

Sygn. akt XXV C 1726/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 sierpnia 2016 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 29 lipca 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa **Z. K. i A. K.**

przeciwko **Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi (...)**

o zapłatę

I. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora (...)

(...) na rzecz Z. K. i A. K. jako współników spółki cywilnej (...) kwotę 1.087.169,99 zł (jeden milion osiemdziesiąt siedem tysięcy sto sześćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 13 grudnia 2014 r.

do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. zasądza od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora (...)

(...) na rzecz Z. K. i A. K. jako współników spółki cywilnej (...) kwotę 61.576 zł (sześćdziesiąt jeden tysięcy pięćset siedemdziesiąt sześć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania, w tym kwotę 7.200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt XXV C 1726/15

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r.**

Z. K. i A. K., współnicy spółki cywilnej pod firmą (...) s.c. Z. K., A. K., pozwem z dnia 29 czerwca 2015 r. wnieśli o zasądzenie od Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora (...)

(...) kwoty 1.087.169,99 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 13 grudnia 2014 r. do dnia zapłaty.

W uzasadnieniu pozwu powodowie wskazali, że w oparciu o umowę o roboty budowlane z dnia 11 kwietnia 2013 r. wykonali na rzecz pozwanego, jako podwykonawca D. a.s., roboty budowlane w postaci zbiorników retencyjno-infiltracyjnych

w pasie autostrady (...), na odcinku S.-T. w ramach realizacji zadania „Projekt

i budowa autostrady (...) S. – węzeł T. od km 295+850 (od węzła S. I bez węzła) do km 335+937,65”. Inwestorem tego zadania był Skarb Państwa – Generalny Dyrektor (...)(...)d, który pismem z dnia 5 kwietnia 2014 r. wyraził zgodę na zawarcie przez wykonawcę umowy podwykonawczej z powodami, prowadzącymi działalność gospodarczą w formie

spółki cywilnej (...) s.c. (...), A. K.. W umowie ustalono wynagrodzenie podwykonawcy w kwocie 3.000.000 zł netto. Za wykonane roboty powodowie wystawili na rzecz D. a.s. faktury VAT, które nie zostały zapłacone przez wykonawcę. Łączna suma zadłużenia D. a.s. wobec powodów wyniosła 2.444.867,16 zł. Wobec tego pozwany jako inwestor został wezwany przez powodów do zapłaty należnego im wynagrodzenia za roboty budowlane. Pozwany zapłacił na rzecz powodów kwoty 841.524,48 zł, 408.024,65 zł i 108.148,04 zł (łącznie 1.357.697,17 zł). Niezapłacona pozostała część wynagrodzenia w kwocie 1.087.169,99 zł, która jest dochodzona niniejszym pozwem. Jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia powodowie wskazali art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c.

W odpowiedzi na pozew Skarb Państwa – Generalny Dyrektor (...) (...) wniósł o oddalenie powództwa w całości.

W uzasadnieniu pozwany zakwestionował roszczenie powodów co do zasady i co do wysokości wskazując, że przekazana pozwanemu do akceptacji umowa podwykonawcza dotycząca powodów nie zawierała wszystkich istotnych postanowień, przede wszystkim co do wysokości wynagrodzenia, gdyż w zakresie wysokości wynagrodzenia projekt umowy podwykonawczej ustalał zasadę obmiarowości i odsyłał do Załącznika nr 1 pozbawionego jednak danych umożliwiających ustalenie wynagrodzenia. Wartość ta była możliwa do ustalenia jedynie poprzez odesłanie z § 7 ust. 18 umowy podwykonawczej, który zawierał postanowienie o odpowiedzialności solidarnej zamawiającego w razie braku zapłaty ze strony wykonawcy z zastrzeżeniem, że kwota podlegająca zapłacie nie będzie wyższa, niż wynikająca z zatwierdzonego przez inżyniera obmiaru robót wykonanych przez podwykonawcę przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy złożonym zamawiającemu. W związku z tym inwestor w piśmie z dnia 5 kwietnia 2013 r., doręczonym zarówno wykonawcy, jak i podwykonawcy, wyraził zgodę na osobę podwykonawcy, lecz zarazem wyraźnie zastrzegł konieczność uzupełnienia przekazanego projektu umowy podwykonawczej o ceny jednostkowe i cenę ryczałtową oraz wskazał, że skutek w postaci solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy nastąpi jedynie w przypadku przedłożenia pełnej podpisanej umowy, której treść będzie zgodna z zaakceptowanym projektem oraz z powyższymi uwagami. Z uwagi na okoliczność nieprzedłożenia inwestorowi przez wykonawcę umowy określającej jej przedmiotowo istotny element w postaci wysokości należnego wynagrodzenia oraz nieprzedsięwzięcia w tym zakresie żadnych środków przez podwykonawcę, nie jest możliwe uznanie, aby zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c., w sposób wyraźny lub dorozumiany,

