

Sygn. akt XXV C 1826/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 września 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSR (del.) Paweł Duda

Protokolant: stażysta Dorota Wesółwska

po rozpoznaniu w dniu 13 września 2016 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 228.581,42 zł (dwieście dwadzieścia osiem tysięcy pięćset osiemdziesiąt jeden złotych czterdzieści dwa grosze) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 1 marca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo co do odsetek w pozostałej części;

III. 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 Skarbu Państwa kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;

IV. 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 12.538,90 zł (dwanaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt XXV C 1826/15

UZASADNIENIE

wyroku z 26 września 2016 r.

Pozwem z dnia 13 listopada 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 228.581,42 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 10 sierpnia 2013 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. 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 230+817 do km 295+850 – Zadanie II. Odcinek 2 Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+00, węzeł S. - węzeł K.”. W dniu 8 sierpnia 2012 r. pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą (...) Sp. z o.o. została zawarta umowa podwykonawcza w zakresie wykonania na przedmiotowej inwestycji skropień międzywarstwowych. Pismem z dnia 12 października 2012 r. Kierownik Projektu zatwierdził (...) Sp. z o.o. jako podwykonawcę. Roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę zostały odebrane i rozliczone zgodnie z dziennymi protokołami odbioru prac. Pozwani nie wywiązali się w sposób należyty ze swoich zobowiązań kontraktowych nakładających na nich obowiązek zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. W związku z brakiem płatności przez (...) Sp. z o.o. zwróciła się do Zamawiającego z wnioskiem o zapłatę w ramach solidarnej odpowiedzialności inwestora wynagrodzenia z tytułu prac zrealizowanych na rzecz pozwanych w kwocie łącznej 228.581,42 zł. W dniu 9 sierpnia 2013 r. Skarb Państwa wypłacił na rzecz spółki (...) kwotę 228.581,42 zł. W dniu 30 lipca 2013 r. powód wystawił notę księgową nr (...) obejmującą wypłaconą na rzecz podwykonawcy kwotę i wezwał Wykonawcę do zapłaty tej kwoty w terminie 7 dni. Do chwili obecnej powyższa kwota nie została uiszczona przez pozwanych na rzecz powoda. Wobec tego powodowi przysługuje przeciwko pozwany roszczenie regresowe, którego podstawą są art. 376 § 1 k.c. i S. 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. s. z siedzibą w P. w złożonych odpowiedziach na pozew (k. 363-375 i 387-399) wnieśli o oddalenie powództwa w całości.

Obydwaj pozwani podnieśli te same argumenty przeciwko żądaniu pozwu zarzucając, że powód nie był zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, gdyż podwykonawca nie wykonywał robót budowlanych, lecz świadczył usługi na rzecz pozwanych polegające na skropieniach warstw konstrukcyjnych autostrady emulsją asfaltową, przez co nie mógł zostać objęty ochroną wynikającą z art. 647¹ § 5 k.c. Wobec tego powodowi nie przysługuje roszczenia regresowe względem pozwanych. Nawet gdyby uznać, że powód był zobowiązany do dokonania zapłaty na rzecz podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c., to nadal nie przysługuje mu roszczenie regresowe względem pozwanych, ponieważ powód nie wykazał, aby na skutek wypłaty środków na rzecz podwykonawcy poniósł szkodę. Powód nie wykazał bowiem, aby dokonał wypłaty wynagrodzenia na rzecz pozwanych w części, w jakiej owo wynagrodzenie dotyczyło robót wykonanych przez podwykonawcę. Niezależnie od tego część ze środków wypłaconych przez powoda podwykonawcy została zapłacona w sposób niezgodny z kontraktem. Mechanizm wypłaty środków na rzecz podwykonawcy został określony w S. 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 przedłożone przez podwykonawcę, które stanowiły dla powoda podstawę do wypłaty środków nie zostały zaakceptowane przez pozwanych, tzn. przez osoby, w których zakresie obowiązków leżało dokonywanie oceny merytorycznej faktur i rozliczeń z podwykonawcami. Ponadto powód wypłacił podwykonawcy środki w nadmiernej wysokości. Z regulacji § 16 ust. 13 umowy podwykonawczej wynika, że podwykonawca mógł dochodzić od powoda zapłaty wynagrodzenia w maksymalnej wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu, jakie za dane roboty mieli otrzymać od powoda pozwani, zgodnie z kosztorysem ofertowym stanowiącym część kontraktu głównego. W takim przypadku wynagrodzenie podwykonawcy za roboty objęte fakturami złożonymi do powoda wynosiłoby 167.186,95 zł, a więc o 61.394,47 zł mniej niż wypłacił podwykonawcy powód. Pozwani zarzucili również, że powód w nieprawidłowy sposób wyliczył odsetki. W momencie doręczenia pozwanemu noty księgowej nr (...), tj. w dniu 2 sierpnia 2013 r., nie istniała jeszcze rzekoma wierzytelność dochodzona niniejszym pozwem, bowiem wypłata środków

