

Sygn. akt XXV C 1706/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSR (del.) Paweł Duda

Protokolant: sekretarz sądowy Arkadiusz Połaniecki

po rozpoznaniu w dniu 21 marca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

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

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

o zapłatę

I. zasądza solidarnie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 943.170,88 zł (dziewięćset czterdzieści trzy tysiące sto siedemdziesiąt złotych osiemdziesiąt osiem groszy) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 1 marca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi z opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. zasądza solidarnie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

III. nakazuje pobrać solidarnie od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 48.159,90 zł (czterdzieści osiem tysięcy sto pięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt XXV C 1706/15

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 21 marca 2017 r.

Pozwem z dnia 26 października 2015 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wniósł o zasądzenie solidarnie od Drogi i M. C. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. (Czechy) kwoty 943.177,88 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 1 marca 2014 r. do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu pozwu powód podał, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych

i Autostrad, jako Zamawiający, zawarł w dniu 18 czerwca 2010 r. z konsorcjum firm (...) S.A., B. a K. k.s. z siedzibą w P. i B. a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. (obecnie (...) Sp. z o.o.), jako Wykonawcą, Umowę nr (...), której przedmiotem były roboty polegające na „Budowie Autostrady (...) na odcinku granica województwa (...)/ (...) do węzła S. od km(...) do km (...)– Zadanie II. Odcinek 2 Sekcja 1 od km (...) do km (...), węzeł S. - węzeł K.”. W dniu 12 września 2012 r. pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą P.H.U.P. (...) sp.j. została zawarta umowa podwykonawcza, której przedmiotem było kompleksowe wykonanie, dostarczenie i montaż balustrad i barierek mostowych stalowych i aluminiowych wraz z kotwami, w ramach przedmiotowej inwestycji. Zamawiający powziął wiedzę o tym podwykonawcy oraz o zakresie przedmiotowym i finansowym umowy podwykonawczej od przedstawicieli Inżyniera Kontraktu. Pozwani nie wywiązali się w sposób należyty ze swoich zobowiązań kontraktowych, nakładających na nich obowiązek zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. W związku z brakiem płatności przez Wykonawcę, P.H.U.P. (...) sp.j. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zapłatę w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora wynagrodzenia z tytułu prac zrealizowanych na rzecz pozwanych w kwocie łącznej (...)zł. Po weryfikacji roszczeń podwykonawcy, Skarb Państwa w dniu 12 grudnia 2013 r. wypłacił na rzecz podwykonawcy kwotę 943.170,88 zł. W dniu 2 grudnia 2013 r. powód wystawił notę księgową nr (...) obejmującą m.in. wypłaconą na rzecz podwykonawcy sumę i wezwał Wykonawcę do jej zapłaty w terminie 7 dni. Pismem z dnia 19 lutego 2014 r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę do zapłaty zaległych kwot (w tym kwoty wynikającej z noty nr 121/2013) w terminie 7 dni. Do chwili obecnej powyższa kwota nie została uiszczona przez pozwanych. Wobec tego powodowi przysługuje przeciwko pozwany roszczenie regresowe, którego podstawą są art. 376 § 1 k.c. i Subklauzula 4.4 (e) Warunków Kontraktu. Pozwani odpowiadają solidarnie za zwrot tej kwoty powodowi, stosownie do przepisu art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Pozwani (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. i B. a K. k.s. z siedzibą w P. w złożonych odpowiedziach na pozew (k. 316-327 i 346-357) wnieśli o oddalenie powództwa w całości.

Obydwaj pozwani podnieśli te same argumenty przeciwko żądaniu pozwu podnosząc, że roszczenie regresowe względem wykonawcy przysługuje inwestorowi wyłącznie w przypadku, gdy wypłacił on środki na rzecz podwykonawcy będąc zobowiązanym do dokonania takiej płatności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. W niniejszej sprawie brak było podstaw do wypłaty środków na rzecz podwykonawcy, bowiem powód nie udzielił w sposób skuteczny zgody na zawarcie przez pozwanych umowy z podwykonawcą. Powód nie wykazał, aby zakres jego wiedzy na temat umowy podwykonawczej pozwalał na przyjęcie, iż wyraził on w sposób dorozumiany zgodę na zawarcie przez pozwanych umowy z podwykonawcą. Nie sprecyzował też zachowań, poprzez które miało dojść do wyrażenia przez niego takiej zgody. Nawet gdyby uznać, że powód był zobowiązany do dokonania zapłaty na rzecz podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c., to nadal należy uznać, iż roszczenie regresowe powoda względem pozwanych jest bezpodstawne, bowiem powód nie wykazał, aby na skutek wypłaty środków na rzecz podwykonawcy poniósł szkodę, która stanowi jedną z przesłanek roszczenia regresowego. Powód nie udowodnił, że dokonał zapłaty wynagrodzenia na rzecz pozwanych w części, w jakiej owo wynagrodzenie dotyczyło robót wykonanych przez podwykonawcę. Niezależnie od tego powodowi nie przysługuje roszczenie regresowe także w świetle regulacji umownych łączących powoda z pozwany. Mechanizm wypłaty środków na rzecz podwykonawcy został określony w Subklauzuli 4.4 (e) Warunków Kontraktu. W postanowieniu tym strony kontraktu przewidziały, że wypłata środków podwykonawcy powinna zostać dokonana przez powoda po dostarczeniu przez podwykonawcę faktur zaakceptowanych przez Wykonawcę i dokumentów potwierdzających wykonanie i odbiór zafakturowanych robót. Faktury wystawione przez podwykonawcę, które stanowiły podstawę do dokonania zapłaty na jego rzecz przez powoda, nie zostały zaakceptowane przez pozwanych. Wobec tego powód nie jest uprawniony do dochodzenia roszczenia regresowego względem pozwanych. Ponadto roszczenie podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia w zakresie odpowiadającym kwotom zatrzymanym, określonym w § 5 ust. 7 umowy, tj. w łącznej wysokości 53.166,46 zł, pozostaje niewymagalne. Zgodnie z umową podwykonawczą, zwrot 30% kwot zatrzymanych mógł nastąpić do dnia 31 lipca 2017 r.,

po przedłożeniu przez podwykonawcę wniosku wraz z kopią protokołu stwierdzającego usunięcie wad po okresie rękojmi i gwarancji. Powód nie był zobowiązany do wypłaty na rzecz podwykonawcy wynagrodzenia w części obejmującej kwoty zatrzymane, wobec czego nie może żądać zwrotu wypłaconych środków w zakresie kwoty 53.166,46 zł.

W piśmie procesowym z dnia 25 marca 2016 r. (k. 393-403) powód podniósł, że podwykonawca żądając wypłaty wynagrodzenia udokumentował zasadność żądania poprzez przedstawienie faktur i dokumentów potwierdzających wykonanie robót, podpisanych przez Wykonawcę, a także zestawienie wykonanych robót potwierdzone przez inspektora nadzoru inwestorskiego ze strony Inżyniera Rezydenta. Inżynier Kontraktu nie występował z wnioskiem o usunięcie podwykonawcy z budowy. Do wniosku o wypłatę została dołączona umowa podwykonawcza określająca przedmiot zleconych podwykonawcy robót oraz wysokość wynagrodzenia. Jednocześnie wynagrodzenie podwykonawcy zostało obliczone

z uwzględnieniem cen kontraktowych, tj. wynikających z umowy pomiędzy Zamawiającym