na umowę o treści załączonej do pozwu. Dlatego pozwany nie posiada legitymacji biernej w niniejszej sprawie. Niezależnie od tego strona powodowa miała świadomość, że inwestor wyraźnie zastrzegł w piśmie z dnia 5 kwietnia 2013 r., iż brak uzupełnienia danych

w projekcie umowy regulujących wysokość wynagrodzenia ryczałtowego i określenia cen jednostkowych nie będzie skutkowało powstaniem odpowiedzialności inwestora. Tym samym aktualna pozostawać mogła jedynie odpowiedzialność w oparciu o stawki przedstawione przez wykonawcę, co zostało zastrzeżone zarówno w § 7 ust. 18 umowy podwykonawczej, jak i subklauzuli 4.4 Warunków Kontraktu. Dlatego nawet przy założeniu wyrażenia zgody na samo zaangażowanie powodów jako podwykonawców odpowiedzialność gwarancyjna Skarbu Państwa ograniczona jest tylko do wynagrodzenia należnego za prace wykonane zgodnie z wymaganiami umowy głównej, w granicach stawek wynikających z kontraktu głównego. Dochodzenie przez podwykonawcę od inwestora wynagrodzenia w wysokości wyższej od wysokości wynagrodzenia za te roboty należnego wykonawcy od inwestora prowadzi do naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym.

W świetle postanowień kontraktu głównego wynagrodzenie za wykonanie tych samych robót przez wykonawcę opiewało na kwotę 1.103.818,84 zł, zaś w umowie podwykonawczej wynagrodzenie za te roboty określono na kwotę 3.000.000 zł. Ponadto pozwany zarzucił,

że wystąpienie przez powodów do inwestora z żądaniem objętym pozwem należy traktować w kategoriach nadużycia prawa podmiotowego. Za sprzeczne z zasadami lojalności kontraktowej i dobrymi obyczajami kupieckimi należy traktować domaganie się zapłaty wynagrodzenia, którego wysokość nie została stronie odpowiedzialnej w oparciu o wyjątkowe unormowanie ujawniona, pomimo zgłoszonego żądania.

W piśmie procesowym z dnia 31 grudnia 2015 r. powodowie podnieśli, że pozwany inwestor odpowiada wobec powodów za dług wykonawcy, zatem granice tej odpowiedzialności wyznacza wysokość zobowiązania wykonawcy względem powodów wynikająca z umowy podwykonawczej. Bez znaczenia dla zakresu odpowiedzialności pozwanego pozostaje treść stosunku zobowiązaniowego łączącego pozwanego z wykonawcą, w tym zwłaszcza postanowienia dotyczące wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy od pozwanego z tytułu realizacji umowy. Wszelkie postanowienia umowne modyfikujące kwestię solidarnej odpowiedzialności pozwanego jako inwestora wobec powodów jako podwykonawców, w tym § 17 ust. 18 umowy podwykonawczej, są bezwzględnie nieważne. Powodowie zaprzeczyli, jakoby przed zawarciem umowy podwykonawczej czy też kiedykolwiek później mieli możliwość zapoznania się z treścią umowy głównej lub załączników do tej umowy określających wartość wynagrodzenia i zasady jego ustalania. Wskazali, że pozwany na etapie poprzedzającym wyrażenie zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy podwykonawczej z powodami zapoznał się z dokumentacją zawierającą postanowienia istotne z punktu widzenia solidarnej odpowiedzialności pozwanego wobec powodów, określającą wysokość wynagrodzenia przysługującego powodom i zasady jego ustalania. Pozwanemu udostępniono bowiem projekt umowy podwykonawczej wraz z załącznikami, w tym załącznik nr 1, który zawierał szczegółowy wykaz i zakres robót będących przedmiotem umowy podwykonawczej i załącznik nr 9 (Tabele rozliczeniową),

