zaznaczył również, że odpowiedzialność z art. 647¹ § 5 k.c. nie rozciąga się na odsetki. (k. 1270-1277)

W toku dalszego postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

Powód dodatkowo wskazał, iż odpowiedzialność solidarna pozwanych wynika również z zapisów umowy konsorcjum art. 10, który nie zawęża jej wyłącznie do odpowiedzialności wobec Inwestora. Ponadto zdaniem powoda bez znaczenia pozostaje wewnętrzny podział zadań pomiędzy K., który dotyczy wyłącznie relacji pomiędzy uczestnikami Konsorcjum i pozostaje bez wpływu na odpowiedzialność członków konsorcjum za zobowiązania Generalnego Wykonawcy na zewnątrz. (pismo z 09.04.2015r. k. 1229-1233)

Postanowieniem częściowym z dnia 27 lutego 2015 r. Sąd umorzył postępowanie w sprawie w stosunku do pozwanego Skarbu Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wobec zawarcia umowy pomiędzy w/w a powodem. (postanowienie k. 1135)

Postanowieniem z dnia 28 czerwca 2015 r. Sąd odmówił odrzucenia pozwu w stosunku do pozwanego (...) Ltd z siedzibą w D., oddalił wniosek o zawieszenie postępowania do czasu zakończenia postępowania upadłościowego prowadzonego wobec (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej oraz umorzył postępowanie co do kwoty 53 523,56 Euro i 51 879,50 zł, tj. w zakresie należności, co do której powód cofnął pozew ze zrzeczeniem się roszczenia. (postanowienie k. 1279-1284)

Pismem z 15 lipca 2015 r. pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad sprecyzował, które należności zostały uznane przez pozwanego i uregulowane kwotą zapłaconą w ramach umowy. Kwota przekazana przez pozwanego powodowi w dniu 17 kwietnia 2015 r. odpowiadała wyłącznie wartości kwot głównych i podatku VAT (bez odsetek) wynikających z faktur nr (...) (...), (...) (...) (...), (...) (...), (...) (...) i w części należnościom wynikającym z faktur nr (...) (...), (...) (...) i (...) (...). Zaznaczył, iż wypłacona kwota stanowi wyłącznie wartości robót wykonanych i odebranych, która została określona przez I. w oświadczeniu z dnia 23 września 2013 r., którego załącznikiem jest Tabela rozliczeniowa faktur. (k. 1292-1293)

Odpis przedmiotowego pisma został również bezpośrednio doręczony pełn. powoda. (k. 1292)

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 19 marca 2010 r. spółki (...) S.A. z siedzibą w W., (...) z siedzibą w D., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W. oraz J. S. (1) & S. (...) z siedzibą w D. zawarły umowę konsorcjum integralnego, której przedmiotem było zobowiązanie się konsorcjantów do opracowania i złożenia wspólnej oferty na realizację Zamówienia oraz do wspólnego wykonania i realizacji Zamówienia, w przypadku, gdy wybrana zostanie wspólna

oferta złożona przez konsorcjantów (art. 3 umowy). Członkowie Konsorcjum nie utworzyli jakiegokolwiek spółki ani też trwałego połączenia. Poza Konsorcjum każdy z uczestników działał w imieniu własnym. Zakres prac na kontrakcie miał być wykonywany przez Uczestników Konsorcjum przy częściowym udziale podwykonawców. (art. 12 ust. 5 umowy) Procedura wybierania Podwykonawców oraz procedura podziału i wykonania poszczególnych elementów prac, miała zostać ustalona przez Konsorcjum. (art. 12 ust. 6 umowy) Na Liderem Konsorcjum wyznaczono (...) S.A. z siedzibą w W., która została umocowana do reprezentowania partnerów konsorcjum w tym do zawarcia umów koniecznych do należytego wykonania Kontraktu. (art. 9 umowy) Uczestnicy Konsorcjum przyjęli na siebie solidarną odpowiedzialność za realizację zamówienia, natomiast prawa i obowiązki uczestników Konsorcjum w stosunku do Zamawiającego podlegały zdefiniowaniu w Kontrakcie. (art. 10) (d: umowa konsorcjum integralnego z dnia 19.03.2010 r. – k. 686-699, k. 960-966).

W dniu 17 czerwca 2010 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, (dalej jako Zamawiający, Inwestor), i Konsorcjum firm: (...) S.A. z siedzibą w W. (Lider Konsorcjum), (...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W., (...) z siedzibą w D. oraz J. S. (1) & S. (...) z siedzibą w D. jako Wykonawca (dalej jako Wykonawca, członkowie Konsorcjum), zawarli w trybie zamówienia publicznego umowę, na podstawie której wykonawca zobowiązał się do wykonania robót polegających na „Budowie autostrady (...) T.-S., O. III: B.-K. od km 186+348 do km 215+850”. Integralną część kontraktu stanowiły również: Szczególne Warunki Kontraktu, „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” - Tłumaczenie pierwszego wydania (...) 1999, Instrukcja dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacja, Dokumentacja Projektowa oraz Oferta Wykonawcy z dnia 22 marca 2010 r. (ust. 2 Umowy). Zaakceptowana kwota kontraktowa, zgodnie z Ofertą Wykonawcy, wynosiła 857.377.814,00 zł brutto (ust. 4.1. Umowy). (d: umowa nr (...) z dnia 17.06.2010 r. – k. 481-483, k. 749-752, k. 945-946).

W Subklauzuli 4.4 pkt. (e) Szczególnych Warunków Kontraktu zastrzeżono, że:

„Wykonawca nie później niż 28 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania Robót, jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu za pośrednictwem Inżyniera projekt umowy z Podwykonawcą wraz z zestawieniem ilości robót wycenionych zgodnie ze stawkami przedstawionymi przez Wykonawcę w Ofercie. Zamawiający, po otrzymaniu opinii Inżyniera, podejmie decyzję w sprawie zgody na zawarcie tejże umowy. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedłożenia mu projektu umowy z Podwykonawcą nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważać się będzie, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Po uzyskaniu zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z Podwykonawcą lub jeżeli Zamawiający nie zgłosi sprzeciwu lub zastrzeżeń do projektu umowy w powyższym terminie, Wykonawca przed skierowaniem Podwykonawcy do wykonania Robót przedłoży Zamawiającemu zawartą umowę.

W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji Robót Podwykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania we własnym zakresie zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy z zachowaniem terminów płatności określonych w umowie z Podwykonawcą.

Jeżeli w terminie określonym w umowie z Podwykonawcą, zatwierdzonym przez Zamawiającego, Wykonawca nie dokona w całości lub w części zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy, a Podwykonawca zwróci się z żądaniem zapłaty tego wynagrodzenia bezpośrednio przez Zamawiającego na podstawie art. 647¹ § 5 Kodeksu cywilnego i udokumentuje zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez Wykonawcę i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający zapłaci na rzecz Podwykonawcy kwotę będącą przedmiotem jego żądania. Zapłata Podwykonawcy żądanej kwoty zostanie dokonana w walucie, w jakiej rozliczana jest umowa między wykonawcą a Podwykonawcą.

Zamawiający po zaplaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647¹ § 5 k.c., potrąci kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, zgodnie zapisami Subklauzuli 2.5 (Roszczenia Zamawiającego).

Umowy z Podwykonawcami, które zawierać będzie Wykonawca działający jako Konsorcjum, podpisane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum”.

(d: Szczególne Warunku Kontraktu – k. 485-510, k. 752-777, k. 946v-959).

W dniu 30 czerwca 2010 r. Członkowie Konsorcjum zawarli umowę wykonawczą zgodnie, z którą ustalili dwie grupy wewnątrz Konsorcjum Grupę (...) składającą się z (...) S.A., (...) S.A. i (...) S.A, w ramach, której liderem została (...) S.A. oraz grupę (...), składającą się z (...) Ltd i (...) Ltd.

W ramach w/w grup Członkowie Konsorcjum, określili podział zysków i strat w wysokości po 50%. Dla całego Kontraktu Uczestnicy Konsorcjum powołali zarząd zwany Board, składający się z czterech członków, w skład którego wchodził m.in. członek wyłoniony przez (...) – zastępca przewodniczącego, którym został (...) oraz członek wyłoniony przez grupę (...) którym został (...) F.. (art. 4 pkt. 1-6) (...) wyznaczyli swoich przedstawicieli, którzy tworzyli Kierownictwo Kontraktu. Przedmiotowe czynności wykonywali odpowiednio J. F. i G. D.. Do obowiązków Kierownictwa Kontraktu należało m.in. opracowanie ramowego wzoru umowy podwykonawczej i umowy dostawy, które podlegały zatwierdzeniu przez Board oraz propozycji wyboru podwykonawców. Członkowie Konsorcjum ustalili również, że każdy z uczestników Konsorcjum ponosił odpowiedzialność za nienależyte wykonanie Kontraktu w odniesieniu do wykonania Robót. Przyjęli również, że wszędzie tam gdzie to możliwe Członkowie Konsorcjum będą realizowali roboty korzystając z własnych sił

i zasobów, przy czym rozliczenie nastąpi przez obciążenie wartością tych robót Przedstawiciela (...)(art. 9 umowy wykonawczej) Regulując kwestię zasad zawierania umów podwykonawczych przyjęli, iż zasadniczo to Kierownictwo Kontraktu kieruje w imieniu Konsorcjum do podwykonawców zaproszenie do składania ofert, przy czym podwykonawcę akceptuje Board w przypadku gdy umowa dotyczy wartości wyższej niż 200 000 zł netto. Zgodnie z art. 10 pkt. 6 umowy wykonawczej przyjęto zasadniczo współdziałanie przedstawicieli (...) przy zawieraniu umowy podwykonawczej ale również dopuszczono możliwość zawarcia takiej umowy przez jednego z nich za zgodą Board. Wynagrodzenie za wykonane roboty przysługiwało łącznie całemu konsorcjum. (art. 11 pkt. 1) Zgodnie z art. 13 ust. 3 ze względu na relacje wewnętrzne w Konsorcjum przyjęto, że każdy

z Uczestników Konsorcjum jest odpowiedzialny wobec pozostałych Uczestników Konsorcjum z tytułu roszczeń (zgłoszonych przez Zamawiającego lub osoby trzecie) spowodowanych przez takiego Uczestnika Konsorcjum, jego podwykonawców lub dostawców, a także podwykonawców lub dostawców określonych w liście stanowiącej załącznik nr 2 przy realizacji powierzonego mu zakresu robót. (podkreślenie SO) W ramach załącznika nr 2 do przedmiotowej umowy wykonawczej jednoznacznie wskazano, iż podwykonawcą (...) jest (...) Sp. z o.o. (d: umowa wykonawcza k. 700-733, k. 967-984, załącznik nr 2 do umowy wykonawczej k. 735, 984v)

Zgodnie z porozumieniem członków konsorcjum zawartym w dniu 29 września 2010 r., została dokonana fragmentacja robót pomiędzy (...) S.A. i (...) Ltd., zgodnie z którą (...) S.A. przejęła do wykonania wszystkie roboty dotyczące obiektów mostowych i przepustów na odcinku 3. (d: porozumienie k. 821 -827, załącznik do porozumienia k. 828)

Ostatecznie w ramach konsorcjum członkowie ustalili, że umowę z podwykonawcą lub dostawcą będzie zawierał w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum ten podmiot, któremu powierzono wykonanie robót będących przedmiotem umowy

z podwykonawcą lub dostawcą. (art. 9.5 umowy wykonawczej k. 996 i k. 1001) (d: aneks nr (...)

z dnia 29.09.2010 r. do umowy wykonawczej k. 992-998, aneks nr (...) z dnia 29.09.2010 r. do umowy wykonawczej k. 999-1002 – dokumenty podpisane w imieniu (...) i J. S. (1) & S. przez T. F.)

(...) S.A. z siedzibą w W. (Wykonawca) zawarła z (...) S.A.

z siedzibą w W. (Podwykonawca) umowę podwykonawczą nr (...)

w dniu 11 października 2010 r. Przedmiotem umowy było wykonanie przez (...) S.A. robót mostowych i przepustów z wyłączeniem wykonania ekranów akustycznych na obiektach mostowych, pali oraz skucia głowic pali w ramach inwestycji pn. „Budowa autostrady (...) T. – S., O. III: B. – K. od km 186+348 do km 215+850”. Szczegółowy zakres robót oraz ich wycena zostały określone w Załączniku nr 1 do umowy (§ 2 ust. 1 umowy). Ostatecznie szacunkowa wartość wynagrodzenia z tytułu wykonania robót objętych umową została ustalona w § 6 ust. 1 umowy na kwotę 146.131.162,32 zł netto, która następnie aneksem nr (...) z dnia 1 czerwca 2011 r. do umowy podwykonawczej została podwyższona do kwoty 147.403.890,62 zł netto, powiększonej o należny podatek VAT w wysokości wynikającej z obowiązujących w dniu wystawienia faktury przepisów prawa. Termin zakończenia robót strony ustaliły na dzień 30 lipca 2012 r. (§ 3 ust. 3 umowy). Zgodnie

z § 6 ust. 3 umowy, obowiązkiem (...) S.A. było m.in. bieżące przedkładanie wniosku o zatwierdzenie obmiaru robót dla robót zanikających lub ulegających zakryciu oraz comiesięcznie do dnia 22 każdego miesiąca przedkładanie obmiaru zrealizowanych robót

w poprzednim miesiącu rozliczeniowym wraz ze Zbiorczym Zestawieniem Miesięcznym, zawierającym wszystkie niezbędne dokumenty określone w Kontrakcie, subklauzula 14.3 (Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności).

(...) S.A. zobowiązana była z kolei,

w terminie 35 dni po otrzymaniu od (...) S.A. kompletu dokumentów, poświadczających bezspornie wysokość należnego Podwykonawcy wynagrodzenia, wydać (...) S.A. zatwierdzone przez Przedstawiciela Wykonawcy Zbiorcze Zestawienie Płatności potwierdzające kwotę, którą (...) S.A. uznawała jako należną (...) S.A. Podstawą do wystawienia faktury przez Podwykonawcę było podpisanie przez Wykonawcę Zbiorczego Zestawienia Płatności. (§ 6 ust. 5 i 6 umowy). W § 5 ust. 30 strony postanowiły, że podwykonawca nie będzie zatrudniać dalszych podwykonawców bez uprzedniej pisemnej zgody Wykonawcy i Zamawiającego. (d: umowa podwykonawcza nr (...) z dnia 11.10.2010 r. wraz z załącznikami – k. 1236-1241v).