a Wykonawcą. W konsekwencji Zamawiający wyraził zgodę na podwykonawcę w sposób dorozumiany. Niezależnie od tego pozwani nie mają możliwości powoływania się na zarzuty związane z kwestią braku zgody powoda na wykonywanie robót przez podwykonawcę. Wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie umowy podwykonawczej wpływa jedynie na istnienie odpowiedzialności solidarnej inwestora, pozostaje natomiast obojętne dla odpowiedzialności wykonawcy. Zarzut braku takiej zgody pozostaje zarzutem osobistym przysługującym jedynie inwestorowi, zatem podnoszenie takich zarzutów przez pozwanych

w niniejszym postępowaniu jest nieuprawnione. Podstawą roszczenia regresowego Zamawiającego jest art. 376 § 1 k.c. i S. 4.4 (e) Warunków Kontraktu, a nie przepis art. 471 k.c. Nie istniał więc obowiązek wykazania przez powoda szkody jako warunku skuteczności dochodzenia roszczenia regresowego. Wykonawca otrzymał jednak wynagrodzenie od Zamawiającego za zakres prac wykonanych przez podwykonawcę P.H.U.P (...) sp.j., gdyż prace zrealizowane przez podwykonawcę zostały ujęte w Przejściowych Świadczeniach Płatności nr 24 i 25. Przepis art. 647¹ § 5 k.c. statuujący odpowiedzialność solidarną inwestora i wykonawcy jest przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Postanowienia umowne nie mogą modyfikować przesłanek odpowiedzialności solidarnej zamawiającego i wykonawcy za wykonane przez podwykonawcę prace budowlane. Jeżeli zostały spełnione warunki w postaci wyrażenia zgody przez inwestora oraz wykonanie prac przez podwykonawcę, to przesłanki warunkujące powstanie odpowiedzialności solidarnej inwestora zostały spełnione. W konsekwencji niesłuszne jest stanowisko pozwanych uzależniające powstanie roszczenia regresowego od akceptacji faktur podwykonawcy przez Wykonawcę. Powód nie zgodził się również ze stanowiskiem pozwanych, że należność podwykonawcy w zakresie kwoty 53.166,46 zł jest niewymagalna. Strony nie zawarły oddzielnej umowy kaucji gwarancyjnej, ale ustaliły, że zatrzymana będzie część wynagrodzenia, która ma pełnić funkcję zbliżoną do kaucji gwarancyjnej. W fakturach wystawianych przez podwykonawcę wskazywane było wynagrodzenie w pełnej wysokości. Niezależnie od tego § 5 ust. 7 umowy podwykonawczej przewidywał zwrot kwot zatrzymanych w terminach do 31 lipca 2012 r. (w części 70%) oraz do 31 lipca 2017 r.

(w części 30%). Termin spełnienia świadczenia oznaczony przez czynność prawną w razie wątpliwości poczytuje się za zastrzeżony na korzyść dłużnika. Zamawiający dokonując płatności na rzecz podwykonawcy w dniu 12 grudnia 2013 r. był zobowiązany do wypłaty kwoty wynagrodzenia obejmującej 70% kwot zatrzymanych, a zarazem uprawniony do wypłaty pozostałej części stanowiącej 30% kwot zatrzymanych.

W piśmie procesowym z dnia 12 maja 2016 r. (k. 518-530) pozwani podtrzymali swoje wcześniejsze stanowiska w sprawie. Wskazali, że wyłącznie uprawnionym do wyrażania zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcami pozostawał Zamawiający. Jakikolwiek działanie lub brak działania Inżyniera Kontraktu nie może zostać uznane za złożenia przez powoda oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą. Z aktu mianowania Kierownika Projektu nie sposób ustalić, jaki był zakres jego umocowania do działania w imieniu powoda i czy obejmował on wyrażanie w imieniu powoda zgody na zawieranie przez Wykonawcę umów z podwykonawcami. Żaden

z przepisów nie wyłącza możliwości powołania się przez dłużnika solidarnego na zarzuty osobiste przysługujące innemu dłużnikowi w sprawie dotyczącej wzajemnych roszczeń dłużników solidarnych. Takie ograniczenie zostało przewidziane wyłącznie w odniesieniu do obrony dłużnika solidarnego względem wierzyciela. Pozwani podtrzymali

również stanowisko, iż wykazanie szkody stanowi jedną z przesłanek roszczenia regresowego powoda względem pozwanych. W tabeli elementów rozliczeniowych do (...) nr (...) brak jest pozycji odpowiadających robotom wykonanym przez podwykonawcę. Wskazali również, że wprowadzając do umowy podwykonawczej szczególny rodzaj zabezpieczenia należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek poprzez uprawnienie pozwanych do zatrzymania części wynagrodzenia należnego podwykonawcy strony wprowadziły odmienny moment postawienia części wynagrodzenia stwierdzonego daną fakturą w stan wymagalności. Powód nie ma zatem prawa dochodzić roszczenia w zakresie, w jakim wynika ono ze spełnienia niewymagalnej wierzytelności podwykonawcy.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 19 kwietnia 2010 r. (...) S.A. z siedzibą w T., B. a K. k.s.

z siedzibą w P. i B. a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w C. zawarli umowę konsorcjum w celu przygotowania i wspólnego złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu oraz oferty na realizację zamówienia „Budowa Autostrady (...) na odcinku województwa (...)/ (...) do węzła S. od km (...) do km (...) – zadanie II (...) Sekcja 1 od km (...) do km (...), węzeł S. - węzeł K.”. Liderem uprawnionym do reprezentacji konsorcjum na czas realizacji kontraktu aż do ostatecznego rozliczenia została ustanowiona spółka (...) S.A. (pkt. III ust. 1 umowy). Strony ustaliły, że każda ze stron umowy może samodzielnie zawierać umowy

z podwykonawcami i dostawcami w ramach swojego zakresu robót, co nie wymaga zgody żadnej ze stron (pkt. IV ust. 2) oraz że strony będą ponosić w stosunku do Zamawiającego wspólną, solidarną odpowiedzialność za realizację kontraktu (pkt. I ust. 2). (umowa konsorcjum z dnia 19.04.2010 r. – k. 97-99).

W dniu 18 czerwca 2010 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych

i Autostrad, jako Zamawiający, i konsorcjum firm w składzie: (...) S.A. (lider), B.

a K. k.s. (partner) i B. a (...) Sp. z o.o. (partner), jako Wykonawca, zawarli na podstawie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umowę,

na podstawie której Zamawiający powierzył a Wykonawca zobowiązał się do wykonania robót polegających na „Budowie Autostrady (...) na odcinku granica województwa (...) / (...) do węzła S. od km (...) do km (...) – Zadanie II. Odcinek 2 Sekcja 1 od km (...) do km(...), węzeł S.-węzeł K.”, zwaną dalej (...) lub „kontraktem”. Integralną część kontraktu stanowiły: Szczególne Warunki Kontraktu, „Warunki kontraktu na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez zamawiającego” – pierwsze tłumaczenie wydania FIDIC 1999, Instrukcja dla wykonawców – tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacja projektowa

i oferta wykonawcy. W wyniku zawarcia przez strony aneksów do Umowy, termin zakończenia robót będących przedmiotem Umowy został przedłużony z powodu wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy i ustalony ostatecznie na dzień 22 października 2012 r. (Umowa nr (...) z dnia 18.06.2010 r. – k. 17-18, Aneks nr (...) z 07.03.2011 r.

do Umowy – k. 19-19v., Aneks nr (...) z 27.04.2012 r. do Umowy – k. 20-21, Aneks nr (...)

z 17.07.2012 r. do Umowy – k. 22-22v., Aneks nr (...) z 03.09.2013 r. do Umowy wraz

z załącznikami – k. 23-37, Aneks nr (...) z 26.03.2014 r. do Umowy – k. 38-40v.).