podwykonawcy nastąpiła dopiero w dniu 9 sierpnia 2013 r. Doręczenie pozwanemu wskazanej noty księgowej nie postawiło tej wierzytelności w stan wymagalności.

W piśmie procesowym z dnia 18 kwietnia 2016 r. (k. 548-557) powód zmodyfikował żądanie pozwu w zakresie odsetek w ten sposób, że wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych na rzecz powoda odsetek ustawowych od kwoty należności głównej od dnia

17 sierpnia 2013 r. do 31 grudnia 2015 r. i odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia

1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty. W piśmie tym powód wskazał, że prace wykonywane przez podwykonawcę stanowiły element przedsięwzięcia inwestycyjnego i były niezbędnym elementem prawidłowego wykonania nawierzchni jezdni budowanej autostrady. Wykonanie skropień emulsją asfaltową miało na celu połączenie poszczególnych warstw konstrukcyjnych budowanej jezdni autostrady (...). Brak wykonania skropień spowodowałyby, że warstwy konstrukcyjne pracowałyby niezależnie od siebie, co w rezultacie osłabiłoby konstrukcję drogi. Prace wykonane przez podwykonawcę były robotami budowlanymi, gdyż stanowiły element obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia Wykonawcy w kontrakcie głównym. Podstawą roszczenia regresowego Zamawiającego jest art. 376 § 1 k.c. i Subklauzula 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 (...) Sp. z o.o., a prace zrealizowane przez tę spółkę zostały rozliczone 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. W konsekwencji postanowienia umowne nie mogą modyfikować przesłanek powstania 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. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności inwestora wyznaczony został zapisami umowy podwykonawczej, a w konsekwencji powód zobowiązany był do wypłaty wynagrodzenia na rzecz B. Sp. z o.o. w wysokości wynikającej z wniosku podwykonawcy.

W piśmie procesowym z dnia 24 maja 2016 r. (k. 644-655) pozwani podtrzymali stanowiska zaprezentowane w odpowiedziach na pozew. Dodatkowo podnieśli, że samo uczestnictwo w procesie inwestycyjnym nie przesądza o rodzaju zawartej umowy. Nie sposób uznać, że zawarta umowa podwykonawcza, której przedmiotem było wykonanie usług polegających na skropieniu emulsją asfaltową warstw konstrukcyjnych nawierzchni jest umową o dzieło, a w konsekwencji nie może być także uznana za umowę o roboty budowlane. Pozwanych łączyła z (...) Sp. z o.o. umowa o świadczenie usług, do której zastosowanie będzie miał art. 750 k.c. Wobec tego powoda – jako inwestora – nie obciążał obowiązek zapłaty wynagrodzenia, a w konsekwencji pozwani nie mają obowiązku zwrotu tego wynagrodzenia, gdyż zostało ono wypłacone na wyłączne ryzyko powoda. Pozwani podtrzymali również swoje argumenty co do niewykazania przesłanek roszczenia powoda względem pozwanych określonych w Subklauzuli 4.4 (e) Warunków Kontraktu, w związku

z brakiem przedstawienia przez podwykonawcę zaakceptowanych przez Wykonawcę faktur VAT oraz wypłatę przez powoda wynagrodzenia Wykonawcy w nadmiernej wysokości.

Na rozprawie z dnia 13 września 2016 r. pełnomocnik powoda sprecyzował po raz kolejny żądanie w zakresie odsetek wskazując, że powód żąda zasądzenia odsetek

za opóźnienie od dnia 10 sierpnia 2013 r., jak wskazano w pozwie, a na wypadek nieuwzględnienia żądania zasądzenia odsetek od tej daty, wnosi o zasądzenie odsetek od dnia 17 sierpnia 2013 r., jak wskazano w piśmie procesowym z dnia 18 kwietnia 2016 r. (k. 688).