Na mocy pełnomocnictwa konsorcjanci wyrazili zgodę na zawieranie umów

z podwykonawcami w ramach inwestycji pn. „Budowa Autostrady (...) T. – S., O. (...) B. – K. od km 186+348 do km 215+850”, przez spółkę pod firmą (...) S.A. – na zasadzie pełnomocnictwa – w imieniu i na rzecz wszystkich Członków Konsorcjum. (d: pełn. z dnia 29.09.2010 r. k. 1003 – w imieniu pozwanego ad. 3 podpisane przez T. F., oświadczenie z dnia 29.09.2010 r. k. 1004, pismo I. Rezydenta z dnia 15.05.2012r. znak (...)(...)(...) k. 564-565).

(...) S.A. była podwykonawcą (...) a także została zatwierdzona przez Zamawiającego jako podwykonawca robót mostowych i przepustów w dniu 26 kwietnia 2011 r. Wiedzę o w/w podwykonawcy posiadali członkowie grupy Ko-Lidera. (d: raport miesięczny nr 23 czerwiec 2012 - wykaz podwykonawców k. 791-793)

W lutym 2011 r. pomiędzy (...) S.A. a (...) Sp.

z o.o. trwały negocjacje, których celem było określenie zasad wykonania przez powoda prac polegających na wykonaniu, dostawie, montażu sprzężeń obiektów mostowych. Już na tym etapie strony ustaliły, że płatności będą dokonywane w EUR zaś podatek będzie płatny w złotych polskich, przy przeliczeniu EURO na PLN zgodnie ze średnim kursem NBP z dnia wystawienia faktury. Podstawą rozliczenia miały być ceny jednostkowe. Powód był uprawniony do wystawienia faktury po uzyskaniu podpisanego przez Zleceniodawcę Zbiorczego Zestawienia Płatności. (d: protokół negocjacji robót z 25.02.2011r. k. 75-78, załącznik nr 3 k. 79 -81)

W dniu 11 kwietnia 2011 r. (...) Sp. z o.o. z siedzibą

w G. zawarła umowę z (...) S.A., na podstawie której zobowiązała się do wykonania w ramach w/w inwestycji prac polegających na dostawie materiałów do realizacji zadania, realizacji prac sprężalniczych wraz z wciskaniem splotów i ułożeniem bloków kotwiących, wykonaniu sprzężenia i iniekcji wraz z koniecznymi badaniami iniektu oraz wykonaniu i dostarczeniu protokołów z realizacji prac sprężalniczych. (d: umowa nr (...) z dnia 11.04.2011r. k. 253-258, załącznik nr 2 k. 258v-262v) Integralną część umowy stanowił protokół z negocjacji z dnia 25 lutego 2011 r. i zlecenie z dnia 28 lutego 2011r. Powód potwierdził również znajomość dokumentów stanowiących podstawę realizowanych prac w tym specyfikacji i dokumentacji projektowej. (d: protokół z negocjacji k. 266-269, zlecenie z 28.02.2011r. k. 265v)

Przedmiotowa umowa była dwukrotnie aneksowana odpowiednio w dniach 20 kwietnia 2011 r. i 20 października 2011 r., w których ostatecznie ustalono wynagrodzenie w wysokości 1 119 083 Euro netto, która to kwota podlegała powiększeniu o stawkę podatku VAT. Zgodnie

z aneksami, dla których podstawę stanowiły umowy zlecenia przekazano powodowi do realizacji wykonanie prefabrykowanych kabli sprężających obiektu mostowego (...)

z materiałem jako zamienną technologią. Ustalono wartość jednostkową za tonę stali 50 Euro. (d: aneks nr (...) k. 269v-270 i zlecenie z dnia 20.04.2011r. k. 270, aneks nr (...) z 20.10.2011r. k. 275, zlecenie k. 275v-276)

Wysokość wynagrodzenia podlegała ustaleniu w sposób ilościowo-ryczałtowy poprzez przyjęcie iloczynu obmiaru jednostkowego robót wykonanych przez powoda zatwierdzonego przez przedstawicieli Wykonawcy i cen jednostkowych określonych w załączniku nr 2 do umowy. (podkreślenie SO) Ostatecznie w terminie 28 dni po otrzymaniu od podwykonawcy Zbiorczego Zestawienia Miesięcznego i dokumentów towarzyszących (...) S.A. zobowiązała się do wydania powodowi Zbiorczego Zestawienia Płatności potwierdzającego uznaną przez wykonawcę kwotę. Przedmiotowe zestawienie stanowiło podstawę do wystawienia faktury. Zgodnie z § 6 ust. 7 umowy wynagrodzenie było płatne w Euro zaś kwota podatku VAT w złotych polskich. Do określenia kwoty podatku VAT strony przyjęły stosowanie kursu Euro z dnia poprzedzającego dzień wystawienia faktury VAT.

Termin płatności należności został określony na 14 dni od dnia doręczenia prawidłowo wystawionej faktury. (§ 6 ust. 6 umowy k. 255)

Strony umowy podwykonawczej uzgodniły również możliwość etapowego rozliczania prac zgodnie ze schematem: - 60% wartości danego obiektu po dostawie zakotwień, akcesoriów i stali sprężającej, - 35% wartości danego obiektu po wykonaniu sprzężenia i - 5% wartości danego obiektu po wykonaniu iniekcji. (d: § 6 ust. 9 umowy k. 255, zeznania świadka J. S. (2) rozprawa 10.02.2016r. godz. 01:59:44 k. 1547v , zeznania świadka M. K. rozprawa 10.02.2016r. godz. 00:48:24 k. 1684, zeznania świadka B. N. rozprawa 10.02.2016r. godz. 01:24:06 k. 1699, zeznania świadka A. S. rozprawa 20.05.2016r. godz. 01:10:23 k. 1785v)

Odbiory robót miały być realizowane zgodnie z warunkami kontraktu, w tym przewidziano odbiory robót zanikających oraz odbiór po bezusterkowym wykonaniu przedmiotu umowy, odbiór końcowy i pogwarancyjny.

Prace podlegały wykonaniu w okresie od 1 sierpnia 2011 r. do 15 marca 2012 r. (d: umowa z dnia 11.04.2011 r. nr (...) k. 253-257, załączniki k. 258-269, aneks nr k. 269v, zlecenie z dnia 20.04.2011 r. k. 270v-271, aneks nr (...) k. 275, zlecenie z dnia 22.09.2011 r. k. 275v-276)

Na podstawie uchwał Nadzwyczajnych Walnych Zgromadzeń z dnia 29 września 2011 r. spółka (...) S.A. został przejęta przez (...) S.A. przez co w/w zgodnie z art. 494 k.s.h. wstąpiła we wszelkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej, w tym również i w zakres określony w/w umową z dnia 11 kwietnia 2011 r. (d: Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców wg. stanu na dzień 16.01.2013r. k. 277-290)

W dniu 11 kwietnia 2012 r. została ogłoszona upadłość z możliwością zawarcia układu (...) S.A., zmieniona następnie postanowieniem Sądu Rejonowego Poznań Stare Miasto w Poznaniu z dnia 13 września 2012 r. sygn. akt XI GUp 27/12 na upadłość likwidacyjną. (d: Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców wg. stanu na dzień 16.01.2013r. k. 277-290)

W dniu 13 czerwca 2012 r. została ogłoszona upadłość z możliwością zawarcia układu (...) S.A. z siedzibą w W. zmieniona następnie postanowieniem z dnia 27 lipca 2012 r. na upadłość likwidacyjną. (okoliczność znana z urzędu)

Powód realizował powierzone mu prace, które były odbierane przez Generalnego Wykonawcę. Jakość i terminowość wykonania robót nie była kwestionowana. Zakres robót

w okresie od 9 stycznia 2012 r. do 18 kwietnia 2012 r. dotyczył obiektów: (...) (d: protokoły robót w toku k. 20-31, protokół z przeszkolenia pracowników w zakresie montażu głowic oraz rozkładania rur osłonowych dla kabli

sprężających - (...) k. 42, (...) k. 41, oświadczenie W. T. z dnia 27.08.2012r. k. 73, zeznania świadka Ł. R. rozprawa 07.01.2016r. godz. 00:19:51, 00:24:18 k. 1503, k. 1505, zeznania świadka M. K. rozprawa 10.02.2016r. godz. 00:24:34 k. 1543, zeznania świadka B. N. rozprawa 10.02.2016r. godz. 01:16:57 k. 1544v, k. 1697).

Przed przystąpieniem do realizacji robót powód występował do zleceniodawcy (...) S.A. z wnioskiem o pozwolenie na przystąpienie do iniekcji lub sprężania. (d: wnioski o pozwolenie na przystąpienie do iniekcji obiektów - (...)(...)

Na obiektach (...) w okresie marzec – kwiecień 2012 roku nie zostały wykonane żadne prace. Na obiekt (...) zostały dostarczone tylko rury osłonowe zaś na obiekt (...) tylko materiał w postaci stali, którego wartość zgodnie z postanowieniami umowy odpowiadała wartości 20% całego zakresu rzeczowego przewidzianego na w/w obiekty, tj. odpowiednio 25 943,71 Euro i 5 332,51 Euro. (d: protokół przerobowy nr 1 na dzień 30.01.2012r. k. 66, zeznania świadka Ł. R. rozprawa 07.01.2016r. godz. 00:16:09 k. 1502, zeznania świadka M. K. rozprawa 10.02.2016r. godz. 00:43:36, 00:43:57, 00:44:09, 00:52:04 k. 1544, 00:36:13, 00:37:35 k. 1691, 00:39:46 k. 1692, k. 1693, zeznania świadka B. N. rozprawa 10.02.2016r. godz. 01:23:30 k. 1545v, k. 1699, 01:25:08 k. 1699, 01:38:01 k. 1702, zeznania świadka J. S. (2) rozprawa 10.02.2016r. godz. 02:01:44 k. 1547v, zeznania świadka P. A. rozprawa 10.02.2016r. godz. 02:09:25 k. 1548, zeznania świadka J. B. rozprawa 20.05.2016r. godz. 00:41:31, 00:44:07 k. 1784v, zeznania świadka A. S. rozprawa 20.05.2016r. godz. 01:02:06 k. 1785)

Na obiekty (...) i (...) został dostarczony materiał oraz na obiekt (...) zamontowano rury osłonowe i zakotwienia do kabli sprężających na nitce lewej i połowę rur osłonowych i połowę zakotwień na nitce prawej zaś na obiekcie (...) zamontowano rury osłonowe i zakotwienie kabli sprężających. Wartość dostawy i wykonania określono: a/ na obiekcie (...) na kwotę 4 129,74 Euro (3 951,23 zł z tytułu podatku VAT) i na obiekcie (...) na kwotę 7 212,53 Euro (6 900,95 zł z tytułu podatku VAT). (d: protokół przerobowy nr 1 z 30.01.2012r. – k. 66)

Dokumenty dotyczące zatwierdzania materiałów jak również sprzężenia w tym programy zapewnienia jakości były przedstawiane zarówno (...) S.A. jak również nadzorowi sprawowanemu z ramienia (...). (...) wykorzystane do wykonania robót oraz programy zapewnienia jakości i programy sprężania zostały zatwierdzone przez I. Kontraktu, który w ramach korespondencji zwrotnej przekazywał dokumenty do Biura (...) położonego w miejscowości P. – stanowiącego biuro całego konsorcjum wykonawczego. (d: oświadczenie W. T. z 27.08.2012r. k. 73, prośba o zatwierdzenie materiału 10.03.2011 r. systemy sprężania od 2 do 22 podpisane przez W. T. k. 352-353, prośba o zatwierdzenie materiału 10.03.2011 r. systemy sprężania od 3 do 37 podpisana przez W. T. k. 354-355, k. 1634-1645, k. 1646-1647, prośba o zatwierdzenie materiału z dnia 06.10.2011 r. cement do iniekcji kanałów kablowych podpisana przez W. T. k. 356, k. 1648-1649, program zapewnienia jakości dot. obiektów mostowych nr (...) (...), (...), (...), (...), (...), (...) k. 227-252, program zapewnienia jakości na stal sprężającą – przedstawiony w imieniu wszystkich członków konsorcjum przez W. T. – kierownika budowy k. 305, pismo I. Rezydenta z 10.05.2011 r. znak (...)/(...) (...) k. 304, k. 1655, pismo Inżyniera Rezydenta z 10.08.2011r. znak (...)(...)(...) k. 374, pismo Inżyniera Rezydenta z 30.08.2011r. znak (...)(...)(...) k. 375, k. 1652, pismo Inżyniera Rezydenta z 04.10.2011 r. znak (...)(...)(...) k. 376, k. 1653, pismo Inżyniera Rezydenta z 22.11.2011r. znak (...)(...)(...) k. 377, k. 1654, zeznania świadka Ł. R. rozprawa 07.01.2016r. godz. 00:24:12, 00:26:17, 00:28:31 k. 1492-1492v, k. 1506-1508, zeznania świadka M. K. rozprawa 10.02.2016r. godz. 00:15:59 k. 1685, 00:29:00 k. 1689). Pracownicy (...) byli widoczni na budowie, korzystali z kamizelek i sprzętu oznakowanego logiem (...). Postępy robót w tym realizowanych przez podwykonawców były omawiane na naradach. (d: zdjęcia k. 152-156, zeznania świadka Ł. R. rozprawa 07.01.2016r. godz. 00:24:29 k. 1506, zeznania świadka M. K. rozprawa 10.02.2016r. godz. 00:20:03, 00:20:06 k. 1686, 00:25:46, k. 1543v, k. 1688, zeznania świadka B. N. rozprawa z 10.02.2016r. godz. 01:29:29 k. 1700, zeznania świadka A. S. rozprawa 20.05.2016r. godz. 01:04:17 k. 1785)

W dniu 5 kwietnia 2012 r. powód został zgłoszony Zamawiającemu w imieniu całego konsorcjum jako dalszy podwykonawca. Do pisma przewodniego dołączono wniosek o zatwierdzenie (...) Sp. z o.o. ze wskazaniem zakresu robót – obejmującego oznaczenie pozycji kosztorysu, nr specyfikacji i oznaczenia obiektu, projekt umowy. Zgłoszenie zostało uzupełnione w dniu 10 maja 2012 r. przy czym wykonano je przez (...) S.A. Wraz z pismem przekazano wymagane dokumenty w tym projekt umowy

z załącznikami. (d: pismo z 5.04.2012 r. znak (...) podpisane przez T. F. k. 380, k. 512-513, k. 1569-1572, załączniki do pisma: wniosek k. 1573-1574, projekt umowy k. 1575-1583, kosztorysy ofertowe k. 1584-1601, dalsze dokumenty wymagane do zatwierdzenia w tym KRS, zaświadczenie z ZUS, referencje k. 1602-1629, projekt umowy k. 515-523, kosztorys ofertowy k. 525-544, pismo I. Kontraktu z dnia 17 kwietnia 2012 r. znak (...) (...) (...) k. 1656, pismo I. Rezydenta z 27.04.2012 r. znak (...) /BK/05. (...) k. 382, k. 559, pismo z 10.05.2012 r. – zgłoszenie podpisane na druku firmowym skierowane do I. Kontraktu i Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad przez A. C. k. 378-379, k. 561-562, k. 1630-1633, zeznania świadka M. K. rozprawa 10.02.2016r. godz. 00:22:06 k. 1543, k. 1686, 00:23:20, 00:23:18 k. 1687). Podmiot ten był również przedstawiony na Radzie Budowy, która odbyła się w dniu 9 maja 2012 r.