W Subklauzuli 1.14 lit. (a) i (b) Warunków Kontraktu [Solidarna odpowiedzialność],

w brzmieniu nadanym Szczególnymi Warunkami Kontraktu, postanowiono, że: „Jeżeli Wykonawcę stanowi (według stosownych Praw) konsorcjum lub inne, nie mające osobowości prawnej, ugrupowanie dwóch lub więcej osób, to:

(a) osoby te będą uważane za solidarnie odpowiedzialne przed Zamawiającym za wykonanie Kontraktu, (b) osoby te powiadomią Zamawiającego o swoim partnerze wiodącym, który będzie miał pełnomocnictwa do podejmowania decyzji wiążących Wykonawcę i każdą z tych osób, (c) w przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie zobowiązane one będą do pozostawiania

w konsorcjum przez cały czas trwania kontraktu, łącznie z okresem Gwarancji Jakości

i Rękojmi za Wady”. (Warunki Kontraktu na budowę FIDIC – k. 41-84v., Szczególne Warunku Kontraktu – k. 85-96v.).

W Subklauzuli 4.4 lit. (e) Szczególnych Warunków Kontraktu, w których zmodyfikowano Warunki Kontraktu na budowę FIDIC, zastrzeżono, że:

„Wykonawca nie później niż 28 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania Robót, przedłoży Zamawiającemu za pośrednictwem Inżyniera projekt umowy z Podwykonawcą. 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 zapłaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art 647¹ § 5 k.c., będzie miał prawo potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, zgodnie z zapisami Subklauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego].

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

Na podstawie Szczególnych Warunków Kontraktu na końcu Subklauzuli 4.4 dodano zapisy:

„Umowa z Podwykonawcą będzie zawierać następujące postanowienia:

- a) W przypadku zwiększenia wartości umowy powyżej 10% Wykonawca poinformuje o tym Zamawiającego na piśmie.
- b) W przypadku nie zapłacenia przez Wykonawcę wynagrodzenia Podwykonawcy za wykonane przez Podwykonawcę roboty, Zamawiający zapłaci Podwykonawcy żadaną Kwotę wynagrodzenia, jednakże nie wyższą, niż kwota wynikająca z obmiaru robót wykonanych przez Podwykonawcę, zatwierdzonego przez Inżyniera, przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy stanowiącym część oferty.
- c) Prawo Wykonawcy do odstąpienia od umowy będzie oparte na zamkniętym katalogu zdarzeń, które uprawniają go do odstąpienia.

Umowa z Podwykonawcą nie będzie zawierała zapisów:

- a) uzależniających uzyskanie przez Podwykonawcę przejściowego świadectwa płatności od Wykonawcy, od wystawienia przez Inżyniera, Przejściowego Świadectwa Płatności obejmującego zakres robót wykonanych przez Podwykonawcę;
- b) warunkujących Podwykonawcy dokonanie zwrotu kwot Zabezpieczenia przez Wykonawcę, od zwrotu Zabezpieczenia Wykonania na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego.

Wraz z projektem umowy Wykonawca przedłoży odpis Podwykonawcy z Krajowego Rejestru Sądowego lub inny dokument, właściwy dla danej formy organizacyjnej Podwykonawcy wskazujący na uprawnienia osób wymienionych w umowie do reprezentowania stron Umowy.”

Zgodnie z Subklauzulą 2.5 Warunków Kontraktu na budowę FIDIC, „Jeżeli Zamawiający uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek płatności według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych Warunków lub z innego tytułu w związku z Kontraktem, to Zamawiający lub Inżynier da Wykonawcy powiadomienie z odnośnymi szczegółowymi informacjami. (...).

Powiadomienie będzie dane tak szybko, jak jest to praktycznie możliwe po tym, jak Zamawiający dowie się o wydarzeniu lub okoliczności dającej powód do roszczenia.

Te szczegółowe informacje będą wymieniały Klauzulę lub inną podstawę roszczenia, i będą zawierały uzasadnienie kwoty i/lub przedłużenia, do którego Zamawiający uważa się za uprawnionego w związku z Kontraktem. Inżynier będzie wtedy postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5 [Określenia], aby uzgodnić lub określić (i) kwotę (jeśli jest), którą Zamawiający ma prawo otrzymać od Wykonawcy.

Kwota ta może być wprowadzona jako potrącenie do Ceny Kontraktowej i Świadectw Płatności. Zamawiający będzie uprawniony do skompensowania lub dokonania potrącenia z jakiegokolwiek kwoty poświadczonej w jakimś Świadectwie Płatności, lub do wystąpienia w inny sposób z roszczeniami w stosunku do Wykonawcy, jedynie zgodnie z niniejszą Subklauzulą.” (Warunki Kontraktu na budowę FIDIC – k. 41-84v., Szczególne Warunku Kontraktu – k. 85-96v.).

Postanowieniem z dnia 13 czerwca 2012 r. Sąd Rejonowy w Tarnowie ogłosił upadłość (...) S.A. obejmującą likwidację majątku dłużnika. (postanowienie Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 13.06.2012 r. sygn. akt V GUp 2/12 – k. 122v.).

Postanowieniem z dnia 9 lipca 2012 r. sędzia komisarz zezwolił Syndykowi Masy Upadłości (...) S.A. na odstąpienie od umów wzajemnych m.in. od Umowy nr (...) z dnia 18 czerwca 2010 r. (postanowienie Sądu Rejonowego w Tarnowie z dnia 09.07.2012 r. sygn. akt V GUp 2/12 – k. 123).

Pismem z dnia 13 lipca 2012 r. Syndyk Masy Upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy nr (...) z dnia 18 czerwca 2010 r. (oświadczenie Syndyka z 13.07.2012 r. o odstąpieniu od umowy – k. 122).

W związku z odstąpieniem przez Syndyka Masy Upadłości (...) S.A. od przedmiotowej Umowy nr (...), B. a K. k.s. i B. a (...) Sp. z o.o. zawarły w dniu 16 lipca 2012 r. umowę konsorcjum celem kontynuowania realizacji zamówienia na budowę przedmiotowego odcinka autostrady (...). W umowie uzgodniono, że liderem konsorcjum na czas realizacji kontraktu, aż do czasu jego ostatecznego rozliczenia, strony ustanawiają spółkę (...) a (...) Sp. z o.o. oraz że lider konsorcjum jest uprawniony i umocowany m.in. do reprezentowania interesów konsorcjum przed Zamawiającym oraz Inżynierem Kontraktu, składania oświadczeń woli w imieniu konsorcjum, zaciągania zobowiązań i przyjmowania poleceń i instrukcji od Zamawiającego dla i w imieniu każdego spośród partnerów konsorcjum oraz występowania we wszelkich sprawach związanych z wykonaniem inwestycji wobec

Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu, koordynacji prac związanych z realizacją kontraktu (§ 3 ust. 1-3 umowy). W umowie postanowiono również, że każda ze stron może samodzielnie zawierać umowy z podwykonawcami i dostawcami w ramach swojego zakresu robót, co nie wymaga zgody żadnej ze stron (§ 4 ust. 2) i że umowa konsorcjum wchodzi w życie z dniem podpisania oraz ulega rozwiązaniu po zrealizowaniu kontraktu oraz dokonaniu rozliczenia, po wygaśnięciu obowiązków z tytułu gwarancji oraz rękojmi, nie wcześniej niż po zwrocie gwarancji dobrego wykonania przez Zamawiającego. (umowa konsorcjum z 16.07.2012 r. – k. 100-104).