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 230+817 do km 295+850 – zadanie II (...) Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+000, 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. – t. I, k. 175-179).

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 230+817 do km 295+850 – Zadanie II. Odcinek 2 Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+000, węzeł S.-węzeł K.”, zwaną dalej (...) 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. 17-19, Aneks nr (...) z 07.03.2011 r. do Umowy – k. 20-21, Aneks nr (...) z 27.04.2012 r. do Umowy – k. 22-24, Aneks nr (...) z 17.07.2012 r. do Umowy – k. 25-26, Aneks nr (...) z 03.09.2013 r. do Umowy – k. 27-30, Aneks nr (...) z 26.03.2014 r. do Umowy – k. 56-61).

W S. 1.14 lit. (a) i (b) Warunków Kontraktu [Solidarna odpowiedzialność], w brzmieniu nadanym Szczególnymi Warunkami Kontraktu, postanowiono, że: „Jeżeli Wykonawcą 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”. (Warunki Kontraktu na budowę FIDIC – k. 62-150, Szczególne Warunki Kontraktu – k. 151-174)

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 Świadczeń Płatności. Zamawiający będzie uprawniony do skompensowania lub dokonania potrącenia

z jakiegokolwiek kwoty poświadczonej w jakimś Świadczeniu Płatności, lub do wystąpienia w inny sposób z roszczeniami w stosunku do Wykonawcy, jedynie zgodnie z niniejszą Subklauzulą.” (Warunki Kontraktu na budowę FIDIC – k. 62-150, Szczególne Warunku Kontraktu – k. 151-174).

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. 186).

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. 187-188).

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. 185).

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) oraz 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. 180-184).

W dniu 8 sierpnia 2012 r. B. a (...) Sp. z o.o. zawarła z B.

Sp. z o.o. umowę, na podstawie której B. a (...) Sp. z o.o. zleciła a spółka (...) zobowiązała się wykonać na przedmiotowej inwestycji usługi polegające na skropieniu emulsją asfaltową warstw konstrukcyjnych, przy użyciu własnej skraparki i z własnej emulsji asfaltowej. B. a (...) Sp. z o.o. zobowiązała się zgłosić spółkę (...) do (...) jako oficjalnego podwykonawcę i zapłacić za wykonaną usługę skropienia wynagrodzenie obliczone według cen netto określonych w załączniku do umowy, powiększone o należny podatek VAT. Zgodnie z umową skropienia międzywarstwowe miały być wykonywane według zapotrzebowania każdorazowo na mocy pisemnych zleceń. Podstawę wypłaty wynagrodzenia spółki (...) z tytułu wykonania przedmiotu umowy oraz pisemnych zleceń stanowić miały wystawione faktury VAT, do których dołączane miały być protokoły odbioru usług skropienia międzywarstwowego wykonanych w okresie rozliczeniowym, na jaki została wystawiona faktura VAT i Dokumenty (...) Wyrobu na całość emulsji asfaltowej, użytej do wykonanych skropień. W umowie postanowiono,

że rozliczenie wykonanych usług skropienia będzie następować dwa razy w miesiącu a podstawą do wystawienia faktury są protokoły dzienne odbioru przedmiotu umowy potwierdzone przez kierownika robót oraz że należności z każdej faktury VAT będą płatne w terminie 30 dni od daty wpływu faktury VAT do biura budowy lub siedziby zlecającego. (umowa nr (...) z 8.08.2012 r. – t. II, k. 221-231).

Do umowy z 8 sierpnia 2012 r. B. a (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. zawarły w dniu 24 sierpnia 2012 r. Aneks nr (...), mocą którego do umowy wprowadzono dodatkowe postanowienia o następującej treści:

„W przypadku zwiększenia wartości umowy powyżej 10% zlecający poinformuje o tym Zamawiającego.” (§ 6 pkt. 11).

„Jeżeli w terminie określonym w umowie z wykonawcą, zatwierdzonym przez Zamawiającego, zlecający nie dokona w całości lub w części zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, a wykonawca zwróci się z żądaniem zapłaty tego wynagrodzenia bezpośrednio do Zamawiającego na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. i udokumentuje zasadność takiego żądania fakturą zaakceptowaną przez zlecającego i dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający zapłaci na rzecz wykonawcy kwotę będącą przedmiotem jego żądania (...).” (§ 16 ust. 12).