Za wykonane prace powód wystawił faktury:

1. (...) w dniu 06 marca 2012 r. z datą płatności 20 marca 2012 r. za:

a/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) – na 6 095,52 Euro (5 796,44 zł z tytułu VAT);

b/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) na 16 767,69 Euro (15 944,98 zł z tytułu VAT);

c/ dodatkowe zakotwienia 2 szt. na obiekcie (...) - na 704 Euro (669,46 zł z tytułu VAT);

d/ dostarczenie spirali zbrojeniowych na obiekty (...), (...), (...) i (...) – na 4 469,12 Euro (4 249,84 zł z tytułu VAT).

(d: faktura k. 357, wniosek

o płatność przejściową z 06.03.2012r. za okres od 01.02.2012r. do 06.03.2012r. k. 335 potwierdzony przez M. J., protokół zaawansowania robót

z dnia 06.03.2012r. potwierdzony przez M. J. k. 317, protokół dostarczenia spirali na dzień 05.03.2012r. potwierdzony przez M. J. – kierownika budowy k. 330)

2. (...) (...) w dniu 30 marca 2012 r. z datą płatności 13 kwietnia 2012 r. za:

a/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) – na 3 293,28 Euro (3 151,01 zł z tytułu VAT);

b/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) na 1 311,11 Euro (1 254,47 zł z tytułu VAT).

(d: faktura k. 358, protokół zaawansowania robót z dnia 40.03.2012 r. potwierdzony przez B. N. k. 316e, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji na obiekt WA-174 z dnia 28.03.2012 r. k. 62, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji na obiekt WD-176 z dnia 30.03.2012 r. k. 61, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do sprzężenia na obiekt WD-176 z dnia 18.01.2012 r. k. 53)

3. (...) (...) w dniu 30 marca 2012 r. z datą płatności 13 kwietnia 2012 r. za:

a/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) – na 12 621,93 Euro (12 076,66 zł z tytułu VAT). (d: faktura k. 359, protokół zaawansowania prac na dzień 30.03.2012 r. podpisany przez J. B. – Kierownika Budowy k. 316d)

4. (...) (...) w dniu 30 marca 2012 r. z datą płatności 13 kwietnia 2012 r. za:

a/ dostarczenie materiału - rur osłonowych na obiekt WA-182 co odpowiadało 20% wartości ustalonej za wykonanie robót na danym obiekcie – na 25 943,71 Euro (24 822,93 zł z tytułu VAT);

b/ zamontowanie rur osłonowych i zakotwienia do kabli sprężających na nitce lewej

i połowy rurek osłonowych i połowy zakotwień do kabli na nitce prawej na obiekcie (...) na 4 129,74 Euro (3 951,34 zł z tytułu VAT) – dostarczono materiał

i wykonano roboty;

c/ dostarczenie materiału – stali na obiekt (...) na 5 332,51 Euro (5 102,15 zł z tytułu VAT);

d/ zamontowanie rurek osłonowych i zakotwienia kabli sprężających na obiekcie (...) - na 7 212,53 Euro (5 900,95 zł z tytułu VAT). (d: faktura k. 360, protokół przerobowy nr 1 na dzień 30.01.2012 r. k. 66 podpisany przez Z. Ł., J. B. i B. N.)

5. (...) (...) w dniu 20 kwietnia 2012 r. z datą płatności 08 maja 2012 r. za:

a/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) – na 1 124,74 Euro (1 087,35 zł z tytułu VAT);

b/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) na 5 009,77 Euro (4 843,24 zł z tytułu VAT), która została doręczona (...) S.A. w dniu 09 maja 2012 r. (d: faktura k. 361, z po k. 362, protokół zaawansowania prac na dzień 20.04.2012 r. podpisany przez B. N. k. 316c, wniosek o płatność przejściową za okres 01.04.2012 r. do 20.04.2012 r. podpisany przez B. N. k. 334, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji WA-178 z dnia 04.04.2012 r. k. 59, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji (...) z dnia 02.04.2012 r. k. 60)

6. (...) 016 2012/03/16 w dniu 20 kwietnia 2012 r. z datą płatności 08 maja 2012 r. za:

a/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) na 955,50 Euro (923,74 zł z tytułu VAT);

b/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego na obiekcie (...) na 1 212,68 Euro (1 172,37 zł z tytułu VAT), która została doręczona (...) S.A. w dniu 9 maja 2012 r. (d: faktura k. 363, z po k. 364, wniosek o płatność przejściową za okres od 01.04.2012 r. do 20.04.2012 r. podpisany przez B. N., który potwierdził wykonanie k. 333, protokół zawansowania robót na dzień 20.04.2012 r. podpisany przez B. D., M. I. (...) (...)k. 316b, wniosek o pozwolenie do przystąpienia iniekcji - (...) z dnia 18.04.2012 r. k. 54, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji – (...) z dnia 18.04.2012 r. k. 55)

7. (...) (...) w dniu 20 kwietnia 2012 r. z datą płatności 08 maja 2012 r. za:

a/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego przyczepnościowego obiektu (...) – na 1 575,83 Euro (1 523,45 zł z tytułu VAT) - ilość 0,05;

b/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego przyczepnościowego obiektu (...) na 1 225,91 Euro (1185,16 zł z tytułu VAT) – ilość 0,05;

c/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego przyczepnościowego obiektu (...) na 1 968,82 Euro (1 903,37 zł z tytułu VAT) – ilość 0,05, która została doręczona (...) S.A. w dniu 09 maja 2012 r. (d: faktura k. 365, z po k. 366, wniosek o płatność przejściową za okres od 01.04.2012 r. do 20.04.2012 r. podpisany przez J. B. – kierownika budowy obiektów mostowych k. 332, protokół zaawansowania prac na dzień 20.04.2012 r. podpisany przez J. B. k. 316a, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji (...) z dnia 17.04.2012 r. k. 56, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji WD-181 z dnia 12.04.2012 r. k. 57, wniosek o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji (...) z dnia 11.04.2012 r. k. 58)

8. (...) 016 2012/04/18 w dniu 20 kwietnia 2012 r. z datą płatności 08 maja 2012r. za:

a/ wykonanie sprzężenia wewnętrznego przyczepnościowego obiektu (...) na 1 438,84 Euro (1 391,01 zł z tytułu VAT) w ilości wykonania 0,05, która została doręczona (...) S.A. w dniu 09 maja 2012 r. (d: faktura k. 367, wniosek o płatność

rozliczenia przez powoda w toku niniejszego postępowania, w którym zawarto informację odnośnie dat faktur i wysokości należności. (d: pismo z dnia 12.04.2013r. znak (...)(...) (...) k. 588-589)

Wierzytelność powoda została:

a/ ujęta na liście wierzytelności (...) S.A. z siedzibą w W. w upadłości likwidacyjnej w wysokości 698 715,85 zł, na którą składała się kwota 442 785,93 zł z tytułu faktur objętych niniejszym postępowaniem, 238 427,03 zł odpowiadająca wartości zatrzymanych kwot tytułem kaucji i 17 502,89 zł z tytułu odsetek naliczonych od w/w kwot od dnia wymagalności. (d: prawomocne postanowienie z dnia 16.09.2014 r. Sądu Rejonowego Poznań Stare - Miasto w Poznaniu Wydział XI Gospodarczy sygn. akt XI GUk 345/13 k. 1245 uwzględniające sprzeciw powoda, pismo syndyka masy upadłości z 31.07.2013r. k. 1320-1322)

b/ ujęta na liście wierzytelności (...) S.A. z siedzibą w W. w upadłości układowej w wysokości 691 779,66 zł w tym 681 212,96 zł z tytułu należności głównej i 10 566,70 zł z tytułu odsetek, która nie została zaspokojona. (d : postanowienie z dnia 23.01.2014 r. Sądu Rejonowego Poznań Stare - Miasto w Poznaniu, Wydział XI Gospodarczy sygn. akt XI GUk 211/13 uwzględniające sprzeciw powoda k. 1246, k. 1302-1306, pismo Syndyka z dnia 14.07.2015r. k. 1301-1301v, zgłoszenie wierzytelności k. 1307-1310)

c/ ujęta na liście wierzytelności (...) S.A. z siedzibą w W. w upadłości likwidacyjnej w wysokości 706 282,58 zł - na chwilę udzielenia informacji 13 lipca 2015 r. lista nie została zatwierdzona. (d: pismo syndyka masy upadłości z dnia 13.07.2012 r. k. 1312, lista wierzytelności k. 1244)

Na skutek zawarcia w dniu 27 lutego 2015 r. ugody sądowej pomiędzy powodem a Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad, w/w pozwany w dniu 17 kwietnia 2015 r. zapłacił kwotę 376 981,61 zł stanowiącą sumę kwoty 306 489,11 zł netto oraz kwoty 70 492,50 zł. Przedmiotowa kwota zgodnie z § 1 pkt. 2 ugody odpowiadała wyłącznie należności wynikającej z określenia zakresu i wartości wykonanych przez powoda i odebranych robót będących podstawą do wystawienia przez powoda faktur VAT nr: (...) (...), (...) (...), (...) (...), (...) (...) (...) (...), (...) (...) (...) (...), (...) (...) i stanowiła część roszczenia Powoda z tytułu realizacji przez niego umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 11 kwietnia 2011 r. na wykonanie wysokospecjalistycznych robót budowlanych polegających na realizacji sprzężeń obiektów mostowych wraz z dostawą systemów sprzężania dla potrzeb inwestycji pn. „Budowa Autostrady (...) T.-S., O. III B. – K. od km 186+348 do km 215+850”, dochodzonego pozwem wniesionym dnia 20 stycznia 2013 r. W ramach uregulowanych należności nie zostały ujęte ani rozliczone żadne roszczenia uboczne w postaci odsetek. Zakres rozliczeń i uregulowanych należności został wzajemnie uzgodniony pomiędzy stronami, które zawarły ugody i w taki sposób zapłacona kwota podlegała zaliczeniu, a mianowicie na:

Nr faktury	Data faktury	data wymagalności/ kwota w Euro netto	kwota netto w złotych	kwota podatku VAT	zaliczenie na kwotę netto przez SP na skutek ugody	zaliczenie na VAT przez SP na skutek ugody
(...)(...)	06.03.2012	20.03.2012/ 28 036,33 / 12306,91	115 916,21	26 660,73	115 916,21	26 660,73
(...)(...)	30.03.2012	18.04.2012r./ 4 604,39	19 154,26	4 405,48	19 154,26	4 405,48

(...)(...)	30.03.2012	18.04.2012r. / 12 621,93	52 507,23	12 076,66	52 507,23	12 076,66
(...)(...)	30.03.2012	18.04.2012 r. / 42 618,49	177 292,92	40 777,37	59 578,14	13 702,97
(...)(...)	24.04.2012	08.05.2012 / 6 134,51	25 785,19	5 930,59	24 517,16	5 638,95
(...)(...)	24.04.2012	08.05.2012r./ 2 168,18	9 113,51	2 096,11	9 113,51	2 096,11
(...)(...)	24.04.2012	08.05.2012r./ 4 770,56	20 052,09	4 611,98	19 654,72	4 520,59
(...)(...)	24.04.2012	08.05.2012r./ 1 438,84	6 047,88	1 391,01	6 047,88	1 391,01

Ustalenie, które kwoty z poszczególnych faktur są należne nastąpiło przez Inżyniera Kontraktu, który dokonał ich weryfikacji mając na uwadze zakres prac wykonanych, które zostały rozliczone w Przejściowym Świadczeniu Płatności Nr 18 i w rozliczeniu końcowym. Ponadto analiza w/w faktur została dokonana w oparciu o dane zawarte w projekcie budowlanym, wpisy w dzienniku budowy i ostatecznego rozliczenia złożonego przez Konsorcjum. (d: oświadczenie Inżyniera Kontraktu z dnia 23.09.2012 r. znak (...)(...)(...) k. 1294-1298, ugoda sądowa k. 1134, potwierdzenie zapłaty kwoty k. 1252, zeznania świadka P. A. rozprawa 10.02.2016r. godz. 02:09:25 k. 1548, godz. 02:11:58 i 02:13:57 k. 1548).

Należności, które nie zostały uznane za zasadne, odpowiadały kwotom wynikającym w części z trzech faktur:

Nr faktury	różnica netto pomiędzy kwotą zapłaconą a kwotą należną	różnica VAT pomiędzy kwotą zapłaconą a kwotą należną
(...)(...)	117 714,77 zł	27 074,60 zł
(...)(...)	1 268,03 zł	291,64 zł
(...)	397,37 zł	91,39 zł

i odpowiadały w przypadku faktury (...)(...) wartości dostarczonego a niewbudowanego materiału lub w przypadku pozostałych faktur zakwestionowanej ilości wykonania. (d: tabela rozliczeniowa k. 1299)

Sąd powyższych ustaleń dokonał na podstawie wskazanych dokumentów jak również zeznań świadków Ł. R., M. K., Z. Ł., B. N., J. S. (2), P. A., A. S., przesłuchanych w toku postępowania, którym prawie w całości sąd przyznał walor wiarygodności.

Odnosząc dokumentów wskazać wypada, iż większość z nich ma charakter dokumentów prywatnych, stanowiących zasadniczo tylko dowód tego, że osoba, która się pod nimi podpisała złożyła zawarte w nim oświadczenie woli. Nie mniej jednak głównie to one, w tym szczególnie te, które zostały złożone w oryginale w ocenie Sądu pozwalały na poczynienie ustaleń istotnych w sprawie, w tym w zakresie zarówno co do faktu zawarcia poszczególnych umów, zasad realizacji kontraktu, rodzaju robót powierzonych i realizowanych przez powoda. Dodać wypada, iż okoliczności wynikające ze wskazanych dokumentów znalazły swoje potwierdzenie w zeznaniach świadków, w tym co istotne osób, które bezpośrednio wykonywały czynności w imieniu powoda jak również osób, które reprezentowały najpierw (...) S.A. a następnie (...) S.A., tj. wykonawcę i potwierdziły fakt wykonania robót. Ponadto również okoliczność zmaterializowania robót sprężalniczych, określonych umową z dnia 11 kwietnia 2011 r. potwierdził Inżynier Kontraktu – P. A., który wskazał jednakże, iż nie wszystkie opisy wystawionych faktur po ich weryfikacji z danymi zawartymi w Przejściowym Świadczeniu Płatności odpowiadają rzeczywiście tylko wykonanym robotom.