W dniu 18 listopada 2011 r. B. a K. k.s. i B. a (...) Sp. z o.o. (Wykonawca) zawarł z Przedsiębiorstwem Handlowo Usługowo Produkcyjnym (...) spółką jawną (podwykonawca) umowę podwykonawczą, na podstawie której Wykonawca zlecił a podwykonawca zobowiązał się do kompleksowego wykonania, dostarczenia i montażu balustrad i barierek mostowych stalowych i aluminiowych wraz z kotwami na obiektach nr (...) wraz z zapewnieniem wszelkich materiałów i środków transportowo sprzętowych niezbędnych do wykonania zadania dla potrzeb budowy przedmiotowego odcinka autostrady (...) (§ 1 umowy). Strony umowy ustaliły, że za wykonanie przedmiotu umowy podwykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości określonej wstępnie na kwotę 966.551,40 zł netto oraz że ostateczna wysokość wynagrodzenia za przedmiot umowy zostanie ustalona przy uwzględnieniu cen jednostkowych oraz rzeczywistych ilości robót wykonanych zgodnie ze Specyfikacją Techniczną i Dokumentacją Projektową, potwierdzonych przez Wykonawcę i inwestora (§ 3 ust. 1-3 umowy). W umowie postanowiono, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi fakturami częściowymi wystawianymi na koniec miesiąca oraz na podstawie faktury końcowej. Podstawą do wystawienia faktury jest protokół odbioru przedmiotu umowy potwierdzony przez Inwestora i Kierownika Budowy. Faktury będą płatne w terminie 30 dni od daty wpływu faktury do siedziby Wykonawcy, lecz nie wcześniej niż najbliższa środa przypadająca po terminie płatności (§ 5 ust. 1-3 umowy). W umowie przewidziano, że celem zabezpieczenia jakości i terminowości wykonania przedmiotu umowy wykonawca zatrzyma z każdej faktury podwykonawcy 5% jej wartości brutto jako gwarancję dobrego wykonania, która będzie zwrócona podwykonawcy: a) w 70% w terminie do dnia 31.07.2012 r., b) w 30% w terminie do dnia 31.07.2017 r. (§ 5 ust. 7). Zwrot kaucji gwarancyjnej będzie dokonany na pisemny wniosek podwykonawcy, zawierający oznaczenie budowy, której kaucja dotyczy oraz wykaz faktur i wartości kwot kaucji zatrzymanych z każdej faktury: a) w przypadku, o którym mowa w ust. 7 pkt. a – kopię protokołu stwierdzającego usunięcie wad ujawnionych w czasie odbioru końcowego, b) w przypadku, o którym mowa w ust. 7 pkt. b) – kopię protokołu stwierdzającego usunięcie wad po okresie rękojmi i gwarancji. (§ 5 ust. 8). Integralną część umowy podwykonawczej stanowiły m.in. Szczególne i Ogólne Warunki Kontraktu. (§ 13 umowy). (umowa nr (...) z dnia 18.11.2011 r. – k. 124-133).

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Produkcyjne (...) sp.j. realizowała na przedmiotowej inwestycji na podstawie powyższej umowy podwykonawczej roboty w zakresie wykonania i montażu balustrad na obiektach mostowych. W okresie od 1 września do 26 września 2012 r. podwykonawca wykonał roboty na kwotę 92.450 zł netto, a w okresie od 1 października do 26 listopada 2012 r. na kwotę 772.045,20 zł netto. Wykonanie robót na powyższe kwoty zostało potwierdzone

w podpisanych przez strony umowy protokołach odbioru wykonanych robót. Na podstawie powyższych protokołów odbioru spółka (...) wystawiła na rzecz B. a (...) Sp. z o.o. za wykonane roboty następujące faktury VAT:

1) nr (...) z 27 września 2012 r. na kwotę 113.713,50 zł brutto (92.450 zł netto),

2) nr (...) z 17 grudnia 2012 r. na kwotę 949.615,60 zł brutto (775.042,20 zł netto).

Wykonawca nie kwestionował tych faktur i nie odsyłał ich podwykonawcy. Wykonawca zapłacił jedynie kwotę 50.000 zł na poczet należności z faktury nr (...). (protokół obmiaru robót nr 3 z 26.09.2012 r. – k. 150, protokół obmiaru robót nr 4 z 17.12.2012 r. –

k. 149, protokół odbioru wykonanych robót z 26.09.2012 r. – k. 148, protokół odbioru wykonanych robót z 29.11.2012 r. – k. 147, faktura VAT nr (...) z 27.09.2012 r. –

k. 199, faktura VAT nr (...) z 17.12.2012 r. – k. 200-201, pismo Wykonawcy do GDDKiA z 30.10.2013 r. – k. 191, zeznania świadka R. S. – k. 624-624v., zeznania świadka E. K. – k. 655-655v.).

Wobec braku zapłaty pozostałej części należności z w/w faktur przez Wykonawcę, P.H.U.P. (...) sp.j. pismem z dnia 3 września

2013 r. zwróciła się do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Ł. o zapłatę kwoty łącznej 1.013.329,10 zł w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora z art. 647¹ k.c., przesyłając kopie faktur i umowy podwykonawczej. (pismo podwykonawcy z 03.09.2013 r. – k. 192-194).

W procedurze zatwierdzania podwykonawców przez Zamawiającego umowy z podwykonawcami analizowane były najpierw przez personel Inżyniera Kontraktu, do którego Wykonawca przesyłał umowy podwykonawcze wraz z wnioskami o zatwierdzenie podwykonawców. Następnie Inżynier Kontraktu przesyłał do Kierownika Projektu opinię o podwykonawcy. Kierownik Projektu rekomendował podwykonawcę do zatwierdzenia Dyrekcji Oddziału (...), która podejmowała w tym zakresie decyzję. (zeznania świadków M. Ł. – k. 574v.-575 i P. B. – k. 575-575v.).

Wyплаты należności podwykonawców poprzedzane były procesem weryfikacji przez GDDKiA wniosków podwykonawców o płatność solidarną. Kierownik Projektu analizował złożone przez podwykonawców dokumenty. W razie pozytywnej weryfikacji wniosku danego podwykonawcy Kierownik Projektu przygotowywał wniosek o płatności i kierował go do Dyrektora Oddziału (...), który podejmował decyzję o wypłacie. Jeśli podwykonawca nie był formalnie zgłoszony, ale przedstawił potwierdzone przez nadzór inwestorski dokumenty stwierdzające wykonywanie robót a Inżynier Kontraktu nie występował

o usunięcie podwykonawcy z placu budowy, to GDDKiA uznawała, że podwykonawca został zatwierdzony w sposób dorozumiany. P.H.U.P. (...) sp.j. nie została formalnie zatwierdzona przez Zamawiającego jako podwykonawca na przedmiotowej inwestycji. Ze względu na fakt, że spółka ta przedstawiła Zamawiającemu zestawienie wykonanych robót potwierdzone przez inspektora nadzoru inwestorskiego ze strony Konsultanta (Inżyniera Rezydenta) oraz że Inżynier Kontraktu nie występował z wnioskiem o usunięcie tej spółki z placu budowy, Kierownik Projektu uznał, że podwykonawca ten został zaakceptowany w sposób dorozumiany i rekomendował wypłacenie podwykonawcy kwoty 943.170,88 zł, po rozliczeniu robót do cen kontraktowych wynikających z Umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą i pomniejszeniu należności z faktury nr (...) o kwotę 50.000 zł, która została zapłacona przez Wykonawcę. (zeznania świadka P. B. – k. 575-575v., wniosek Kierownika Projektu z 21.11.2013r. – k. 452, faktury VAT nr (...) z 27.09.2012 r. i nr (...)

z 17.12.2012 r. z adnotacjami Inżyniera Rezydenta o potwierdzeniu wykonania robót w ilościach wskazanych w fakturach – k. 199 i 200-201).