„W przypadku nie zapłacenia przez zlecającego wynagrodzenia wykonawcy za wykonane przez wykonawcę roboty, Zamawiający zapłaci wykonawcy żadaną kwotę wynagrodzenia, jednakże nie wyższą niż kwota wynikająca z obmiaru robót wykonanych przez wykonawcę, zatwierdzonego przez Inżyniera Kontraktu, przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym zlecającego stanowiącym część oferty.

(Aneks nr (...) z 24.08.2012 r. do umowy nr (...) – k. 232-233).

Na etapie zatwierdzania podwykonawców przez Zamawiającego umowy z podwykonawcami analizowane były najpierw przez personel Inżyniera Kontraktu (Inżyniera Rezydenta), do którego Wykonawca przesyłał wnioski 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 na rozprawie z dnia 13 września 2016 r.: P. B. – k. 685-686, A. S. – k. 686-686v., M. Ł. – k. 687v.-688).

Kierownik Projektu na przedmiotowym kontrakcie pismem z dnia 12 października 2012 r. poinformował (...) Sp. z o.o., że po wystąpieniu Inżyniera Rezydenta Zamawiający w oparciu o Subklauzulę 3.1 i uzyskaną opinię Inżyniera według Subklauzuli 4.4 uzgadnia podwykonawcę (...) Sp. z o.o. zgodnie z umową podwykonawczą nr (...) z dnia 8 sierpnia 2012 r. i Aneksem nr (...), dotyczącymi wykonania skropień międzywarstwowych. (pismo Kierownika Projektu z 12.10.2012 r. – k. 234).

Roboty wynikające z przedmiotowej umowy podwykonawczej polegały na skropieniu poszczególnych warstw konstrukcyjnych tworzących jezdnię drogi. Ze względu na fakt, iż jezdnia składa się z kilku warstw bitumicznych oraz z kruszywa, każdą z nich należało skleić za pomocą emulsji asfaltowej. Emulsja składa się m.in. z wody oraz asfaltu. Po wyparowaniu wody z emulsji asfaltowej tworzy się warstwa szczipna, która staje się integralną częścią konstrukcji nawierzchni. Skropienie emulsją powoduje, że poszczególne warstwy tworzące jezdnię w sposób prawidłowy wiążą się, dzięki czemu wzrasta trwałość jezdni. Producentem emulsji asfaltowej wykorzystywanej do robót była spółka (...). (zeznania świadków na rozprawie z dnia 13 września 2016 r.: M. S. – k. 683v.-684v., W. M. – k. 684v.-685, T. L. – k. 686v.-687v.).

(...) Sp. z o.o. zrealizowała na przedmiotowej inwestycji na podstawie powyższej umowy roboty w zakresie skopień międzywarstwowych jezdni emulsją asfaltową. Terminy skopień były uzgadniane pomiędzy pełnomocnikami B. a (...) Sp. z o.o.

i (...) Sp. z o.o. Po wykonaniu każdego skopienia były sporządzane Dienne protokoły odbioru prac, podpisywane przez przedstawicieli spółek (...) a K. Polska i B.. Protokoły te zostały potwierdzone przez przedstawicieli Wykonawcy – Dyrektora Kontraktu

i kierownika robót. Dwa razy w miesiącu wystawiane były zbiorcze zestawienia wykonanych prac i w oparciu o nie podwykonawca wystawiał Wykonawcy faktury VAT, przesyłane listem poleconym do Wykonawcy. Wykonawca nie kwestionował nigdy ilości i jakości robót wykonanych przez spółkę (...). Żadna z wystawionych przez podwykonawcę faktur nie została zwrócona przez Wykonawcę. Podwykonawca nie uzyskał płatności za trzy ostatnie faktury VAT wystawione za usługę skopienia na rzecz B. a (...) Sp. z o.o., tj. faktury:

- 1) nr (...) z 17 października 2012 r. na kwotę 63.923,25 zł,
- 2) nr (...) z 31 października 2012 r. na kwotę 163.233,92 zł,
- 3) nr (...) z 30 listopada 2012 r. na kwotę 1.418,25 zł.