Oceniając złożone dokumenty, za pomocą których powód chciał wykazać rodzaj ilości zrealizowanych robót zawrócić należy uwagę na fakt, iż w przypadku Wniosków o Płatność Przejściową nie zawierają w ogóle informacji o ilości wykonania, zaś w przypadku Protokołów Zaawansowania Robót oraz faktur przedmiotowe dane zostały ujęte wyłącznie procentowo a nie ilościowo mimo, że zgodnie postanowieniami umowy „w ysokość wynagrodzenia podlegała ustaleniu w sposób ilościowo-ryczałtowy poprzez przyjęcie iloczynu obmiaru jednostkowego robót wykonanych przez powoda zatwierdzonego przez przedstawicieli Wykonawcy i cen jednostkowych określonych w załączniku nr 2 do umowy”, który wskazywał na jednostkę ilość kilogramów stali, ilość sztuk zakotwienia i łączniki, zawierając wartości jednostkowe dla każdej z w/w pozycji. (§ 6 ust. 2 umowy k. 254v, załącznik nr 2 k. 258v-259) Zwrócić także należy uwagę na fakt, że przedmiotowe dane są nieweryfikowalne jak również nie w każdym przypadku rzeczywiście odpowiadają wykonanym robotom pomimo zamieszczenia na dokumentach zapisu odnośnie wykonania sprzężenia wewnętrznego prefabrykowanego. Wskazuje na to m.in. zarówno zapis na Protokole przerobowym nr 1 uczyniony przez J. B., który odnośnie obiektu, na którym nadzorował wykonywanie prac, tj. (...), wpisał, że ujawniona wartość odpowiada tylko dostarczonego materiału w postaci rur osłonowych. Ponadto zapisom zarówno na Wniosku o Płatność Przejściową jak również na fakturze nr (...) poz. 1 i 3 zaprzeczają pozostałe materiały dowodowe albowiem, powód nie przedstawił ani Protokołu robót w toku ani też wniosku o pozwolenie na wykonanie sprzężenia czy iniekcji właśnie na tych obiektach. Żaden ze złożonych dokumentów, które dotyczą rzeczywistego wykonania robót nie odnosi się do tych obiektów. Ponadto także zeznania świadków P. A. – mającego najpełniejszą wiedzę odnośnie rodzaju i zakresu robót rzeczywiście wykonanych, która związana jest również z posiadaniem dokumentów potwierdzających zakres i rodzaj zrealizowanych robót przez Generalnego Wykonawcę, nie potwierdzają informacji wskazanych na fakturze. Na powyższe zwracał uwagę również świadek M. K., który przyznał, iż były wystawiane faktury tylko za materiał, który został dostarczony a nie został ostatecznie wbudowany, tj. nie stał się częścią składową autostrady. Z uwagi na powyższe rozbieżności pomiędzy rodzajem, zakresem robót wykonanych a opisami ujawnionymi na złożonych dokumentach sporządzonych przez powoda i jedynie potwierdzanych przez pracowników czy to (...) S.A. czy następnie (...) S.A., nie odpowiadającymi rzeczywistości, Sąd ustalając, które faktury i w jakim zakresie odpowiadają robotom wykonanym i odebranym (a nie tylko wartości materiału) przyjął za wiarygodne tabele rozliczeniowe sporządzone przez Inżyniera Kontraktu. (k. 1299). Czyniąc powyższe Sąd miał na uwadze fakt, iż pozwani (...) Ltd. oraz (...) Ltd. nie ponoszą odpowiedzialności jak podmiot, który zawarł umowę z powodem, w tym za rozliczenie materiału, które zgodnie z postanowieniami umowy mogło nastąpić już po samym dostarczeniu materiału do 60% wartości robót lecz zakres ich odpowiedzialności związany był wyłącznie z robotami wykonanym i odebranym, których obowiązek wykazania spoczywał zgodnie z art. 6 k.c. wyłącznie na powodzie.

Faktem jest również, iż powód w toku postępowania przedstawił szereg dokumentów

w tym protokoły zaawansowania prac (k. 316-330), protokoły zaangażowania dodatkowej brygady (k. 314-315), które obejmują także okres wcześniejszy, niż ten za który zostały wystawione faktury stanowiące podstawę roszczenia, nie mniej jednak, nie zawierają one nadal informacji o ilości wykonanych robót lecz jedynie zaangażowanie procentowe. W ocenie Sądu przedmiotowe dokumenty potwierdzają fakt, iż roboty były realizowane przez powoda nie mniej jednak nie wskazują precyzyjnie jaki zakres robót był w danym okresie wykonany a przede wszystkim nie pozwalają na ustalenie ich ilości. Podobnie również należało ocenić protokół robót w toku (k. 20-31) oraz wnioski o pozwolenie do przystąpienia do iniekcji czy sprężenia (k. 43-63) albowiem bezspornie wskazują na fakt wykonywania określonych robót nie mniej nie stanowią dowodu ilości wykonania, zakresu i faktu odbioru tych prac.

Z uwagi na okoliczność, iż wystawione faktury, które zostały objęte roszczeniem w niniejszym postępowaniu de facto odnoszą się do okresu marzec – kwiecień 2012 roku, Sąd uznał, iż dokumenty takie jak protokoły zaawansowania rzeczowo-finansowego robót Nr 2 i 1 dotyczące okresu kwiecień - czerwiec 2011 r., czy zestawienie wykonanych prac wystawione 27 października 2011 r., 14 października 2011r., 13 października 2011 r. do którego nie odnoszą się należności dochodzone w niniejszym postępowaniu (k. 67-68, k.70-72) poza potwierdzeniem, iż powód już w tym okresie realizował roboty, nie stanowiły podstawy dokonywania ustaleń innych okoliczności w sprawie.

Również tożsamy charakter mają dokumenty dot. zestawienia dostarczonych materiałów, które odnoszą się do okresu 2011 r. (k. 209-211)

Ponadto brak było podstaw do dokonania ustaleń w oparciu o dokumenty złożone w języku niemieckim, dotyczących wyłącznie dokumentów przewozowych a zatem odnoszących się ewentualnie do zakupu i dostawy materiału, których, pomimo zarzutu podniesionego przez pozwanych, powód nie przedstawił w wersji polskojęzycznej. (k. 158-207, 212-226)

Również dokumenty dotyczące zgłoszenia podwykonawców czy korespondencji dotyczącej tych podmiotów, odnoszące się do innego odcinka (odcinek I i II) oraz umowy głównej dotyczącej realizacji innego odcinka, Sąd uznał za nie mające znaczenia dla kwestii istotnych m.in. dla ustalenia odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3. (pismo z 16.09.2010r. k. 794-795, z dnia 19.04.2012r. k. 796, umowa z Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. i dokumenty dotyczące zgłoszenia tegoż podmiotu k. 799-818, pismo z 08.07.2011r. k. 819-820, umowa i (...) k. 930-944) Faktem jest, iż przedmiotowe dokumenty zostały przedstawione celem wykazania jakie wzory umów stosowano na kontrakcie lub sąsiednich kontraktach nie mniej jednak to czy w pozwani wiedzieli i posiadali informację, mogli uzyskać informację o spółce (...) Sp. z o.o. jako podwykonawcy, podlega ocenie wyłącznie w kontekście dokumentów i okoliczności, które dotyczyły tegoż podwykonawcy. Zaznaczyć również należy, iż nie na każdym kontrakcie nawet realizowanym przez to samo konsorcjum uzgodnienia pomiędzy uczestnikami Konsorcjum i rola poszczególnych członków Konsorcjum była tożsama.

Co do kwestii świadomości i wiedzy pozwanych o wykonywaniu robót na odcinku III Autostrady (...) przez powoda, zakresie realizowanych robót a także wiedzy czy możliwości zapoznania się z postanowieniami umowy, Sąd przedmiotowe ustalenia poczynił zarówno w oparciu o dokumenty, mając na uwadze ich rodzaj, charakter, osoby, które składały oświadczenia podpisując się na tych dokumentach i pełnione przez nich funkcje w strukturze kontraktu budowlanego realizowanego zgodnie z warunkami (...), ale także uwzględniając zdjęcia obrazujące fakt wykonywania robót przez oznakowanych pracowników powoda, program zapewnienia jakości prac wysokospecjalistycznych z wyraźnym oznaczeniem powoda jako wykonawcy robót, potwierdzenia przekazania dokumentów zatwierdzających program zapewnienia jakości do siedziby biura budowy całego konsorcjum w P. odpowiednio w dniach 10 maja 2011 r. czy programy sprężania na obiekty (...), (...), (...) i (...) w dniu 10 sierpnia 2011 r., na obiekty (...), (...), (...), (...), (...) i (...) w dniu 31 sierpnia 2011 r., na obiekty (...), (...), (...) w dniu 05 października 2011 r., na obiekt (...) w dniu 22 listopada 2011 r., jak również zeznania świadków w tym A. S..

Zaznaczyć należy, iż zasadniczo złożone dokumenty, w tym istotne dla sprawy dokumenty w postaci pism z dnia 10 maja 2012 r. (k. 378-379), 5 kwietnia 2012 r. (k. 380) oraz wnioski materiałowe podpisane przez W. T., a

także ustalony sposób reprezentacji Konsorcjum i obowiązek przekazywania informacji w ramach Kierownictwa Konsorcjum pomimo podziału zakresu rzeczowego robót, co wynika z umowy wykonawczej, pozwalają w ocenie Sądu uznać za materiał, który jako kompatybilny potwierdza, iż wszyscy członkowie Konsorcjum (...) pomimo, iż nie byli stroną umowy zawartej z dalszym podwykonawcą – powodem – wiedzieli o tym podwykonawcy, znali jego zakres robót, w tym również wynagrodzenie oraz akceptowali go jako dalszego podwykonawcę.

Co istotne wszystkie wnioski o zatwierdzenie programu zapewnienia jakości przygotowane przez powoda były za pośrednictwem Lidera przesyłane do Biura Inżyniera Kontraktu i na ten też adres odbywała się zwrotna korespondencja konieczna zresztą do rozpoczęcia prac przez powoda, na co wskazano już powyżej.

Ponadto zwrócić należy uwagę na fakt, iż wnioski materiałowe były podpisane przez W. T., który jako Kierownik Budowy, jak wskazał P. A. – odpowiadał za całość robót na Placu (...) i reprezentował całe Konsorcjum (...). Na przedmiotowych wnioskach, co jest bezsporne, w sposób jednoznaczny została określona Spółka (...) Sp. z o.o. jako podmiot, który miał dostarczać w/w materiały. Również fakt, iż przedmiotowa spółka występowała o zatwierdzenie materiałów/ receptur dostarczanych przez nią w ramach inwestycji, potwierdził W. T.

w oświadczeniu sporządzonym w dniu 27 sierpnia 2012 r. (k. 73)

Najistotniejsze jest jednak, iż co najmniej od kwietnia 2012 r. Wykonawca podejmował czynności zmierzające do zatwierdzenia powoda przez Zamawiającego o czym świadczą powyżej wskazane pisma składane w imieniu całego Konsorcjum. Oceniając znaczenie w/w dokumentów nie można pominąć faktu podpisania pisma z dnia 5 kwietnia 2012 r. przez T. F., który jak wynika m.in. z umowy wykonawczej zawartej przez członków konsorcjum był uprawniony do reprezentowania Irlandzkich członków Konsorcjum, tj. (...) Ltd. i (...) Ltd (art. 4 pkt. 6 k. 972), a który przy w/w piśmie przekazał projekt umowy zawartej z (...) Sp. z o.o. wskazując jednocześnie na zakres robót powierzonych powodowi. (k. 380, 512) W/w sam również w imieniu w/w dwóch spółek podpisał aneks nr (...) do umowy wykonawczej w dniu 22 sierpnia 2011 r. (k. 1005-1008) Pełnił również od września 2010 roku funkcję członka Board – zarządu Konsorcjum jako przedstawiciel grupy Ko-lidera. Ponadto jak wynika z pisma z dnia 10 maja 2012 r. w celu uzyskania zatwierdzenia dalszego podwykonawcy były przekazywane dalsze dokumenty konieczne do zaakceptowania podwykonawcy. (k. 561-562) Przedmiotowe pismo podpisał A. C., który związany był z zarządem spółek (...) Ltd i (...) Ltd.

Z uwagi na powyższe, niezależnie od faktu, że roboty realizowane przez powoda nie należały do zakresu rzeczowego grupy Ko-lidera, nie jest możliwe aby przy Konsorcjum, posiadającym wspólne Kierownictwo, zapewniającym sobie pełen przepływ informacji, członkowie grupy Ko-Lidera nie posiadali wiedzy o działaniu powoda.

Ponadto dla oceny powyższej kwestii istotne były również zeznania świadków: Ł. R. (rozprawa 07.01.2016r. k. 1491v-1492v, transkrypcja (...) -1510), M. K. (rozprawa 10.02.2016r. k. 1542v-1544v, transkrypcja k. 1682-1695), Z. Ł. (rozprawa 10.02.2016r. k. 1544v-1545), B. N. (rozprawa 10.02.2016r. k. 1545v 1546v, transkrypcja k. 1696-1704), J. S. (2) (rozprawa 10.02.2016r. k. 1546v-1547v) i A. S. (rozprawa 20.05.2016r. k. 1785-1787), którzy potwierdzili fakt wykonywania oraz rodzaj prac powierzonych powodowi na odcinku III Autostrady (...) (w tym sprężanie) jak również charakter tych prac wysokospecjalistycznych, których świadczenie musi odbywać się na podstawie zatwierdzonych dokumentów materiałowych oraz programu jakości. Sąd nie znalazł podstaw do kwestionowania ich zeznań. Wskazać wypada, że każda

z zeznających osób powoływała się na okoliczności, co do których powzięła wiedzę na skutek czynności jakie zostały jej powierzone do wykonania, w tym odnośnie obiektów, na których za realizację robót odpowiadała lub je nadzorowała.

Ponadto świadkowie Ł. R., M. K., Z. Ł., B. N., J. S. (2) i A. S. potwierdzili, co pozostaje kompatybilne z pozostałym materiałem dowodowym w postaci dokumentów, iż m.in. na obiekty nr (...) czy (...) został sprowadzony tylko materiał a prace sprężania nie zostały rozpoczęte lub też, że były obiekty, na które materiał został tylko dostarczony oraz, że pracownicy (...) korzystali

z oznakowanych kamizelek zaś wszystkie dokumenty, na podstawie których były wykonywane prace podlegały zatwierdzeniu m.in. przez Generalnego Wykonawcę. (k. 1492, k. 1502-1510, k. 1543-1544v, k. 1785-1786v).