W dniu 2 grudnia 2013 r. Zamawiający wystawił konsorcjum (...) a K. k.s. notę księgową nr (...) obejmującą wypłacone należności podwykonawców, w tym podwykonawcy P.H.U.P. (...) sp.j. w kwocie 943.170,88 zł. W nocie tej Zamawiający wezwał Wykonawcę do zapłaty kwoty łącznej 1.617.555,17 zł z tytułu płatności na rzecz w/w podwykonawców w terminie 7 dni od daty doręczenia noty. Notę doręczono B. a (...) Sp. z o.o. w dniu 4 grudnia 2013 r. (nota księgową nr (...) – k. 204, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 205).

W dniu 12 grudnia 2013 r. GDDKiA wypłaciła podwykonawcy P.H.U.P. (...) sp.j. w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora kwotę 943.170,88 zł tytułem wynagrodzenia wynikającego z w/w faktur. (potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków KFD – k. 203).

Pismem z dnia 6 lutego 2014 r. Zamawiający w oparciu o S. 2.5 i 4.4 Warunków Kontraktu złożył do Wykonawcy roszczenie związane z brakiem płatności na rzecz podwykonawców za prace wykonane na przedmiotowym kontrakcie. Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 647¹ k.c. dokonał płatności na rzecz podwykonawców w łącznej wysokości 36.811.507,16 zł brutto (w sumie tej zawarte były należności spółki jawnej (...) w kwocie 943.170,88 zł). W piśmie tym Zamawiający poinformował Wykonawcę, że zgodnie z Subklauzulą 4.4 potrąci kwotę równą zapłaconej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego. (pismo (...) z 06.02.2014 r. wraz załącznikiem nr 1 – k. 207-209, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 210-211).

Jednocześnie Zamawiający pismem z dnia 6 lutego 2014 r. wystąpił do Inżyniera Kontraktu o dokonanie określenia zgodnie z Subklauzulą 3.5 Warunków Kontraktu z tytułu wniosków podwykonawców o płatność solidarną. Inżynier Kontraktu pismem z dnia 7 lutego 2014 r. poinformował Wykonawcę, że Zamawiający jest uprawniony do potrącenia z wierzytelności Wykonawcy kwoty 36.811.507, 16 zł brutto z tytułu płatności jakich dokonał na rzecz podwykonawców. (pismo GDDKiA z 06.02.2014 r. – k. 212, pismo Inżyniera Kontraktu z 07.02.2014 r. wraz z załącznikiem – k. 214-216).

Pismem z dnia 19 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę, że należności dotyczące wypłat z tytułu solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. wynoszą na dzień 31 grudnia 2013 r. 27.379.929,83 zł. Na powyższą kwotę składała się również należność wynikająca z noty księgowej o nr (...) z 2 grudnia 2013 r. Pismo to jednocześnie stanowiło wezwanie do zapłaty powyższej kwoty w terminie 7 dni od otrzymania pisma. Pismo zostało doręczone B. a (...) Sp. z o.o. 21 lutego 2014 r. (pismo GDDKiA z 19.02.2014 r. – k. 217-219, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 220-221).

Pismem z dnia 28 marca 2014 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o kolejnych płatnościach dokonanych na rzecz podwykonawców, które powiększyły sumę zadłużenia Wykonawcy względem Zamawiającego do kwoty 27.997.235,92 zł. Powyższe pismo stanowiło jednocześnie wezwanie do zapłaty powyższej kwoty. Wezwanie doręczono B. a (...) Sp. z o.o. 2 kwietnia 2014 r. (pismo GDDKiA z 28.03.2014 r. – k. 222, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 223-224).

Zamawiający w dniu 16 maja 2014 r. złożył Wykonawcy oświadczenie o kompensacie wzajemnych wierzytelności Zamawiającego z tytułu wypłat na rzecz podwykonawców objętych notami księgowymi na kwotę łączną 28.000.636,51 zł z wierzytelnościami Wykonawcy z faktur na kwotę 5.133.877,48 zł, na mocy którego wzajemne wierzytelności umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej. W oświadczeniu wymieniono również notę księgową nr (...) – na 17 pozycji, a wartość poprzedzających ją not księgowych przekraczała kwotę należności wzajemnych Wykonawcy objętych potrąceniem. Oświadczenie o kompensacie zostało doręczone B. a (...) Sp. z o.o. w dniu 6 czerwca 2014 r. (oświadczenie o kompensacie z 16.05.2014 r. – k. 225, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 226-227).

Roboty z zakresu wykonania ogrodzenia autostradowego zostały rozliczone pomiędzy generalnym Wykonawcą a Zamawiającym w Przejściowych Świadczeniach Płatności nr 24 z 31 października 2012 r. (poz. 48, 44, 47, 52, 40-43, 44 TER) i nr 25 z 29 listopada 2012 r. (poz. 42 i 43 TER). ((...) nr 24 wraz z Tabelami (...) Rozliczeniowych – k. 546-564, (...) nr 25 wraz z Tabelą (...) Rozliczeniowych – k. 565-568, faktura (...) nr (...) z 31.10.2012 r. – k. 407, faktura (...) nr (...) z 31.10.2012 r. – k. 411, faktura (...) nr (...) z 29.11.2012 r. – k. 418, dokumenty księgowe dotyczące rozliczenia faktur – k. 408-410, 412-417, 419-423, potwierdzenia realizacji wniosków o wypłatę ze środków (...) - k. 425-428).

B. a (...) Sp. z o.o. zmieniła nazwę na (...) Sp. z o.o. (odpis pełny z rejestru przedsiębiorców KRS nr (...) – k. 330-333).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych wyżej dowodów.

Sąd uznał za wiarygodne obiektywne dowody z wymienionych dokumentów, jako że nie budziły one wątpliwości, co do ich autentyczności i nie były kwestionowane przez żadną ze stron.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadków P. B. i M. Ł., w których świadkowie ci opisali procedurę akceptacji podwykonawców na przedmiotowym kontrakcie przez Zamawiającego, a P. B. nadto przedstawił sposób podejmowania przez Zamawiającego decyzji co do wypłat na rzecz podwykonawców oraz wskazał przyczyny uznania przez (...) spółki jawnej STAL-BUD za zatwierdzonego w sposób dorozumiany podwykonawcę i dokonania zapłaty wynagrodzenia tego podwykonawcy przez powoda w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora. Na wiarę zasługiwały również zeznania świadków R. S. i E. K., w których potwierdzili oni wykonywanie robót na przedmiotowym kontrakcie przez spółkę jawną (...), brak zgłaszania przez Wykonawcę zastrzeżeń co do wykonanych robót i

wystawionych przez podwykonawcę faktur (R. S.) oraz przekazali informacje co do sposobu rozliczania robót pomiędzy podwykonawcą a Wykonawcą (R. S., E. K.). Zeznania świadków korespondowały wzajemnie ze sobą i z dowodami z dokumentów, składając się wraz nimi na spójną i logiczną całość obrazującą opisany wyżej stan faktyczny, a zatem były wiarygodne.

Sąd zważył, co następuje:

Oceniając roszczenia dochodzone pozwem należy w pierwszym rzędzie wskazać, że 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. Analiza przepisu art. 647¹ § 2-5 k.c. prowadzi do wniosku, że do powstania odpowiedzialności solidarnej inwestora i generalnego wykonawcy wobec podwykonawcy potrzebne jest spełnienie dwóch warunków: 1) zawarcie przez wykonawcę z podwykonawcą umowy, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, przy czym wymagana jest forma pisemna umowy pod rygorem nieważności (art. 647¹ § 4 k.c.), 2) wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie tej umowy (art. 647¹ § 4 k.c.). Umowa z podwykonawcą spełnia warunki umowy podwykonawczej w rozumieniu art. 647¹ § 2 k.c., jeżeli prace zrealizowane przez podwykonawcę prowadzić będą do wykonania danego obiektu, stanowiąc część składową finalnego rezultatu, to jest gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem świadczenia wykonawcy wobec inwestora w ramach umowy o roboty budowlane, przy czym w sensie prawnym umowa taka może zostać zakwalifikowana także jako umowa o dzieło. Okolicznością usprawiedliwiającą nałożenie na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. na inwestora obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy jest zrealizowanie części świadczenia wykonawcy na rzecz inwestora kosztem podwykonawcy. (por. orz. SN z 17.10.2008 r., I CSK 106/08, Biul. SN 2009/3/9, Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 25.04.2014 r., I ACa 244/14, LEX nr 1563514, Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 03.07.2014 r., I ACa 242/14, LEX nr 1509109).

Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą może być wyrażona w sposób bierny (pasywny) oraz czynny (aktywny). Wyrażenie 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 dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie (art. 647¹ § 2 k.c.). Wyrażenie zgody w sposób czynny może nastąpić w sposób wyraźny pisemnie lub ustnie albo poprzez inne zachowanie inwestora, które w sposób dostateczny ujawnia jego wolę (art. 60 k.c.), w tym poprzez czynności faktyczne (w sposób dorozumiany), np. przez tolerowanie podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie od niego robót oraz dokonywanie podobnych czynności. Przepis art. 647¹ § 5 k.c. nie wiąże ponoszenia przez inwestora solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności wobec podwykonawcy z uprzednim przedstawieniem inwestorowi przez wykonawcę umowy z podwykonawcą, ale wiąże tę odpowiedzialność z faktem wykonywania robót budowlanych przez podwykonawcę. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor wyraża zgodę w sposób czynny, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny. Czas wyrażenia zgody przez inwestora jest obojętny, ponieważ art. 647¹ § 2 k.c. nie formułuje żadnych temporalnych ograniczeń w tym zakresie. Przy zgodzie czynnej brak jest zatem podstaw do uzależniania jej wyrażenia od przedstawienia inwestorowi umowy oraz od tego, aby zgoda ta musiała być wyrażona uprzednio, tj. przed wykonaniem umowy przez podwykonawcę. Zgoda inwestora może mieć zatem charakter następczy, a więc może być wyrażona także post factum, w tym także już po wykonaniu całości umowy przez podwykonawcę. (vide orz. SN z 04.02.2011 r., III CSK 152/10, LEX nr 1102865, z 27.06.2012 r., III CSK 298/12, LEX nr 1365675 i z 18.06.2015 r., III CSK 370/14, LEX nr 1745820).

Przenosząc powyższe założenia na grunt niniejszej sprawy należy w pierwszym rzędzie wskazać, że umowa zawarta w dniu 18 listopada 2011 r. pomiędzy B. a K.

Sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Handlowo Usługowo Produkcyjnym (...) sp.j. spełniała warunki umowy podwykonawczej w opisanym wyżej znaczeniu. Przedmiotem tej umowy było kompleksowe wykonanie przez

podwykonawcę robót w zakresie balustrad i barierek mostowych stalowych i aluminiowych wraz z kotwami. To świadczenie podwykonawcy przybierało zatem materialny efekt a w konsekwencji składało się na rezultat świadczenia Wykonawcy wobec inwestora w ramach kontraktu głównego, stając się częścią realizowanej inwestycji drogowej.

Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowo Produkcyjne (...) sp.j. nie została formalnie zaakceptowana przez powoda (inwestora) jako podwykonawca na przedmiotowej inwestycji. Jednak już po wpłynięciu wniosku tej spółki

o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty na podstawie art. 647¹ k.c. i potwierdzeniu przez nadzór inwestorski faktu wykonania robót przez tego podwykonawcę na kontrakcie Zamawiający uznał, że podwykonawca ten został zatwierdzony w sposób dorozumiany, skoro nie został usunięty przez Inżyniera Kontraktu z placu budowy. W konsekwencji powód uznał swoją odpowiedzialność względem spółki jawnej (...) i zapłacił na jej rzecz wynagrodzenie objęte przedstawionymi fakturami w kwocie łącznej 943.177,88 zł.

W kontekście odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy nie miał znaczenia fakt, że Wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu umowy podwykonawczej zawartej ze spółką jawną (...), zgodnie z procedurą określoną w Subklauzuli 4.4 Warunków Kontraktu, która nakazywała przedstawienie takiej umowy na 28 dni przed skierowaniem podwykonawcy do wykonania robót. Nie była istotna też okoliczność, kiedy Zamawiający zaakceptował tę spółkę jako podwykonawcę na przedmiotowym kontrakcie,

a w szczególności, czy uczynił to przed czy już po zawarciu umowy, czy przed rozpoczęciem robót przez podwykonawcę, w trakcie ich wykonywania, czy już po ich zakończeniu. Nie miała znaczenia również forma wyrażenia tej zgody, tj. czy inwestor wyraził ją wyraźnie – na piśmie lub ustnie, czy przez przemilczenie, czy w sposób dorozumiany. Jak już wskazano, na gruncie art. 647¹ k.c. zgoda inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą może być wyrażona w dowolnym momencie czasowym (nawet już po wykonaniu umowy podwykonawczej) oraz w dowolnej formie, w tym przez czynności konkludentne, z których wynika akceptacja inwestora dla danego podwykonawcy, za co może być uważany nawet sam fakt uznania roszczenia podwykonawcy o zapłatę jego wynagrodzenia i dokonanie zapłaty przez inwestora – jak to miało miejsce w rozpatrywanej sprawie – w czym przejawia się chyba najbardziej wyraźnie (poza akceptacją podwykonawcy w sposób czynny wprost) zgoda inwestora na wykonanie robót przez podwykonawcę na określonej inwestycji. Zachowanie przedstawicieli powoda polegające na uznaniu i zaspokojeniu zgłoszonych roszczeń spółki jawnej (...), o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty, stanowi wyraźny przejaw woli Zamawiającego, z którego wynika akceptacja tego podwykonawcy. Zarzuty pozwanych dotyczące tej kwestii były zatem niezasadne.

Niezależnie od tego, w ocenie Sądu, wykonawca robót budowlanych nie może powoływać się na brak zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą w celu obrony przed roszczeniem inwestora o zwrot świadczenia wypłaconego podwykonawcy. Zgodnie

z art. 375 § 1 k.c. dłużnik solidarny może się bronić zarzutami, które mu przysługują osobiście względem wierzyciela, jak również tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom. Zarzut braku zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą jest zarzutem osobistym inwestora. Niepodniesienie tego zarzutu przez inwestora w celu obrony przed roszczeniem podwykonawcy z art. 647¹ § 5 k.c. nie może szkodzić współdłużnikowi solidarnemu, jakim jest wykonawca robót budowlanych (art. 371 k.c.). Wobec tego wykonawca nie może podnosić w ogóle takiego zarzutu w jego relacjach z inwestorem.

Nie mogły odnieść zamierzonego skutku również zarzuty pozwanych podważające wypłatę dokonaną przez powoda na rzecz podwykonawcy z uwagi na brak zatwierdzenia przez Wykonawcę faktur wystawionych przez podwykonawcę.

Przepis art. 647¹ § 5 k.c. dla powstania solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności inwestora nie wymaga zatwierdzenia przez wykonawcę faktur podwykonawcy, lecz wykonania robót przez podwykonawcę.