(Dienne protokoły odbioru prac – k. 248-257, w/w faktury VAT – k. 254, 260-262, zeznania świadków na rozprawie z dnia 13 września 2016 r.: M. S. – k. 683v.-684v., W. M. – k. 684v.-685, A. Z. – k. 685, T. L. – k. 686v.-687v.).

Wobec braku zapłaty należności z w/w faktur przez Wykonawcę B.

Sp. z o.o. pismem z dnia 27 lutego 2013 r. zwróciła się do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad o zapłatę kwoty 228.581,42 zł w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora z art. 647¹ k.c. (pismo z 27.02.2013 r. – k. 258).

Wypłaty należności podwykonawców poprzedzane były procesem weryfikacji przez (...) wniosków podwykonawców o płatność solidarną. W tym celu (...) sprawdzała najpierw, czy dokumenty dotyczące danego podwykonawcy wpłynęły do Inżyniera Kontraktu lub zespołu Kierownika Projektu. Jeżeli takie dokumenty znajdowały się w posiadaniu Inżyniera Kontraktu lub Kierownika Projektu i podwykonawca wykonywał roboty na inwestycji, to nawet jeśli nie był formalnie zatwierdzony był traktowany jako podwykonawca zatwierdzony w sposób milczący lub dorozumiany. Następnie Zamawiający sprawdzał, czy Tabela (...) Rozliczeniowych z kontraktu głównego odpowiada kwotom żądanym podwykonawcą. Zdarzało się, że Zamawiający dokonywał przeliczenia wartości robót podwykonawcy według stawek z kontraktu głównego i zmniejszenia płatności dla podwykonawcy. Po pozytywnej weryfikacji, Kierownik Projektu przygotowywał wniosek o płatność i kierował go do Dyrektora Oddziału. Po akceptacji Dyrektora Oddziału wniosek

o wypłatę na rzecz podwykonawcy kierowany był do realizacji. (zeznania świadków na rozprawie z dnia 13 września 2016 r.: P. B. – k. 685-686, A. S. – k. 686-686v.).

Pismem z dnia 11 czerwca 2013 r. Kierownik Projektu zwrócił się do Wydziału Księgowo - (...) o wypłacenie ze środków Krajowego Funduszu Drogowego kwoty 228.581,42 zł brutto zatwierdzonemu podwykonawcy (...) Sp. z o.o. tytułem solidarnej odpowiedzialności inwestora. (...) wypłaciła podwykonawcy kwotę 228.581,42 zł w dniu 9 sierpnia 2013 r. (pismo Kierownika Projektu z 11.06.2013 r. – k. 264, potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków (...) – k. 265.

W dniu 30 lipca 2013 r. Zamawiający wystawił B. a (...) Sp. z o.o. notę księgową nr (...) obejmującą wypłaconą na rzecz (...) Sp. z o.o. kwotę 228.581,42 zł z tytułu zapłaty za faktury nr (...), (...) i (...). W nocy tej Zamawiający wezwał Wykonawcę do zapłaty w/w kwoty w terminie 7 dni od daty doręczenia noty. Notę doręczono spółce (...) a K. Polska w dniu 2 sierpnia 2013 r. (nota księgową nr (...) – k. 266, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 267).

Pismem z dnia 6 lutego 2014 r. Zamawiający w oparciu o Subklauzule 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. 647⁽¹⁾ k.c. dokonał płatności na rzecz podwykonawców w łącznej wysokości 36.811.507,16 zł brutto, w tym należności B. w wysokości 228.581,42 zł. Jednocześnie poinformował Wykonawcę, że zgodnie z Subklauzulą 4.4 potrąci kwotę równą zapłaconej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego. (pismo (...) z 6.02.2014 r. wraz załącznikiem nr 1 – k. 270-271, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 272-273).

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. 274, pismo Inżyniera Kontraktu z 07.02.2014 r. wraz z załącznikiem – k. 276-278).

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 składa się również należność wynikająca z noty księgowej o nr (...). Pismo jednocześnie stanowiło wezwanie do zapłaty powyższej kwoty w terminie 7 dni od otrzymania pisma. Pismo zostało doręczone spółce (...) a K. Polska 21 lutego 2014 r. (pismo (...) z 19.02.2014 r. – k. 279-281, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 282-283).