Dodać również wypada, że wiedza B. N. oraz A. S. odnośnie faktu dostarczenia wyłącznie materiałów na niektóre obiekty wynika także z zakresu czynności, które powierzono mu już po zakończeniu robót a związanych z inwentaryzacją, którą wykonywali już na rzecz Syndyka Masy Upadłości (...) S.A.

Zwrócić również wypada uwagę na fakt, iż A. S. wskazując na okoliczności dotyczące wiedzy o zakresie robót realizowanych przez powoda przedstawił w jakich okolicznościach i dlaczego przedstawiciele pozwanych byli świadomi, kto wykonuje prace sprężalnicze. W tym zakresie jego zeznania w ocenie Sądu są rzetelne, logiczne a także pozostają kompatybilne z pozostałym materiałem dowodowym. Jednocześnie przekazane przez niego okoliczności dotyczą tylko tych faktów, odnoszących się do zdarzeń – czynności, w których uczestniczył. Ponadto wiedza ta uzasadniona jest również tym, że znał kompetencje poszczególnych osób pełniących funkcje kontraktowe a także orientował się w zasadach przekazywanych informacji, wniosków, które miały odpowiadać wymogom kontraktowym.

W ocenie Sądu w całości na wiarę zasługują zeznania świadka P. A., który na danym kontrakcie pełnił funkcję I. Kontraktu, tj. osoby, która mimo działania na podstawie umowy zawartej z Inwestorem, czuwa, nadzoruje przebieg realizacji kontraktu ale jednocześnie ma być bezstronnym arbitrem przy rozstrzyganiu zarówno roszczeń Wykonawcy jak i Inwestora. Zdaniem Sądu, z uwagi na fakt, iż doszło do zawarcia ugody pomiędzy Skarbem Państwa a powodem, w/w świadka należało uznać za osobę, które nie tylko nie była związana, z którąkolwiek ze stron ale również i nie była zainteresowana korzystnym rozstrzygnięciem dla którejkolwiek z nich. Jego zeznania odnoszą się wyłącznie do okoliczności, o których wiedzę uzyskał sprawując nadzór nad danym kontraktem a ponadto w oparciu o dokumenty, takie jak dziennik budowy, projekt budowlany a także dokumenty odbiorowe sporządzone pomiędzy Zamawiającym a Generalnym Wykonawcą, które odzwierciedlały rzeczywisty, faktyczny a nie przejściowy stan fakturowania wykonanych robót.

Nie można również odmówić mocy dowodowej zeznaniom w/w świadka w zakresie, w którym wskazał, iż osobą uprawnioną do działania przed Inżynierem Kontraktu z ramienia Konsorcjum był T. F. (k. 1548v) skoro sam się z nim kontaktował i przyjmował od niego korespondencję.

Sąd nie dokonał natomiast ustaleń na podstawie zeznań świadka P. A. w zakresie, w którym wskazał, iż umowa pomiędzy (...) S.A. a (...) S.A. była zawarta wyłącznie w imieniu w/w członka konsorcjum, albowiem przedmiotowa ocena stanowi kwestię prawną, należąca ostatecznie do kompetencji Sądu. Zaznaczyć bowiem wypada, iż faktycznie jako strony w/w umowy zostały wskazane tylko dwa podmioty nie mniej jednak oceniając jej charakter należało mieć na uwadze zarówno zakres umocowania (...) S.A. na podstawie oświadczenia i pełnomocnictwa z dnia 29 września 2010 r. jak również postanowienia pkt. 9.5 umowy wykonawczej określającej prawo w/w do zawierania umów w zakresie powierzonych jej zakresu robót w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum. Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż prawo zgłoszenia i zaakceptowania w/w warunkowane było subklauzulą 4.4 lit. e (...), wskazującą na konieczność zawarcia umowy podwykonawczej w imieniu całego konsorcjum.

Odnosząc się do zeznań świadka J. B. Sąd uznał je za wiarygodne jedynie w części, w której potwierdził fakt dostarczenia materiału na obiekt (...) zgodnie z protokołem przerobowym nr 1, z którym zapoznał się ponownie z toku rozprawy po jego okazaniu. W pozostałym zakresie w ocenie Sądu zeznania świadka nie wnoszą nic istotnego do sprawy. Wskazać należy, że przed okazaniem dokumentów, na których widnieją podpisy świadka w/w nic nie pamiętał, nie kojarzył nawet firmy powoda ani zakresu robót jaki miał wykonywać. Świadek nie pamiętał umowy podwykonawczej ani roli powoda na kontrakcie ale jednocześnie powoływał się na ustalenia w zakresie sposobu ustalania obmiaru robót, przerobu. Powyższe w ocenie Sądu wskazuje, iż zeznania w/w świadka są wewnętrznie sprzeczne a przede wszystkim nie sposób ustalić do wykonania jakich prac i komu zleconych, świadek się odnosi.

W ocenie Sądu zasadniczo zeznania świadka M. J. (rozprawa 03.02.2016r. k. 1530-1532) nic nie wnoszą do sprawy. Świadek nie tylko nie przypomina sobie powoda ale również samej umowy, na podstawie której były realizowane prace a także nie ma wiedzy odnośnie podmiotu uprawnionego do dokonywania zgłoszenia podwykonawcy czy zasad,

na których odbywało się przekazywanie informacji w ramach Konsorcjum. Dodać również wypada, że pełnił funkcję kierownika budowy na obiektach o numerach od 186 do 190, co do których nie odnoszą się sporne faktury nr (...) (...) i (...)(...)

Sąd nie przeprowadził również dowodu z zeznań świadków J. S. (3) i W. T. z uwagi na fakt, iż wnioski złożone w tym zakresie zostały cofnięte. (k. 1448, k. 1472)

Sąd zważył co następuje:

Po analizie całości materiału dowodowego Sąd uznał, iż powództwo, w granicach zakreślonych okolicznościami faktycznymi w tym doprecyzowanych ostatecznie w piśmie z dnia 20 kwietnia 2015 r. nie mogło zostać uwzględnione w całości w stosunku do pozwanych ad. 2 i 3, lecz było uzasadnione jedynie co do roszczenia odsetkowego za zamknięty okres obejmujący od 12 stycznia 2013 r. do 17 kwietnia 2015 r. oraz co do kwoty odpowiadającej skapitalizowanym odsetkom za w/w okres, należnych od kwoty podatku VAT wynikającego z faktury VAT (...) (...) w kwocie 10 660,73 zł.

Jak wskazano w pozwie oraz dalszych pismach procesowych podstawa odpowiedzialności pozwanych (...) Ltd. i (...) Ltd. była wywodzona wyłącznie z zapisów ustawowych, tj. z treści art. 647¹ § 5 k.c. albowiem pomiędzy powodem a pozwanymi ani też w ich imieniu nie została zawarta umowa z dnia 11 kwietnia 2011 r. jak również kolejne dwa aneksy. Przedmiotowa okoliczność była pomiędzy stronami postępowania bezsporna. Powód nigdy nie wywodził i nie wykazywał aby umowa podwykonawcza, której jako strony wskazano (...) S.A. z siedzibą w W. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. była podpisana również w imieniu pozwanych ad. 2 i 3. Z tych też względów nie ulega wątpliwości, iż podstawy dochodzonych roszczeń należało upatrywać nie w stosunku umownym lecz regulacjach ustawowych, stworzonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa podwykonawcy, dalszego podwykonawcy, któremu powierzono zakres robót do realizacji w ramach inwestycji budowlanej.

Zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Przedmiotowa odpowiedzialność wywodzona z przepisu ustawy nałożona na inwestora i generalnego wykonawcę ma charakter wyjątkowy przez co jej zakres powinien i jest ustalany poprzez stosowanie ścisłej interpretacji tegoż przepisu mającego charakter normy bezwzględnie obowiązującej (ius cogens).

W ramach normy tego przepisu ustawodawca jednocześnie określił przesłanki powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy. Przed przystąpieniem do ich wskazania od razu należy podkreślić, iż w okolicznościach niniejszej sprawy przesłanki odpowiedzialności oceniane będą w kontekście wykonawcy jako zobowiązanego do spełnienia świadczenia na rzecz dalszego podwykonawcy, który zawarł umowę o roboty budowlane nie zaś w kontekście Inwestora. Z uwagi bowiem na fakt, iż umowa z dnia 11 kwietnia 2011 r. nie była zawarta przez żadnego z członków konsorcjum wykonawczego, kwestia odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3, na co już wskazano powyżej, wymagała od powoda wykazania, iż przesłanki określone zostały w art. 647¹ k.c. zostały spełnione właśnie w stosunku do w/w podmiotów.

Do warunków powstania powołanej odpowiedzialności należą:

- 1) zawarcie na piśmie umowy o roboty budowlane, przez którą wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia,
- 2) wymagalność roszczenia pieniężnego wykonawcy,

3) zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą lub zgoda inwestora i wykonawcy na zawarcie umowy przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą zamówienia publicznego.

Podstawą odpowiedzialności solidarnej, nazywanej też gwarancyjną, za cudzy dług (zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy za wykonanie robót budowlanych), określonej w art. 647¹ § 5 k.c., jest istnienie ważnej umowy o roboty budowlane

z podwykonawcą, z dalszym podwykonawcą. Odpowiedzialność inwestora i wykonawcy w warunkach określonych art. 647¹ § 3 k.c. to odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane, które zostały wykonane przez podwykonawcę, na podstawie umowy zawartej z wykonawcą robót budowlanych lub podwykonawcą. Jednym z warunków ponoszenia przez inwestora solidarnej odpowiedzialności względem podwykonawcy jest znajomość treści umowy o roboty budowlane zawartej między wykonawcą (generalnym wykonawcą) a podwykonawcą. Wskazany warunek jest oczywisty, bowiem znane są sytuacje, gdy inwestor nie posiada informacji o wykonywaniu zamówienia przez podwykonawcę bądź też informacja ta jest celowo ukrywana. Oprócz jednak obowiązku poinformowania inwestora o samym fakcie zawarcia umowy konieczne jest dodatkowo wskazanie w umowie o roboty budowlane pomiędzy inwestorem a wykonawcą konkretnego zakresu robót, czyli tych, które będzie wykonywał wykonawca – osobiście lub za pomocą podwykonawców. Przy czym chodzi w tym przypadku

o konkretne, precyzyjne, a nie jedynie ogólne ich wskazanie, bowiem koniecznym warunkiem solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy wobec podwykonawcy jest wskazanie w umowie o roboty budowlane konkretnego zakresu robót, który będą wykonywać podwykonawcy. Jak podkreśla się w orzecznictwie, przepis art. 647¹ § 2 k.c. szczegółowo normuje nie tylko rodzaj podejmowanych czynności (przedstawienie umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz ze stosowną częścią dokumentacji), ale także podmiot, który ma tej czynności dokonać, czyli wykonawcę (wyrok SN z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 131/07).

Ponadto inwestor odpowiada solidarnie wraz z wykonawcą wobec podwykonawcy (na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.) tylko wtedy, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane. Podwykonawcą będzie tylko ten podmiot, którego roboty pozostają na placu budowy po zakończeniu inwestycji (wyrok SN z dnia 17 października 2008 r., I CSK 106/08). Zakres robót, które mogą być powierzone podwykonawcom kształtowany jest już na etapie składania oferty przez Wykonawcę, który w przypadku gdy Zamawiający nie zastrzegł wykonania części lub całości przedmiotu zamówienia osobiście przez wykonawcę, wskaże które z robót zamierza wykonać przy ich pomocy.

W ramach przedmiotowego warunku konieczne jest również ustalenie, że umowa o roboty budowlane została zawarta na piśmie, która to forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności. Wskazany obowiązek dotyczy zarówno umowy o roboty budowlane zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą, jak i umowy o roboty budowlane zawartej przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą (co wynika z art. 647¹ § 4 k.c.).

Kolejnym warunkiem odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy jest wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane

z podwykonawcą (a contrario z art. 647¹ § 2 k.c.). Natomiast zgoda inwestora i wykonawcy musi zostać wyrażona w odniesieniu do umowy podwykonawcy z dalszym podwykonawcą (art. 647¹ § 3 k.c.). W tym przypadku konieczne jest ustalenie, w jakich okolicznościach mamy do czynienia z wyrażeniem przez inwestora zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą (dotyczy to także zgody inwestora i wykonawcy na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą).

Z uwagi na odmienną poglądów wyrażanych zarówno w judykaturze, jak i doktrynie generalnie przyjmuje się, że zgoda inwestora może zostać wyrażona na różne sposoby (wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2008 r., III CZP 6/08), tj. w sposób dorozumiany, bierny (milcząco), o której mowa w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. ale także czynny gdy będzie dotyczył tych zachowań inwestora, z których wyraźnie wynika, iż został on poinformowany o wykonywaniu robót przez

wykonawcę. Natomiast gdy inwestor posiada wiedzę na temat wykonywania robót przez wykonawcę, należy przyjąć, że godzi się na ich wykonywanie (np. toleruje okoliczności wykonywania prac na budowie przez podwykonawcę, dokonywanie wpisów w dzienniku budowy), to mamy do czynienia ze zgodą dorozumianą. Jest to w tym przypadku fikcja prawna, że inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Odnosnie zgody, której wyrażenie stanowi o powstaniu odpowiedzialności inwestora

a w przypadku, o którym mowa w art. 647¹ § 3 k.c. również o odpowiedzialności wykonawcy za wynagrodzenie dalszego podwykonawcy, ustalanej wg. kryteriów wskazanych w art. 647¹ § 2 k.c., sposoby jej wyrażania zostały również dookreślone w drodze orzecznictwa. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Białymstoku, (wyrok z dnia 8 maja 2015 roku w sprawie sygn. akt I ACa 42/15 (niepublikowany)):

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 w toku postępowania, żadna ze stron nie kwestionowała, że Inwestor zawierając umowę główną z Wykonawcą przewidział możliwość wykonania robót przez podwykonawców (tzw. umowa główna) i uregulował tryb uzyskania zgody Inwestora, wskazując na zasady identyczne jak przytoczone powyżej.

Powyższe bowiem znalazło już odzwierciedlenie w załączniku nr 2 do umowy wykonawczej do umowy konsorcjum, w którym Uczestnicy Konsorcjum wskazali, w stosunku do których podwykonawców zostanie skierowane zaproszenie do składania ofert (k. 984v) przy czym podwykonawcy wskazani w przedmiotowym załączniku byli już jednocześnie podwykonawcami Lidera i Ko-Lidera.