W rozpatrywanej sprawie nie był sporny fakt, że roboty budowlane objęte fakturami złożonymi przez spółkę jawną (...) powodowi i zapłaconymi przez powoda

w zakresie kwoty łącznej 943.177,88 zł zostały wykonane przez podwykonawcę i odebrane przez Wykonawcę. Pozwani nie kwestionowali ani faktu wykonania przez tego podwykonawcę robót objętych fakturami, ani ich wartości. Do wniosku o płatność solidarną skierowanego do inwestora podwykonawca dołączył potwierdzone przez przedstawiciela generalnego Wykonawcy (kierownika robót) protokoły obmiaru robót i protokoły odbioru robót, które dowodzą faktu wykonania przez podwykonawcę robót Stworzenie w ramach umowy generalnego Wykonawcy

z inwestorem wymogu uzyskiwania przez podwykonawcę zatwierdzenia faktur przez wykonawcę prowadziłoby w wielu wypadkach do niemożliwości uzyskania przez podwykonawcę zapłaty od inwestora. Dlatego cytowane wcześniej zapisy Subklauzuli 4.4 (e) Warunków Kontraktu nie mogą w żaden sposób wpływać na odpowiedzialność inwestora względem podwykonawcy i być podstawą do odmowy wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez inwestora, gdyż stałoby to w sprzeczności z warunkami odpowiedzialności inwestora wynikającymi z przepisu art. 675¹ § 5 k.c. W rezultacie pozwani nie mogą skutecznie podnosić w tym zakresie przeciwko powodowi żadnych zarzutów z powołaniem się na takie zapisy łączącego ich kontraktu.

Nieuzasadnione było stanowisko pozwanych co do braku wymagalności części wypłaconego przez powoda wynagrodzenia podwykonawcy w wysokości 53.166,46 zł, określonego w umowie podwykonawczej jako „gwarancja dobrego wykonania”. Przywołane wyżej postanowienie § 5 ust. 7 umowy podwykonawczej rzeczywiście przewidywało sposób zabezpieczenia jakości i terminowości wykonania przedmiotu umowy poprzez zatrzymanie przez Wykonawcę z każdej faktury podwykonawcy 5% jej wartości brutto, które to kwoty miały być zwrócone w terminach wskazanych w umowie. Sumy, do których zatrzymania uprawniony był Wykonawca, nie traciły jednak na skutek zatrzymania charakteru wynagrodzenia podwykonawcy i nie stawały się kaucją gwarancyjną, bowiem umowa podwykonawcza nie przewidywała ustanowienia takiej kaucji, o cechach kauzalności

i realności (vide orz. SN z 19.01.2011 r., V CSK 204/10, LEX nr 784977, orz. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17.12.2013 r., V ACa 766/13, LEX nr 1409135, orz. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26.11.2014 r., I ACa 795/14, LEX nr 1597358). Przede wszystkim jednak w rozpatrywanej sprawie brak było podstaw do stwierdzenia, żeby generalny Wykonawca faktycznie skorzystał z uprawnienia do zatrzymania 5% wartości brutto przedmiotowych faktur na poczet zabezpieczenia jego roszczeń z umowy podwykonawczej. Do osiągnięcia takiego skutku konieczne byłoby złożenie przez Wykonawcę podwykonawcy stosownego oświadczenia w tym przedmiocie lub przynajmniej podjęcie przez Wykonawcę takich czynności faktycznych, z których by wynikała wola zatrzymania 5% wartości brutto przedmiotowych faktur na poczet zabezpieczenia roszczeń

z umowy podwykonawczej. Zawarte § 5 ust. 7 umowy podwykonawczej sformułowanie „Wykonawca zatrzyma” wskazuje, że skutek taki nie następował automatycznie po wystawieniu danej faktury przez podwykonawcę i przedstawieniu jej Wykonawcy do zapłaty, lecz potrzebna była do jego osiągnięcia aktywność Wykonawcy wyrażająca wolę zatrzymania części wynagrodzenia podwykonawcy jako „gwarancji dobrego wykonania”. W aktach sprawy brak było dowodu wykazującego, żeby jakiegokolwiek oświadczenia w tym przedmiocie były składane podwykonawcy przez generalnego Wykonawcę lub by Wykonawca podjął faktyczne działania wskazujące na wolę zatrzymania części należności objętych fakturami.

W tej sytuacji Zamawiający nie mógł powstrzymać się od zapłaty części wynagrodzenia podwykonawcy w wysokości 53.166,46 zł w oparciu o wskazaną regulację umowy podwykonawczej, a pozwani nie mogą czynić powodowi obecnie zarzutu, że niezasadnie zapłacili podwykonawcy niewymagalne w tej części wynagrodzenie.

W konsekwencji stwierdzić należało, że wypłata przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w ramach odpowiedzialności inwestora przewidzianej w art. 647¹ § 5 k.c. wynagrodzenia podwykonawcy pozwanych w kwocie 943.170,88 zł była w pełni prawidłowa. Pozwani nie podważyli skutecznie zasadności dokonania takiej zapłaty w żadnej części. Nieuregulowanie wynagrodzenia podwykonawcy we wskazanej wyżej kwocie przez Wykonawcę stanowiło natomiast naruszenie przez Wykonawcę postanowień kontraktu głównego. S. 4.4 (e) Warunków Kontraktu określała obowiązek Wykonawcy do zapłaty wynagrodzenia podwykonawców stanowiąc, że „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”.

W świetle art. 647¹ § 5 k.c. w zw. z art. 376 k.c., po spełnieniu świadczenia na rzecz podwykonawcy inwestor, jako współdłużnik solidarny, ma własne roszczenie regresowe wobec współodpowiedzialnego solidarnie wykonawcy. Zapłata wynagrodzenia podwykonawcy przez inwestora na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. stanowi zaspokojenie cudzego

długu, przez co inwestor nabywa spleconą wierzytelność do wysokości dokonanej zapłaty na mocy art. 518 § 1 pkt. 1 k.c. i wstępuje w prawa zaspokojonego wierzyciela. (tak też SN

w orz. z 17.02.2011 r., IV CSK 293/10, LEX nr 1111016 i Sąd Apelacyjny w Warszawie w orz. z 24.02.2015 r., I ACA 1240/14, LEX nr 1659147). Przepis art. 518 k.c. przewiduje ustawowe wstąpienie osoby trzeciej w prawa zaspokojonego wierzyciela, czyli tzw. subrogację ustawową (*cessio legis*). Osobą trzecią odpowiedzialną osobiście za cudzy dług jest przede wszystkim poręczyciel, który płacąc ten dług na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. z mocy prawa nabywa wierzytelność przysługującą wierzycielowi od dłużnika głównego. Przez zapłatę cudzego długu, o której mowa w art. 518 § 1 pkt 1 k.c., należy rozumieć również wykonanie własnego zobowiązania, z którego wynika odpowiedzialność za cudzy dług.

(K. Kaczanowski, Glosa do uchwały SN z dnia 16.07.1997 r. III CZP 22/97, LEX nr 31154). Taki charakter ma odpowiedzialność inwestora na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. Treść stosunków prawnych nawiązanych w związku z wykonaniem obiektu przewidzianego

w umowie o roboty budowlane rozstrzyga, kto w ostatecznym rozliczeniu winien ponieść ciężar zapłaty wynagrodzenia należnego poszczególnym podmiotom. W zależności od stanu faktycznego danej sprawy należy między innymi uwzględnić przy tym kwoty zapłacone przez inwestora. Dlatego inwestor płacący w ramach art. 647¹ § 5 k.c. wynagrodzenie podwykonawcy, który faktycznie wykonał roboty na danej inwestycji, nabywa na podstawie art. 518 § 1 pkt. 1 k.c. przeciwko wykonawcy wierzytelność o zwrot zapłaconej sumy. Nabyta w ten sposób wierzytelność może być przedstawiona do potrącenia z wierzytelnościami wzajemnymi wykonawcy lub w inny sposób dochodzona przez inwestora od wykonawcy,

o czym rozstrzyga ostatecznie treść stosunku prawnego, którego przedmiotem jest wykonanie określonego obiektu budowlanego. Formuła art. 376 k.c., odwołująca się do „treści istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego”, jest na tyle elastyczna, że pozwala rozstrzygnąć poszczególne przypadki z uwzględnieniem ich specyfiki.