Pismem z dnia 28 marca 2014 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o kolejnych płatnościach dokonanych na rzecz podwykonawców, które powiększyły kwotę 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 (...) z 28.03.2014 r. – k. 284, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 285-286).

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 10 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. 287, zwrotne potwierdzenie odbioru – k. 288-289).

B. a (...) Sp. z o.o. zmieniła nazwę na (...) Sp. z o.o. (odpis pełny z rejestru przedsiębiorców KRS nr (...) – k. 378-381).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych wyżej dowodów.

Sąd dał wiarę obiektywnym dowodom z wymienionych dokumentów, jako że nie budziły one wątpliwości, co do ich autentyczności i nie były kwestionowane przez żadną ze stron.

Sąd uznał za wiarygodne zeznania wszystkich przesłuchanych w niniejszej sprawie świadków: M. S., W. M., A. Z., P. B., A. S., T. L.. Świadczenie ci potwierdzili fakty dotyczące wykonywania przez spółkę (...) na przedmiotowej inwestycji robót w zakresie skropień międzywarstwowych korpusu drogi na podstawie umowy zawartej z pozwanymi, braku zastrzeżeń pozwanych co do jakości i ilości robót wykonanych przez tę spółkę, procedur zatwierdzania podwykonawców i weryfikacji wniosków podwykonawców o zapłatę wynagrodzenia w ramach odpowiedzialności solidarnej przez Zamawiającego oraz wypłaty przez powoda należności spółki (...) za wykonane na przedmiotowej inwestycji roboty. 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 8 sierpnia 2012 r. pomiędzy B. a K. Polska

Sp. z o.o. (lidera konsorcjum wykonawczego) a (...) Sp. z o.o. spełniała warunki umowy podwykonawczej w opisanym wyżej znaczeniu. Przedmiotem tej umowy było wykonanie przez spółkę (...) robót polegających na skropieniu emulsją asfaltową warstw konstrukcyjnych jezdni budowanego odcinka autostrady. Roboty te stanowiły element procesu technologicznego budowy drogi i były konieczne do połączenia kilku warstw konstrukcyjnych składających się na

korpus drogi. To świadczenie podwykonawcy przybierało zatem materialny efekt składający się na budowę odcinka autostrady objętego kontraktem a w konsekwencji składało się na rezultat świadczenia Wykonawcy wobec inwestora w ramach kontraktu głównego, stając się częścią realizowanej inwestycji drogowej. Wniosek taki jest tym bardziej oczywisty jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że wśród elementów rozliczeniowych w Kosztorysie Ofertowym Wykonawcy znajdowały się również pozycje w postaci oczyszczenia i skropienia warstw asfaltowych emulsją asfaltową i oczyszczenia i skropienia warstwy kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie emulsją asfaltową (poz. 52 i 53 Kosztorysu Ofertowego nr 2 – k. 437). Zarzuty podnoszone w tym zakresie przez pozwanych nie zasługiwały zatem na uwzględnienie.

(...) Sp. z o.o. została też zaakceptowana przez powoda (inwestora), jako podwykonawca na przedmiotowej inwestycji. Wskazuje na to treść pisma Kierownika Projektu (przedstawiciela Zamawiającego) z dnia 12 października 2012 r., w którym spółka (...) została poinformowana o jej akceptacji jako podwykonawcy w zakresie robót objętych umową podwykonawczą z dnia 8 sierpnia 2012 r. Treść tego pisma wskazuje, że Zamawiający wyraził zgodę na zawarcie przedmiotowej umowy z podwykonawcą w sposób wyraźny czynny, aczkolwiek forma wyrażenia tej zgody, tj. czy inwestor wyraził ją wyraźnie – na piśmie lub ustnie, czy przez przemilczenie (art. 647¹ § 2 k.c.), czy w sposób dorozumiany, nie miała znaczenia dla odpowiedzialności inwestora względem podwykonawcy. 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, w czym przejawia się chyba najbardziej dobitnie (poza akceptacją podwykonawcy w sposób czynny wprost) zgoda inwestora na wykonanie robót przez podwykonawcę na określonej inwestycji budowlanej. Ponadto, 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 ulegało wątpliwości, że roboty budowlane objęte fakturami przedstawionymi do zapłaty powodowi zostały wykonane przez (...) Sp. z o.o. Do wniosku o płatność solidarną skierowanego do powoda podwykonawca dołączył potwierdzone przez przedstawicieli generalnego wykonawcy Dzielne protokoły odbioru robót, które dowodzą wykonania robót objętych fakturami. Fakt wykonania takich robót przez podwykonawcę znalazł również potwierdzenie w zeznaniach świadków i nie był nigdy kwestionowany przez Wykonawcę (pозwanych). Stworzenie w ramach umowy generalnego wykonawcy z inwestorem wymogu uzyskiwania przez podwykonawcę zatwierdzenia faktur przez wykonawcę prowadziło w wielu wypadkach do niemożliwości uzyskania przez podwykonawcę zapłaty od inwestora. Dlatego wskazywany wcześniej zapis Subklauzuli