Z uwagi na zakres zarzutów podniesionych w sprawie w pierwszej kolejności odnieść się należało do kwestii legitymacji biernej pozwanych kwestionowanej z uwagi na fakt, iż nie zostali pozwani pozostali członkowie konsorcjum wskazując, iż pomiędzy nimi zachodzi współuczestnictwo konieczne.

Jak wynika z dokumentów dotyczących Konsorcjum (...) utworzonego na podstawie umowy z dnia 19 marca 2010 r. składającego się z pięciu podmiotów zostało ono stworzone w celu złożenia wspólnej oferty i wspólnej realizacji zadania w przypadku wyłonienia tej grupy jako wykonawcy. Zawarta umowa nie utworzyła żadnej nowej spółki, a jedynie w celu wykonania zadania określiła sposób podziału prac, rozliczenia a także kwestie dotyczące zarządu i zawierania umów podwykonawczych.

Zwrócić również należy uwagę na fakt, iż utworzenie takiej konstrukcji odpowiada w pełni zapisom art. 23 ust. 1 prawo zamówień publicznych, w którym mowa jest o kilku wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie. Podkreślić również wypada, iż konsorcjum zasadniczo nie jest zdefiniowane w polskim prawie, chociaż pojęcie to występuje w niektórych ustawach nie mniej jednak na gruncie prawa zamówień publicznych rozumiany jest jedynie jako twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie

dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. W zamówieniach publicznych tym celem jest złożenie oferty wspólnej, a następnie - po uzyskaniu zamówienia - wspólne wykonanie zawartej z zamawiającym umowy. Konsorcjum nie musi posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej (organów), nie musi też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników. Nie podlega też żadnemu obowiązkowi rejestrowemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt jego istnienia jest umowa podpisana przez uczestników konsorcjum.

Co istotne do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się te same przepisy co do pojedynczego wykonawcy. Odpowiednie ich stosowanie oznacza, że wszyscy wykonawcy łącznie oraz każdy uczestnik wspólnej oferty osobno, **muszą być traktowani jak wykonawca**. Rodzi to stosowne konsekwencje w zakresie wykazywania spełnienia warunków określonych na podstawie art. 22 ust. 1 prawa zamówień publicznych oraz w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 prawa zamówień publicznych.

W tym ostatnim przypadku każdy pojedynczy wykonawca uczestniczący w składaniu wspólnej oferty musi wykazać, iż nie podlega wykluczeniu. Natomiast łącznie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie powinni spełniać warunki określone na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 prawa zamówień publicznych. Przepisy nie określają, jak należy oceniać spełnienie warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Dlatego zasady w tym zakresie wypracowuje praktyka i orzecznictwo. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku

z dnia 21 stycznia 2013 r. (KIO 2923/12, Legalis) stwierdziła jednoznacznie, że wystarczające jest, by dysponowanie odpowiednimi zasobami wykazał jeden z konsorcjantów. Na ocenę tę nie mogą mieć wpływu zapisy umowy konsorcjum regulujące zasady współpracy na etapie realizacji zamówienia pomiędzy członkami konsorcjum, w szczególności w świetle regulacji art. 141 prawa zamówień publicznych (solidarna odpowiedzialność wykonawców). Jeszcze szerzej KIO poszła w wyroku z dnia 7 stycznia 2013 r. (KIO 2755/12, Legalis), w którym stwierdziła, że doświadczenie, jakim wykazuje się konsorcjum w postępowaniu celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, może zostać nabyte przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, przez każdego z nich, ale również może zostać nabyte przez jednego wykonawcę w wyniku realizacji zamówienia wspólnie z innym wykonawcą lub wykonawcami.

W ocenie Sądu zgodnie z powyższą regulacją należy rozumieć „wykonawcę”

w kontekście art. 647¹ § 5 k.c. albowiem tylko w ten sposób zostanie zachowany cel przepisu jaki przyświecał ustawodawcy. Tym samym przez Wykonawcę w niniejszej sprawie należy rozumieć każdego z członków utworzonego konsorcjum, pomiędzy którymi zgodnie

z postanowieniami umowy konsorcjum art. 10 (k. 963 v), co sami przewidzieli, istnieje solidarna odpowiedzialność uczestników konsorcjum za realizację umowy również wobec podwykonawców. Dokonując literalnej wykładni przywołanego powyżej postanowienia, podzielić należy stanowisko powoda, iż zastrzeżona „solidarność” nie odnosi się wyłącznie do relacji z Zamawiającym tym bardziej, iż ta wynika wprost z art. 141 prawa zamówień publicznych, lecz ma zastosowanie wobec podmiotów trzecich.

Skoro zatem pomimo zawarcia umowy konsorcjum, każdy z uczestników nadal pozostaje samodzielnym podmiotem – Wykonawcą – nie ulega wątpliwości, iż kierując roszczenie, powód nie musi pozywać wszystkich członków łącznie, tj. na zasadach określonych w art. 72 § 2 k.p.c. Przedmiotowa solidarność stwarzająca powodowi prawo do wyboru, podmiotowi decydującemu o roszczeniu, osoby pozwanego, wynika również w niniejszej sprawie z zapisu art. 647¹ § 5 k.c. stanowiącego źródło solidarności, którego nie można ograniczyć i utożsamiać z tym, iż po stronie Wykonawcy odpowiada ono jedynie całemu konsorcjum, postrzeganemu jako Wykonawca, szczególnie w przypadku gdy nie dochodzi do utworzenia nowego podmiotu.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy wskazać również wypada, iż z uwagi na (...) S.A. i (...) S.A., ich pozwanie w świetle regulacji prawo upadłościowe i naprawcze (brzmienie obowiązujące przed 1 stycznia 2016 r.) jest niedopuszczalne, co już przy koncepcji prezentowanej przez pozwanego ad. 3 prowadziłoby w rezultacie do niemożliwości orzekania, a tym samym pozbawiałoby powoda szansy dochodzenia należności od tych członków Konsorcjum (...), którzy mają zdolność finansową do zrealizowania zobowiązania powstałego na tle inwestycji, dla wykonania której zawarli umowę konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, iż pozwani ad. 2 i 3 mają legitymację bierną do samodzielnego występowania w postępowaniu po stronie pozwanej.

Ponadto w ocenie Sądu nie istniała również podstawa do zawieszenia postępowania do czasu zatwierdzenia listy wierzytelności w postępowaniu upadłościowym prowadzonym wobec (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej albowiem powyższe w niniejszej sprawie nie stanowi żadnego prejudykату ani też nie wpływa na odpowiedzialność pozwanych ad. 2 i 3. Podkreślić bowiem należy, iż zgodnie z art. 264 prawa upadłościowego i naprawczego (aktualnie prawa upadłościowego) wyciąg z zatwierdzonej przez sędziego-komisarza listy wierzytelności, zawierający oznaczenie wierzytelności oraz sumy otrzymanej na jej poczet przez wierzyciela stanowi tytuł egzekucyjny przeciwko upadłemu. Zasadniczo rozstrzygnięcie co do uznania lub nie uznania wierzytelności na liście wierzytelności w postępowaniu upadłościowym wiąże tylko w postępowaniu upadłościowym i niezależnie od faktu, iż w przypadku zakończenia postępowania upadłościowego lub umorzenia może stanowić tytuł egzekucyjny, stanowi orzeczenie nie korzystające z powagi rzeczy osądzonej. Z tych też względów nawet umieszczenie na liście, wierzytelności, która odpowiadałaby dochodzonej w niniejszym postępowaniu należności, w żaden sposób nie wpływa na wynik niniejszego postępowania.

Z uwagi na powyższe Sąd nie znalazł podstaw do zawieszenia postępowania.

Niezależnie od powyższego w toku postępowania Syndyk Masy Upadłości nadesłał informację, że na liście wierzytelności (...) S.A. z siedzibą w W.

w upadłości likwidacyjnej została ujęta wierzytelność powoda odpowiadająca kwocie 706 282,58 zł, która na dzień 13 lipca 2015 r. (przekazania informacji wraz z wyciągiem z listy) nie została zatwierdzona. Powyższy potwierdza, iż dochodzone przez powoda roszczenie istnieje i jest wymagalne również w stosunku do podmiotu, który zawarł stosunek umowny.

Po w/w uwagach ogólnych, w dalszej części uzasadnienia Sąd dokona oceny wskazanych powyżej przesłanek stanowiących warunki odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3.

Podejmując rozważania zaznaczyć wypada, że wbrew twierdzeniom pozwanych w ocenie Sądu umowa zawarta pomiędzy (...) S.A. a (...) S.A. w dniu 11 października 2010 r. była umową podpisaną w imieniu i na rzecz całego konsorcjum, przy czym (...) S.A. została zatwierdzonym podwykonawcą co nastąpiło w kwietniu 2011 r.

Powyższe wnioski wynikają z faktu, iż w dniu 29 września 2011 r. (...) S.A. zostało udzielone pełnomocnictwo uprawniające do zawierania umów w imieniu i na rzecz całego konsorcjum. Ponadto, jak już wskazano, również na powyższe wskazuje ujęcie tegoż podwykonawcy na liście stanowiącej załącznik do umowy wykonawczej do umowy konsorcjum, na której już wyraźnie wskazano, że stanowi podwykonawcę zarówno (...). Co również istotne w kwietniu 2011 r. ten podmiot został zgłoszony zamawiającemu w imieniu wszystkich członków konsorcjum, na skutek czego został zatwierdzony. Również jako podwykonawca zatwierdzony został przedstawiony na R. w dniu 23 czerwca 2012 r.

Odnosząc się natomiast do umowy zawartej w dniu 11 kwietnia 2011 r. pomiędzy powodem a (...) S.A. z siedzibą w W. wskazać należy, iż:

a/ została ona zawarta w formie pisemnej, tj. zgodnie z treścią art. 647¹ § 4 k.c.

b/ dotyczyła co do zasady robót budowlanych albowiem zrealizowany zakres polegał na wykonaniu dostawy materiału i wykonaniu sprzężenia wraz z wciskaniem splotów, założeniem kompletnych bloków kotwiących to stanowiło wysokospecjalistyczne prace, dla wykonania których konieczne było stworzenie programów zapewnienia jakości. Potwierdził to również świadek M. K. (godz. 00:15:47), który wskazał, że „Odbiory sprzężenia to robota szczegółowa i specjalistyczna i wymaga zatwierdzenia inspektora nadzoru i projektanta. Dawaliśmy wszystkie dokumenty do odbioru przed przyjęciem splotu. Po odbiorze dokonywaliśmy cięcia i zakończenia prac.”. Z uwagi na powyższe nie ulega wątpliwości, co do prac zrealizowanych na poszczególnych obiektach mostowych w pełnym zakresie, osiągnięty

w ten sposób efekt sprężenia czy zakotwienia stał się elementem całej inwestycji wykonywanej na podstawie umowy głównej.

Dla oceny odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3, jak już wskazano powyżej, konieczne było ustalenie czy w/w wyrazili zgodę na wykonanie zakresu robót powierzonych powodowi, o której mowa w art. 647¹ § 2 k.c. co najmniej w jeden ze sposobów w nim wskazanych.

Jak już zaznaczono na początku, powód był dalszym podwykonawcą, i z całą pewnością nie sposób uznać aby umowa zawarta w dniu 11 kwietnia 2011 r. była podpisana w imieniu całego konsorcjum. Powyższego nie zmienił również fakt, że wszystkie zobowiązania (...) S.A. zostały przejęte przez (...) S.A. albowiem ta nigdy nie miała uprawnień do działania w imieniu całego konsorcjum. Tym, samym nawet na etapie zgłaszania umowy zamawiającemu należało uznać, iż co najwyżej stanowi ona umowę zawartą w imieniu własnym przez (...) S.A. ale na pewno nie w imieniu (...) Ltd czy (...) Ltd. Stąd też, co jest w pełni zgodne ze stanowiskiem powoda, brak jest podstaw do wywodzenia odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3 z faktu zawarcia w/w umowy.

W umowie zawartej pomiędzy (...) S.A. a (...) S.A. w § 5 ust. 30, strony zastrzegły, iż dla wywołania odpowiedzialności Wykonawcy i Inwestora, na zawarcie umowy z dalszym podwykonawcą, w/w podmioty muszą wyrazić zgodę na piśmie. Przedmiotowe postanowienie należy uznać za nieważne na mocy art. 58 § 3 k.c. albowiem zgodnie z art. 647¹ § 6 k.c. narusza bezwzględnie obowiązująca regulację zawartą art. 647¹ § 2 k.c., która ma również zastosowanie w sytuacji określonej art. 647¹ § 3 k.c.

Wskazując na powyższe zaznaczy wypada, iż skoro na tle regulacji ustawowej przyjęte zostały różne sposoby wyrażania zgody na realizację robót przez podwykonawcę to nie ulega wątpliwości, iż jej umowne ograniczenie wyłącznie do zgody wyrażonej w formie pisemnej jest sprzeczne z treścią art. 647¹ § 2 k.c.

Powyższe nie wpływa, nie podważa skuteczności pozostałych postanowień umowy zawartej w 2011 roku.

Stosując zatem bezwzględnie obowiązującą regulację – art. 647¹ § 2 k.c. – w ocenie Sądu uznać należało, iż pozwani ad. 2 i 3, co najmniej w sposób czynny wyrazili zgodę na realizację robót objętych umową z dnia 11 kwietnia 2011 r. przez powoda.

Wskazać należy, że z uwagi na zgromadzony w toku postępowania materiał dowodowy: w tym fakt zgłoszenia powoda, wykonanie w/w czynności zgłoszenia przez osoby uprawnione do działania w imieniu całego konsorcjum w tym również i grupy Irlandzkiej – T. F., a także występowanie pracowników powoda na budowie w oznakowanych kamizelkach, korzystających z oznakowanego sprzętu, nie sposób uznać, aby pozwani ad. 2 i 3 nie posiadali wiedzy nie tylko o fakcie wykonania robót przez powoda i ich zakresie, ale także o warunkach finansowych, na których były te prace realizowane oraz w oparciu o jaką dokumentację odbywało się ich wykonanie.

Pokreślić należy, iż (...) Sp. z o.o. był jedynym podmiotem, który na tym odcinku kontraktu Autostrady (...), realizował pracę sprężania. Ponadto wnioski materiałowe, zawierające oznaczenie w tym przypadku dostawcy specjalistycznego materiału, były składane przez W. T. – kierownika budowy, w imieniu całego konsorcjum. Również zatwierdzone programy zapewnienia jakości przygotowane przez powoda i zawierające oznaczenie powoda, kierowane były do biura budowy wykonawcy, mieszącego się w P., będącego biurem wszystkich członków konsorcjum.