Na gruncie przywołanych wyżej regulacji art. 518 § 1 k.c. w zw. z art. 647¹ § 5 k.c.

i Subklauzuli 4.4 (e) Warunków Kontraktu stwierdzić należało, że powód, zaspokajając roszczenia podwykonawcy pozwanych o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, wstąpił w prawa zaspokojonego wierzyciela pozwanych. Skoro powód spełnił zobowiązanie za Wykonawcę, pierwotnie zobowiązanego względem podwykonawcy zgodnie z postanowieniami umowy podwykonawczej, to był uprawniony do dochodzenia od pozwanych zwrotu zapłaconej należności. Za zwrot powodowi wypłaconej podwykonawcy sumy 943.170,88 zł obydwaj pozwani – uczestnicy konsorcjum wykonawczego wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego i realizujący przedmiotowy kontrakt – odpowiadają solidarnie, gdyż stosownie do art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164) i Subklauzuli 1.14 Warunków Kontraktu za wykonanie wszelkich zobowiązań wynikających z Umowy ponoszą oni solidarną odpowiedzialność.

Niezasadne były przy tym twierdzenia pozwanych, iż prawo do żądania zwrotu świadczenia spełnionego zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. powstaje wtedy tylko, gdy po stronie inwestora zaistnieje szkoda rozumiana jako uszczerbek majątkowy wywołany podwójnym spełnieniem tego samego świadczenia na rzecz podwykonawcy i na rzecz wykonawcy robót budowlanych. Powód nie musiał wykazywać tu szkody, gdyż nie wywodził swojego roszczenia z tytułu odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, o której mowa w art. 471 k.c. (choć brak zapłaty należności podwykonawcy stanowił naruszenie obowiązków kontraktowych przez pozwanych). Podstawa roszczenia powoda wynikała z art. 518 § 1 pkt. 1 k.c., ze względu na spełnienie świadczenia w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej, za realizację którego (zgodnie

z przepisem art. 647 k.c. i postanowieniami umownymi) byli odpowiedzialni pozwani. Wystarczającą przesłanką domagania się przez powoda zwrotu świadczenia spełnionego za pozwanych była sama zapłata należności podwykonawcy w warunkach art. 647¹ § 5 k.c., bez konieczności wykazywania szkody. W kontrakcie głównym, w którym wskazano na uprawnienie Zamawiającego do dochodzenia należności wypłaconych podwykonawcom poprzez ich potrącenie z wierzytelnościami Wykonawcy względem Zamawiającego (Subklauzula 4.4 lit. e Warunków Kontraktu), strony nie zastrzegły obowiązku wykazywania poniesienia szkody przez Zamawiającego. Wobec tego dochodząc roszczenia regresowego przeciwko pozwany powód nie musiał udowadniać przesłanek

odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanych. Tym niemniej nie ulega wątpliwości, że fakt zapłacenia przez powoda wynagrodzenia podwykonawcy, z którym powoda nie łączył żaden stosunek umowny wywołał po stronie powoda szkodę majątkową w wysokości równej dokonanej zapłacie. Powód spełnił bowiem świadczenie pieniężne, do którego nie byłby zobowiązany, gdyby pozwani wywiązali się ze swych zobowiązań wobec podwykonawcy płacąc należne mu wynagrodzenie. Dokonanie przez inwestora zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. nie jest powiązane z uiszczeniem wynagrodzenia wykonawcy za ten sam zakres robót na podstawie umowy o roboty budowlane łączącej inwestora z wykonawcą. Zobowiązanie inwestora wobec obu tych podmiotów ma samodzielny charakter, przez co zrealizowanie przez inwestora obowiązku wynikającego z art. 647¹ § 5 k.c. nie pozbawia wykonawcy prawa do dochodzenia wynagrodzenia od inwestora. Tym niemniej z materiału dowodowego rozpatrywanej sprawy wynikało, że powód faktycznie dokonał podwójnej zapłaty za część robót z zakresu balustrad mostowych, płacąc za nie najpierw Wykonawcy a następnie podwykonawcy.

Z tych wszystkich przyczyn pozwani obowiązani są zapłacić powodowi solidarnie kwotę 943.170,88 zł dochodzoną pozwem. Oprócz wskazanej sumy należności głównej powodowi należą się również odsetki ustawowe z tytułu opóźnienia w jej zapłacie przez pozwanych. Stosownie do art. 481 § 1 i 2 k.c., za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego wierzyciel może żądać odsetek, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności,

a jeżeli strony nie oznaczyły z góry stopy odsetek, należą się odsetki ustawowe. Termin zapłaty wskazanej sumy nie był oznaczony przez strony, ani nie wynikał z właściwości zobowiązania, zatem świadczenie to powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu pozwanych do zapłaty (art. 455 k.c.). Powód wezwał skutecznie pozwanych do zapłaty kwoty dochodzonej pismem z dnia 19 lutego 2014 r., w którym wyznaczył Wykonawcy termin 7 dni do zapłaty. Pismo to zostało doręczone B. a (...) Sp. z o.o. w dniu 21 lutego

2014 r. Spółka ta, jako lider konsorcjum wykonawczego, upoważniona była do reprezentacji obydwu uczestników konsorcjum (a więc i spółki (...) a K. k.s.) względem Zamawiającego, stosownie do przywołanych wcześniej zapisów umowy konsorcjum, która to umowa trwała aż do dokonania rozliczenia kontraktu, co nie nastąpiło do czasu wymienionego wyżej wezwania. Wyznaczony termin do zapłaty upłynął bezskutecznie

28 lutego 2014 r., zatem pozwani znaleźli się w opóźnieniu w zapłacie tejże należności

w dniu 1 marca 2014 r. Stąd też należało zasądzić od pozwanych odsetki od należności głównej od tej daty. Z uwagi na zmianę brzmienia przepisu art. 481 § 2 k.c. z dniem

1 stycznia 2016 r., wprowadzoną ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy

o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 1803), zasądzone odsetki od dnia 1 stycznia 2016 r. należało określić jako „odsetki ustawowe za opóźnienie”.

Mając na uwadze opisane okoliczności Sąd orzekł jak w pkt. I sentencji wyroku na podstawie powołanych przepisów.

Orzekając o kosztach postępowania w pkt. II sentencji wyroku Sąd włożył solidarnie na pozwanych obowiązek zwrotu powodowi kosztów postępowania, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik sporu wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. oraz regułą z art. 105 § 2 zd. 1 k.p.c., w myśl której na współuczestników sporu odpowiadających solidarnie co do istoty sprawy sąd włoży solidarny obowiązek zwrotu kosztów. Pozwani, jako przegrywający sprawę, obowiązani są zwrócić powodowi koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7.200 zł, ustalonej na podstawie § 6 pkt. 7 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 461), które należało zasądzić na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, stosownie do art. 32 ust. 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2015 r. o Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2016 r., poz. 2261).

Nieuiszczone w niniejszej sprawie koszty sądowe w postaci opłaty od pozwu,

od uiszczenia której powód był zwolniony (47.159 zł), i wynagrodzenia tłumacza przysięgłego za tłumaczenie dokumentów (1.000,90 zł) wyłożonego tymczasowo przez Skarb Państwa, wyniosły łącznie 48.159,90 zł. Ze względu

na wynik sprawy Sąd w pkt. III sentencji wyroku nakazał pobrać tę sumę solidarnie od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 623).