4.4 (e) Warunków Kontraktu nie może w żaden sposób wpływać na odpowiedzialność inwestora względem podwykonawcy i być podstawą do odmowy wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy, gdyż stałoby to w sprzeczności z warunkami odpowiedzialności inwestora wynikającymi z przywołanego przepisu. W rezultacie wykonawca nie może

skutecznie podnosić w tym zakresie przeciwko inwestorowi żadnych zarzutów z powołaniem się na takie zapisy łączącego ich kontraktu.

Nie mieli racji pozwani zarzucając powodowi, że zapłacił należności podwykonawcy w nadmiernej wysokości (powyżej stawek jednostkowych z kontraktu głównego),

niezgodnie z postanowieniem zawartym w § 6 ust. 13 umowy podwykonawczej. Przepis art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. ustanawiający solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy powoduje, że inwestor odpowiada za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy w taki sam sposób, jak bezpośredni kontrahent podwykonawcy, czyli wykonawca, z którym podwykonawca związany jest umową podwykonawczą. Zgoda inwestora na zawarcie umowy z danym podwykonawcą, która stanowi przesłankę jego solidarnej odpowiedzialności wspólnie z wykonawcą, nie powoduje nawiązania jakichkolwiek więzi obligacyjnych pomiędzy inwestorem a podwykonawcą (inwestor nie staje się stroną umowy o podwykonawstwo), lecz jedynie skutkuje obciążeniem inwestora odpowiedzialnością solidarną za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Odpowiedzialność inwestora ma charakter odpowiedzialności gwarancyjnej ex lege za cudzy dług (tak też SN w orz. z dnia 17.02.2011 r., IV CSK 293/10, Legalis nr 354211). Skoro inwestor odpowiada wobec podwykonawcy nie za własny dług, ale za dług wykonawcy, to granice odpowiedzialności inwestora wyznacza zakres odpowiedzialności wykonawcy jako zobowiązanego kontraktowo do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy za wykonane roboty. Dla wspomnianej odpowiedzialności inwestora nie ma znaczenia, czy określone

z podwykonawcą warunki zapłaty wynagrodzenia są korzystniejsze niż te, które on sam ustalił z wykonawcą. Na tle art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. decyduje wyłącznie umowa podwykonawcza. Przepis ten nie zawiera ograniczenia odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy do wysokości zobowiązania inwestora wobec wykonawcy. Istotą odpowiedzialności gwarancyjnej jest to, że obejmuje ona dług innej osoby a zatem ten dług determinuje zakres odpowiedzialności gwaranta. Nie da się więc skutecznie dowodzić, że wysokość wynagrodzenia ustalonego w umowie z inwestorem stanowi granicę odpowiedzialności inwestora. Nie ulega przy tym wątpliwości, że przepis art. 647⁽¹⁾ ma charakter regulacji bezwzględnie obowiązującej, gdyż zgodnie z § 6 tego przepisu odmienne postanowienia umów, o których mowa w tym artykule, są nieważne. Oznacza to, że wyłączona jest możliwość wprowadzania postanowieniami umowy odmiennych zasad od wyrażonych w art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c., czy to wyłączających odpowiedzialność solidarną inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, czy to ją modyfikujących (ograniczających). Wszelkie takie ograniczenia należy uznać za nieważne. (vide K. Zagrobelny, *Odpowiedzialność inwestora z umowy o roboty budowlane*, Warszawa 2013, s. 245-246, uzasadnienie orz. SN z 11.01.2008 r., V CSK 179/07, OSNC-ZD 2008/4/100, orz. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27.02.2014 r., V ACa 746/13, Portal Orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Katowicach, orz. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13.08.2013 r., I ACa 286/13, Portal Orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Łodzi, orz. Sądu Apelacyjnego w Warszawie

z dnia 19.01.2016 r., VI ACa 1388/15, Portal Orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Warszawie).