Ponadto, co istotne, w dniu 5 kwietnia 2012 r. w imieniu całego Konsorcjum zostało wystosowane pismo do Zamawiającego zawierające wniosek o zatwierdzenie powoda. Zostało ono podpisane przez T. F., który jak już wskazywano powyżej był uprawniony do reprezentowania Irlandzkich członków grupy m.in. w kontaktach z Zamawiającym (zeznania P. A.) ale również jak wynika z umowy wykonawczej do umowy konsorcjum był członkiem Board (zarządu Konsorcjum). Co jednak istotne, to fakt, iż wraz

z przedmiotowym wnioskiem był złożony projekt umowy oraz inne dokumenty wymagane do akceptacji podwykonawcy. Na podstawie w/w załączników pozwani bezspornie mogli uzyskać wiedzę co do zindywidualizowanego podmiotu, któremu zostaną powierzone prace ale również i co do jego zakresu rzeczowego a także finansowego gdyż do umowy dołączono kosztorysy zawierające ilości i stawki. Dodać również wypada, że odnośnie powoda, była prowadzona dalsza korespondencja, w tym pismo z 27 kwietnia 2012 r. czy 5 maja 2012 r., w ramach której Inżynier Kontraktu wyzywał do uzupełnienia złożonego wniosku, na które również członkowie konsorcjum zareagowali spełniając kolejne wymogi.

Niezależnie od powyższego, co potwierdził świadek A. S., (...) Sp. z o.o. był jedynym podmiotem realizującym roboty sprzężenia obiektów mostowych, miał pracowników korzystających z oznaczonych kamizelek i sprzętu, wobec czego nie było sposobu niezauważenia tych osób na placu budowy. Ponadto realizowany zakres robót był zgłaszany na naradach, na których była podawana nazwa firmy i postęp robót.

W przedmiotowych radach uczestniczyli nie tylko przedstawiciele Zamawiającego, który zarówno na skutek w/w zgłoszeń jak i z uwagi na akceptowanie przez biuro Inżyniera Kontraktu wszystkich dokumentów związanych z bieżącym wykonywaniem sprzężenia czy iniekcji, zatwierdził powoda, ale również i przedstawiciele wszystkich uczestników Konsorcjum. (01:04:07).

Z uwagi na powyższe w ocenie Sądu nie sposób uznać aby pozwani ad. 2 i 3 jako członkowie konsorcjum wykonawczego, w którym zgodnie z postanowieniami umowy wykonawczej zastrzeżono bieżące informowanie wszystkich jego uczestników, nie mieli wiedzy o powodowej spółce, podstawie wykonywanych przez nią robót oraz istotnych postanowieniach umowy.

Przedstawione argumenty pozwalają również uznać, że pozwani, mając świadomość co do istnienia i realizowania robót przez powoda, znając lub też co najmniej mając możliwość zapoznania się z postanowieniami umowy, wyrazili w sposób czynny zgodę na działania powoda jako dalszego podwykonawcy, co z kolei zgodnie z art. 647¹ § 3 k.c. w zw. z art. 647¹ § 5 k.c. prowadzi do uznania, iż ponoszą oni ustawowo zagwarantowaną odpowiedzialność solidarną za wynagrodzenie przysługujące powodowi.

Zakres odpowiedzialności w/w pozwanych odnosi się jednakże wyłącznie do świadczenia odpowiadającego wartości wynagrodzenia za prace wykonane i odebrane czyli tylko do takiego świadczenia, którego efektem była dostawa i wbudowane materiałów, które stały się integralną częścią obiektu - inwestycji. Tylko bowiem takie roboty należało uznać za roboty budowlane, za które odpowiedzialność solidarną podnosi razem z wykonawcą (członkiem konsorcjum innym niż ten który zawarł umowę podwykonawczą) inwestor.

Przechodząc już do zakresu wykonanych i odebranych robót wskazać wypada, że powód nie wykazał aby wszystkie faktury, na podstawie których powód domaga się zapłaty dotyczyły właśnie takich robót lub też w takim zakresie (co do ilości) jaki został określony na fakturach.

Po pierwsze faktura nr (...) - na której określono zakres jako wykonanie prac sprężalniczych na obiektach (...) i (...) - w ilości 0,2 de facto nie dotyczyła w całości takich prac lecz w przypadku obiektów (...) odpowiadała wyłącznie dostawie materiałów w postaci rur czy stali. Powyższe zostało potwierdzone wpisem J. B. na protokole zaawansowania robót, który wyraźnie zaznaczył, iż pozycja nr 9 dotyczy wyłącznie materiału, a przede wszystkim w protokole inwentaryzacji, na który powoływał się Skarb Państwa – w jego imieniu Inżynier Kontraktu, w ramach stanowiska wyrażonego w potwierdzeniu zakresu wykonanych robót zgłoszonych do rozliczenia.

Również w toku postępowania zarówno świadek P. A. jak i świadek M. K. (świadek powoda) wskazali, że na obiekcie (...), czy (...) nie wykonano żadnych robót sprężalniczych. Na obiekcie (...) ustawiono jedynie rusztowanie i szalunek ustroju nośnego, rozpoczęto jedynie zbrojenie jednego przęsła na nitce prawe, a na obiekcie (...) nie wykonano nawet w/w czynności. Powyższe potwierdzają także przedstawione przez powoda protokoły robót w toku, z których żaden nie odnosi się/nie wskazuje na roboty na w/w obiekcie. Również wnioski o zezwolenie na rozpoczęcie sprzężenia czy iniekcji odnośnie obiektu czy to (...) (...) czy (...) nie zostały przedstawione przez powoda.

Odnośnie natomiast pozostałych obiektów, których dotyczy faktura (...) (...)

w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy należało przyjąć, iż na obiekcie (...) zamontowano wyłącznie osłonki kabli sprężających na lewej nitce ustroju nośnego, których nie zabezpieczono, przez co konieczny było ich demontaż, zamontowanie nowych osłonek a następnie dokonanie sprężenia a na obiekcie (...) zamontowano jedynie osłonki kabli sprężalniczych ale ich nie zabezpieczono. Powyższe jak również okoliczność, iż wpisy dokonywane na fakturach miały wyłącznie charakter ogólny, nie odzwierciedlały dokładnie rodzaju zrealizowanych w danym okresie robót, a w myśl postanowień umowy podwykonawczej jedynie procentowo odwoływały się do całości robót zleconych na danym obiekcie, również wtedy gdy zrealizowano wyłącznie samą dostawę materiału, musiały skutkować tym, że Sąd uznał, że za podstawę ustaleń co do faktycznie wykonanych i odebranych robót wyłącznie zestawienie sporządzone przez Inżyniera Kontraktu stanowiące załącznik do pisma z 23 września 2013 r.

Skoro zatem faktura nr (...) w części, w której odnosi się do wartości związanych z obiektami nr (...) i (...), dotyczy wyłącznie materiału, i nie odpowiada równowartości robót wykonanych i odebranych, albowiem przedmiotowy materiał nigdy nie został wbudowany (zeznania M. K.), Sąd uznał, iż co najmniej należności ujęte w zakresie obiektów (...) i (...) nie odpowiadają przesłankom ustawowej odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3 wynikającej z art. 647⁽⁽¹⁾⁾ § 3 i 5 k.c. Na powyższe wskazuje również fakt, że zgodnie z umową powód miał prawo fakturowania materiałów do wartości 60% wartości obiektu, na którym prace miały zostać wykonane, a którego to obiektu dotyczył materiał. Ponieważ jednak postanowienia umowy nie są podstawą odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3, tym samym przedmiotowe ustalenia nie mogą mieć przełożenia na ich odpowiedzialność finansową ograniczoną wyłącznie do wartości robót wykonanych

i odebranych a nie do zakresu dostarczonego materiału. Z tego też względu przyjąć należało, że pozwani ad. 2 i 3 ponosili odpowiedzialność tylko w takim zakresie, w takich granicach w jakich swoją odpowiedzialność uznał pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych

i Autostrad. Pomiot ten miał nie tylko obowiązek ale również i możliwość zweryfikowania faktur złożonych przez powoda, załączonych do nich protokołów zaawansowania robót oraz wystawionych wniosków o płatność przejściową z rzeczywistymi wartościami robót wykonanych i odebranych. Fakt dokonania takiej analizy i weryfikacji potwierdził świadek P. A., wskazując, iż przy ich dokonywaniu były brane pod uwagę wpisy do dziennika budowy a przede wszystkim wartości ostateczne, a nie ilości określane procentowo, orientacyjnie, przejściowo. Na powyższe wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 02 grudnia 2015r. sygn. akt IV CSK 120/15, który uznał, iż „Odbiór częściowy robót i zapłata za nie wynagrodzenia nie oznacza definitywnego ich rozliczenia. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest bowiem oddanie całości obiektu, a nie jego poszczególnych części.”

Sąd uznał również, że pozwani ad. 2 i 3 w zakresie należności ubocznych, z uwagi na odpowiedzialność wywodzoną z zapisów art. 647¹ § 5 k.c., ponoszą ją wyłącznie za własne opóźnienie, które, z uwagi na fakt wezwania pozwanych do zapłaty dochodzonych należności dopiero w dniu 3 stycznia 2013 r. z terminem płatności wyznaczonym na dzień 11 stycznia 2013 r., należy liczyć od dnia 12 stycznia 2013 r. Wymagalność przedmiotowego długu powstaje bowiem dopiero z chwilą wezwania do zapłaty zgodnie z art. 455 k.c.

Za powyższym sposobem ustalenia odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3 za należności uboczne opowiedział się również Sąd Apelacyjny w Krakowie, który uznał, że (wyrok

z 27.06.2014r. sygn. akt I ACa 614/14 niepubl) „Przepis art. 647¹ k.c. jest przepisem szczególnym i nie reguluje świadczeń ubocznych. Z art. 647¹ KC nie wynika, aby inwestor oraz generalny wykonawca, ponosili odpowiedzialność solidarną wobec podwykonawcy za należności uboczne, w takim samym zakresie jak podmiot zobowiązany do tego z umowy. Wniosku takiego nie można wysnuć z literalnego brzmienia powyższej regulacji, a mając na uwadze, dolegliwy i wyjątkowy charakter wprowadzonej ustawą odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy, nie ma jakichkolwiek podstaw do stosowania w tym zakresie wykładni rozszerzającej. Przyjęcie tego poglądu nie koliduje w jakimkolwiek zakresie z istotą solidarności, gdyż zgodnie z wolą ustawodawcy zleceniodawca strony powodowej oraz inwestor i generalny wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność, która zgodnie z art. 366 k.c. uprawnia wierzyciela do żądania świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, przy

czym odnosi się ona wyłącznie do należnego podwykonawcy wynagrodzenia”. Powyższe odpowiada również tezie wyrażonej przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 05 września 2012 r. sygn. akt IV CSK 91/12 (Biuletyn Izby Cywilnej Sądu Najwyższego rok 2013, Nr 10) czy Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w wyroku z dnia 01 października 2012 r. sygn. akt I ACa 924/12 (niepubl.), który uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż „Nie do pogodzenia z ideą odpowiedzialności solidarnej nie będących powiązanych stosunkiem obligacyjnym z danym uczestnikiem procesu inwestycyjnego jest stwarzanie sytuacji, w której inwestor i generalny wykonawca mieliby ponosić odpowiedzialność za opóźnienie w realizacji zobowiązań przez stronę umowy zawartej z podwykonawcą, kiedy ten ostatni zwlekałby z dochodzeniem swoich roszczeń wobec nich, przy braku ich świadomości zaistnienia sytuacji rodzącej ich odpowiedzialność. Wezwanie skierowane do inwestora o zapłatę wynagrodzenia w oparciu o tą regulację, niezwłocznie po upływie terminu zapłaty faktur stwarza szansę na zdyscyplinowanie z jego strony nierzetelnego wykonawcy, czy też skutecznego dochodzenia wobec niego roszczenia regresowego, przy jednoczesnym zapewnieniu uprawnionemu zaspokojeniu jego roszczeń o wynagrodzenie w pełnym wymiarze”.

Podzielając powyżej przedstawione stanowisko, zwrócić również należy uwagę na fakt, iż pozwani ad. 2 i 3 nie zakwestionowali skutecznie wskazanej przez powoda daty wezwania do zapłaty należności dochodzonych w niniejszym postępowaniu, która została określona na dzień 11 stycznia 2013 r. Wręcz przeciwnie pozwany (...) Ltd. składając odpowiedź na pozew przyznał, iż pismo z dnia 3 stycznia 2013 r. stanowiło pierwsze wezwanie do zapłaty żądanej kwoty. Z tych też względów w ocenie Sądu opóźnienie pozwanych ad. 2 i 3 w spełnieniu świadczenia, które zostało doprecyzowane ostatecznie pismem z dnia 20 kwietnia 2015 r., należy liczyć od dnia 12 stycznia 2013 r.

Odnosząc się do ostatecznie sprecyzowanego roszczenia, z uwagi na uwzględnienie przez powoda kwoty zapłaconej w ramach zawartej ugody sądowej poprzez jej rozliczenie w sposób jaki samowolnie przyjął powód, a które bezspornie wpływały również na kwestie odpowiedzialności pozwanych ad. 2 i 3, Sąd uznał, iż dokonane przez powoda zaliczenie kwoty 376 981,61 zł, zrealizowanej w dniu 17 kwietnia 2015 r., było nieprawidłowe i nieuzasadnione zapisami art. 451 k.c.

Należy zwrócić uwagę, iż powód dokonał rozliczenia w pierwszej kolejności w całości należności wynikających z trzech faktur a mianowicie (...) (...), (...) (...)

i (...) (...) które zgodnie ze stanowiskiem pozwanego Skarbu Państwa nie dotyczyły w całości wykonanych robót lub też nie odpowiadały ilościom robót, za które zostały wystawione faktury nr (...) (...) Oceniając powyższe, należy zwrócić uwagę na fakt, iż powód nie był uprawniony do przedmiotowego zaliczenia należności w tym na odsetki od kwot określonych na w/w fakturach liczonych od daty wymagalności faktury do dnia zapłaty 17 kwietnia 2015 r. albowiem:

1. dokonane zaliczenie nie odpowiadało regułom określonym art. 451 k.c., tj. nie odniosło się do należności najdawniej wymagalnej, czy też odsetkom naliczonym od należności najdawniej wymagalnej - takie bowiem należności wynikały z faktury nr (...) z dnia 20 marca 2012 r., na którą powód uwzględnił tylko część kwoty na poczet podatku VAT;

2. zasady zaliczenia – sposób księgowania wypłaconej kwoty został określony w ugodzie jak również już na etapie negocjacji, które były prowadzone pomiędzy stronami, tj. w okresie jeszcze przed jej zawarciem, wobec czego powód wiedział i jak przyznał nawet pełnomocnik powoda w mowie końcowej, akceptował i godził się jakie należności zostały uznane i jakie zostaną zapłacone przez Inwestora. Przedmiotowe ustalenia były czynione z poszanowaniem zasad odnoszących się do czynności jaką jest ugoda a ponadto co już wynika z samych zapisów ugody sądowej, została zapłacona kwota, która odpowiadała wyłącznie należnościom za roboty wykonane i odebrane - a zatem z całą pewnością nie mogły w ramach tych kwot zostać uznane należności odsetkowe, albowiem w tym zakresie pozwany Inwestor od początku kwestionował swoją odpowiedzialność i nigdy nie zgodziłby się na dokonanie w ramach tej kwoty zapłaty takiej należności. Również nie ulega wątpliwości, że zaliczenie na poczet tych świadczeń wartości, które zostały zakwestionowane przez Inwestora co do ilości wykonania czy też co do braku wykonania, wobec określenia wartości wyłącznie za dostarczony materiał, pozostaje w sprzeczności z wolą dłużnika, który w tym zakresie nie uznawał swojej odpowiedzialności. Zdaniem sądu zakres zaliczenia, rodzaj

zapłaconych należności w całości powinien odpowiadać takim kwotom jakie odnoszą się do tych, za które uznał swoją odpowiedzialność Skarb Państwa.

Niezależnie od powyższego zwrócić również należy uwagę na fakt, iż nie mamy do czynienia ze zwykłym oświadczeniem o zaliczeniu, określeniu jaki dług spłaca dłużnik, albowiem jeszcze przed dokonaniem zapłaty obie strony doszły do porozumienia, które należności zostaną zapłacone w jakiej wysokości co zostało objęte wolą i świadomością obu stron a tym samym spełniało od razu funkcję określenia zasad zaliczenia eliminując konieczność składania przez dłużnika kolejnego oświadczenia, które określałoby sposób zarachowania.

3. dokładny sposób zaliczenia należności został określony przez Inwestora pismem z dnia 15 lipca 2013 r, którego odpis wraz z dokładnym rozliczeniem został doręczony pełn. powoda. (k. 1292) Tym samym już w tym momencie powód powziął wiadomość co do zasad zaliczenia zapłaconej kwoty. Faktem jest, iż sposób zaliczenia kwot powód przedstawił co prawda oświadczeniem z dnia 20 maja 2015 r. nie mniej jednak przedmiotowe oświadczenie zostało złożone w kserokopii a po drugie powód nie przedstawił dowodu doręczenia tegoż oświadczenia Inwestorowi. Ponadto przedmiotowe oświadczenie nie jest precyzyjne, nie wskazuje na okoliczności: za jaki okres zostały naliczone odsetki i zaliczone na niezapłacone należności. (k. 1330)

W tym miejscu dodać wypada, iż powyższa analiza znajduje swoje uzasadnienie w poglądach doktryny i orzecznictwa, w których jednoznacznie przyjęto, że rozwiązania określone w art. 451 k.c. w zakresie **stopnia zarachowania wpłaty na długi** znajdują zastosowanie w braku rozstrzygnięcia wspomnianych kwestii w umowie zawartej pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem. Możliwość osiągnięcia porozumienia między nimi w dziedzinie zarachowania długu należy uznać za dopuszczalną tak długo, jak długo dłużnik nie rozpocznie spełniania swojego świadczenia. Zdaniem Sądu taką właśnie czynnością była zawarta ugoda sądowa, poprzedzona ustaleniami, rozmowami odnoszącymi się do zakresu i rodzaju należności uznanych przez Skarb Państwa. Z tych też względów nie sposób podzielić stanowiska powoda, iż kwotę zapłaconą w dniu 17 kwietnia 2015 r. mógł zaliczyć w dowolny sposób, skoro jak już wskazano powyżej rozliczenie określone w piśmie z dnia 20 kwietnia 2015 r. nie odpowiadało nawet zasadom z art. 451 k.c.

Ponadto jak wskazał Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 15 października 2013 r. (sygn. akt I ACa 950/13 nipubl.) „Przepis art. 451 § 1 k.c. ustanawia uprawnienie dłużnika do wskazania wierzycielowi jednego z kilku obciążających go względem wierzyciela długów, który chce zaspokoić, realizowane w drodze złożenia wierzycielowi oświadczenia woli. Może ono być złożone nie tylko przy spełnieniu świadczenia, ale także później, aż do chwili, gdy wierzyciel w sporządzonym przez siebie pokwitowaniu określi sposób zarachowania, zaś pokwitowanie to zostanie przez dłużnika przyjęte (art. 451 § 2 k.c.). Dopiero w sytuacji, gdy dłużnik nie skorzysta z przysługującego mu prawa, wierzyciel może zarachować świadczenie wedle swego uznania, jednakże tylko poprzez oświadczenie wyrażone w pokwitowaniu, przyjętym następnie przez dłużnika. Oświadczenie dłużnika o zarachowaniu winno być na zasadzie art. 451 § 1 k.c. i art. 61 § 1 k.c. ocenione jako skuteczne i wiążące dla wierzyciela. Dokonane przez dłużnika zarachowania stanowią czynności prawne, a co za tym idzie wywołują skutki z chwilą, gdy doszły one do wierzyciela w taki sposób, że mógł się z nimi zapoznać. Zmiana przyporządkowania „nadpłaconej” kwoty wymagałaby każdorazowego nowego odrębnego porozumienia między stronami. Potwierdzenie przez dłużnika podpisem zapoznania się z saldami potwierdzającymi zadłużenie nie może być traktowane jako złożenie oświadczenia woli w trybie art. 451 § 1 k.c. Za takie nie można potraktować również milczenia dłużnika.”

Podzielając powyższy pogląd zwrócić należy uwagę, iż powód nie wykazał aby pozwany Skarb Państwa zapoznał się z pismem z dnia 20 maja 2015 r. stanowiącym oświadczenie o zaliczeniu zapłaconej kwoty, w przeciwieństwie do pisma z dnia 15 lipca 2015 r., które zostało doręczone stronie powodowej i jednoznacznie określało sposób rozliczenia uiszczonych kwot.

Reasumując powyższe w ocenie Sądu dokonane przez powoda rozliczenie kwoty zapłaconej na podstawie ugody w sposób przedstawiony w piśmie z dnia 20 kwietnia 2015 r. było nieprawidłowe i nie mogło być uznane za skuteczne

również w stosunku do pozwanych ad. 2 i 3. Zawarta pomiędzy stronami ugoda, skutkowałą określeniem, które należności zostaną spłacone, jeszcze przed spełnieniem świadczenia wobec czego powód nie mógł w myśl art. 451 k.c. (a nawet z naruszeniem zasad w nim określonych) jednostronnie dokonać rozliczenia wyłącznie na świadczenia wynikające z faktur, których pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad nie uznawał i nie godził się na ich zapłatę, co również odnosiło się do świadczenia ubocznego.

Z tych też względów w ocenie Sądu za spłacone/uregulowane należało uznać kwoty wynikające z tych faktur, które zostały wyraźnie wskazane w piśmie z dnia 15 lipca 2015 r. co zostało przytoczone w ustaleniach stanu faktycznego.

Przedmiotowe zaliczenie musiało odnieść w tej sytuacji również skutek wobec pozwanych ad. 2 i 3.

Skoro zatem powód na skutek dokonanego przez siebie nieuprawnionego działania, w postaci samowolnego rozliczenia należności, w ramach spłaconej kwoty, dochodzi kwot głównych, które zostały już zapłacone przez pozwanego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, co skutkowało wygaśnięciem roszczenia głównego

z dniem 17 kwietnia 2015 r., brak było podstaw do uwzględnienia żądania doprecyzowanego pismem z 20 kwietnia 2015 r.

Z tych też względów powództwo, w zakresie, w jakim dotyczyło kwot wynikających z faktur (...) (...) (...) (...), (...) (...), (...) (...) i (...) (...), co do kwot netto określonych w EURO i kwot z tytułu podatku VAT, a także w zakresie w jakim przekraczało uzasadnione roszczenie odsetkowe, podlegało oddaleniu.

Sąd uznał za zasadne wyłącznie roszczenie uboczne, tj. żądane przez powoda odsetki ustawowe liczone od kwot wskazanych w piśmie z dnia 20 kwietnia 2015 r. za okres od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r., tj. do dnia uregulowania należności głównej.

Jak już wskazano powyżej charakter i podstawa odpowiedzialności determinuje również datę wymagalności zgłoszonych roszczeń wobec pozwanych ad. 2 i 3, która podlegała ustaleniu w stosunku do w/w samodzielnie, tj. w odmienny sposób, niż wobec podmiotu, który zawarł umowę.

Odpowiedzialność z art. 647¹ § 5 k.c. jak już bowiem podkreślano to odpowiedzialność wyłącznie za wynagrodzenie za roboty budowlane a nie wszelkie należności.

Nie powtarzając już wskazanej we wcześniejszej części uzasadnienia argumentacji, co do braku podstaw do przyjęcia odpowiedzialności pozwanych za opóźnienie w zapłacie należności w takich terminach jakie zostały określone w stosunku do pierwotnego wierzyciela (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w W., Sąd na zgodnie z art. 455 k.c., art. 481 § 1 i 2 k.c. w brzmieniu sprzed 1 stycznia 2016 r. przy uwzględnieniu zapisów art. 371 k.c. i charakteru odpowiedzialności określonej art. 647¹ § 5 k.c. i art. 647¹ § 3 k.c. zasądził od pozwanych ad. 2 i 3 solidarnie odsetki ustawowe za zamknięty okres, tj. liczony od dnia 12 stycznia 2013 r. (dzień następny po upływie daty, do której powód wezwał pozwanych w dniu 3 stycznia 2013 r. do zapłaty należności) do dnia 17 kwietnia 2015 r., tj. do dnia, w którym dokonał zapłaty należności głównych Skarb Państwa zgodnie z ugodą liczonych od kwot:

a/ 12 306,91 Euro

b/ 4 604,39 Euro

c/ 12 621,93 Euro

d/ 2 168,18 Euro

e/ 1 438,84 Euro

f/ 4 405,48 zł

g/ 12 076,66 zł

h/ 2 096,11 zł

i/ 1 391,01 zł

oraz kwotę 2 966,90 zł, która stanowiła skapitalizowane odsetki ustawowe liczone od kwoty 10 100,88 zł wynikającej z faktury VAT (...) 2012/03/10 za okres od 13 stycznia 2013 r. do dnia 17 kwietnia 2015 r. Przedmiotowej kapitalizacji Sąd dokonał z uwagi na fakt, iż powód zmodyfikował w ten sposób swoje roszczenie w piśmie z dnia 20 kwietnia 2015 r.

W pozostałym zakresie Sąd oddalił powództwo, jak już wskazano głównie, z uwagi na fakt, iż dochodzone ostatecznie należności, na które powód nie zaliczył spłaty, zostały w ocenie Sądu zaspokojone. Niezależnie od powyższego nawet gdyby powód dokonał rozliczenia uwzględniającego postanowienia ugody w ocenie Sądu brak byłoby podstaw do uwzględnienia powództwa w takiej części w jakiej należności z faktur nr (...) (...) i (...) (...) nie zostały uwzględnione albowiem w tym zakresie powód nie wykazał, iż odpowiadały one wynagrodzeniu za roboty wykonane i odebrane, lub też takiej ilości, za jakie zostały określone.

W zakresie kosztów postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., tj. zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielenia. W ocenie Sądu pozwani (...) Ltd. i (...) Ltd. ulegli w takiej wysokości, na którą została zawarta ugoda, tj. co do kwoty, faktycznie zapłaconej przez jednego z dłużników solidarnych odpowiadającej 376 981,61 zł oraz kwocie, która po kapitalizacji odsetek od kwoty podatku VAT dochodzonego z faktury nr (...) została zasądzona za okres od 12 stycznia 2013 r. do 17 kwietnia 2015 r., tj.

w wysokości 2 966,90 zł czyli łącznie 379 948,51 zł. Do wyliczenia stosunku pozwalającego na zastosowanie w/w zasady Sąd przyjął wartość roszczenia określonego w złotych polskich wskazanego w pozwie na kwotę 439 820 zł oraz kwotę skapitalizowanych odsetek określonych w piśmie z dnia 20 kwietnia 2015 r., tj. 4 071,82 zł co łącznie dało kwotę 443 891,82 zł. Stosunek w/w kwot ostatecznie wyniósł 86% i w takim też zakresie Sąd uznał, iż pozwani (...) Ltd. i (...) Ltd., powinni być obciążeni kosztami postępowania solidarnie zgodnie z art. 105 § 2 zd. 1 k.p.c. Wskazać również wypada, iż Sąd uwzględniając kwotę zapłaconą w ramach ugody, jako kwotę, co do której ulegli pozwani, miał na uwadze fakt, umorzenia postępowania wobec cofnięcia pozwu co nastąpiło z uwagi na fakt, iż przedmiotowa kwota w toku postępowania została zapłacona. Jak wynika jednak z przedstawionej powyżej oceny prawnej, w tym zakresie, pozwani również ponosiliby solidarną odpowiedzialność. Z tych też względów pomimo cofnięcia pozwu, to pozwanych należało obciążyć kosztami postępowania albowiem zapłata należności w toku postępowania wskazuje, iż wystąpienie z roszczeniem było w tym zakresie zasadne, konieczne i celowe. (tak też w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27.02.2015 r. sygn. akt VI ACa 632/14 niepubl.)

Mając zatem na uwadze powyżej przedstawiony stosunek, w jakim pozwanych należało uznać za przegrywających, Sąd na podstawie cyt. powyżej przepisów zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 18 722,78 zł, wyliczoną jako 86% z kosztów procesu poniesionych przez obie strony po odjęciu wydatków jakie zostały faktycznie poniesione przez pozwanych a mianowicie: strona powodowa poniwoła: 7 200 zł za postępowanie w I instancji, 3 600 zł za postępowanie zażaleniowe (§ 6 pkt. 7 i § 12 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu – j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 490, mający nadal zastosowanie z uwagi na treść § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych – Dz. U. z 2015 r. poz. 1804), 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, 10 000 zł uiszczony tytułem części opłaty od pozwu, od której powód nie był zwolniony, wydatki z tytułu zwrotu kosztów stawiennictwa świadków J. S. (2) w wysokości 2 739,11 zł (postanowienie k. 1719-1720) i M. K. w kwocie 564,29 zł (postanowienie k. 1721-1723), oraz koszty strony pozwanej z tytułu zastępstwa w I instancji pozwanych ad. 2 i 3 odpowiadających również kwocie po 7 200 zł i opłacie skarbowej od pełnomocnictwa po 17 zł (zgodnie z § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu – j.t. Dz. U. z 2013 r. poz. 490, mający nadal zastosowanie z uwagi na treść § 21 rozporządzenia