W analizowanym przypadku ograniczenie poprzez zapisy § 6 ust. 13 umowy podwykonawczej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy do wysokości należnego wykonawcy od inwestora (do wysokości stawek jednostkowych określonych w Kosztorysie Ofertowym Wykonawcy) nie mogło być zatem uznane za prawnie skuteczne.

W konsekwencji stwierdzić należało, że wypłata przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w ramach odpowiedzialności inwestora przewidzianej w art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. wynagrodzenia podwykonawcy pozwanych – (...) Sp. z o.o. –

w kwocie 228.581,42 zł była w pełni prawidłowa. Pozwani nie podważali 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. Subklauzula 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. 647⁽¹⁾ § 5 k.c.

i Subklauzuli 4.4 (e) Warunków Kontraktu stwierdzić należało, że powód, zaspokajając roszczenia podwykonawcy pozwanych (spółki (...)) o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, wstąpił w prawa zaspokojonego wierzyciela pozwanych. Skoro powód spełnił zobowiązanie za Wykonawcę, pierwotnie zobowiązanego względem spółki (...) zgodnie z postanowieniami umowy podwykonawczej, to był uprawniony do dochodzenia od pozwanych zwrotu zapłaconej należności. Za zwrot powodowi wypłaconej podwykonawcy kwoty 228.581,42 zł obydwaj pozwani – uczestnicy konsorcjum wykonawczego wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego i realizujący przedmiotowy kontrakt – odpowiadają przy tym solidarnie, gdyż stosownie do art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U.

z 2013 r., poz. 907) 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. Warunkiem domagania się przez powoda zwrotu świadczenia spełnionego za pozwanych była w tym przypadku 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. Dlatego dochodząc roszczenia regresowego przeciwko pozwanym powód nie musiał udowodniać 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 przy tym 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.

Z tych wszystkich przyczyn pozwani obowiązani są zapłacić powodowi solidarnie kwotę 228.581,42 zł. 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.). Rację mieli pozwani, że doręczenie pozwanemu B. a (...) Sp. z o.o. noty księgowej nr (...), które nastąpiło w dniu 2 sierpnia 2013 r., nie mogło postawić wierzytelności powoda dochodzonej pozwem w stan wymagalności, bowiem wierzytelność tak wówczas nie istniała, skoro wypłata środków podwykonawcy nastąpiła dopiero w dniu

9 sierpnia 2013 r. Powód skutecznie wezwał pozwanych do zapłaty kwoty dochodzonej pozwem dopiero pismem z dnia 19 lutego 2014 r., w którym wyznaczył Wykonawcy termin

7 dni liczony od doręczenia wezwania do zapłaty żądanej kwoty, a które zostało doręczone B. a (...) Sp. z o.o. (liderowi konsorcjum) w dniu 21 lutego 2014 r. Wyznaczony termin do zapłaty upłynął bezskutecznie w dniu 28 lutego 2014 r., zatem pozwani znaleźli się

w opóźnieniu w zapłacie tejże należności 1 marca 2014 r. Stąd też należało zasądzić od pozwanych odsetki od należności głównej od dnia 1 marca 2014 r., a nie od dat wcześniejszych wskazywanych przez powoda. 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 i II sentencji wyroku na podstawie powołanych przepisów.

Orzekając o kosztach postępowania w pkt. III 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. Powód uległ tylko co do niewielkiej części swego żądania (co do części odsetek od należności głównej) zatem należało włożyć na pozwanych obowiązek zwrotu powodowi wszystkich kosztów postępowania (art. 100 zd. 2 k.p.c.). Koszty te stanowi wynagrodzenie pełnomocnika procesowego powoda 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

rzec Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, stosownie do art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 1150).

Nieuiszczone w niniejszej sprawie koszty sądowe w postaci opłaty od pozwu, od uiszczenia której powód był zwolniony (11.430 zł) oraz należności tłumacza za tłumaczenie dokumentów (1.000,90 zł) i należności świadka z tytułu kosztów podróży (108 zł), wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa wyniosły łącznie 12.538,90 zł. Ze względu na wynik sprawy Sąd w pkt. IV 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).