w którym określone były ceny jednostkowe. Przewidziane w umowie wynagrodzenie miało przy tym charakter ryczałtowy, a więc było stałe i niezmienne. W piśmie z dnia 5 kwietnia 2013 r. pozwany wyraził zgodę na zawarcie przez wykonawcę umowy podwykonawczej

z powodami w sposób czynny, zatem niecelowe był podejmowanie przez powodów jakichkolwiek dalszych starań w celu pozyskania kolejnej, czy też inaczej sformułowanej zgody pozwanego. Z dołączonego do odpowiedzi na pozew Wykazu płatności wynika,

że wartość wszystkich prac związanych z budową kanalizacji, na którą składała się również budowa zbiorników retencyjno-infiltracyjnych, wynosiła 14.279.486 zł. Chybiony jest zatem zarzut pozwanego jakoby regulacje określające wysokość wynagrodzenia powodów zmierzały do obejścia przepisów Prawa zamówień publicznych. Powodowie podnieśli również, że bezzasadne są zarzuty pozwanego co do nadużycia przez powodów prawa podmiotowego. To pozwany odmawiając powodom zapłaty należnego im wynagrodzenia rażąco narusza dobre obyczaje kupieckie. Mając zaś na uwadze, że odpowiedzialność pozwanego wobec powodów ma charakter ustawowy bezprzedmiotowy jest zarzut pozwanego jakoby działania powodów stały w sprzeczności z zasadami lojalności kontraktowej.

W piśmie procesowym z dnia 3 lutego 2016 r. pozwany podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Podniósł, że w piśmie z dnia 5 kwietnia 2013 r. inwestor wyraził zgodę na osobę podwykonawcy, lecz zarazem wyraźnie zastrzegł konieczność uzupełnienia przekazanego projektu umowy podwykonawczej o ceny jednostkowe oraz cenę ryczałtową oraz że skutek w postaci solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy nastąpi jedynie w przypadku przedłożenia pełnej podpisanej umowy, której treść będzie zgodna z zaakceptowanym projektem wraz z zawartymi uwagami. Podtrzymał argumentację co do górnej granicy odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy wynikającej z § 7 ust. 18 umowy podwykonawczej i Subklauzuli 4.4 Warunków Kontraktu. Ponadto pozwany podniósł, że strona powodowa nie wykazała, aby przedmiot umowy wykonała w sposób kompleksowy i należyty. Z Rozliczenia Końcowego wynika, że zbiorniki infiltracyjne nie zostały wykonane w 100% (pozycja od 42.1.23 do 42.1.37). Wykonawca zgodnie z Zasadniczym Przedmiarem Robót Stałych zobowiązany był do wykonania 147 pozycji, które wchodziły w skład kanalizacji deszczowej oraz niezbędnych urządzeń, a zatem nieuzasadniony jest wniosek strony powodowej, z którego ma wynikać,

iż podana tam cena dotyczyła tylko budowy zbiorników retencyjno-infiltracyjnych. Wynagrodzenie za budowę zbiorników wynosiło zgodnie z Zasadniczym Przedmiarem Robót Stałych (pozycja od 42.1.23 do 42.1.37) łącznie 1.103.818,84 zł netto. Pozwany zakwestionował również legitymację czynną powódki A. K. wskazując, że brak jest dowodu wykazującego, iż powódka udzieliła pełnomocnictwa Z. K. do zaciągania w jej imieniu zobowiązań z tytułu umowy podwykonawczej.

Ponadto na terminie rozprawy z dnia 29 lipca 2016 r. pełnomocnik pozwanego zarzucił, że odstąpienie od umowy podwykonawczej powoduje, że powództwo jest bezzasadne, gdyż inwestor nie ponosi odpowiedzialności gwarancyjnej.

W odpowiedzi na te zarzut pełnomocnik powodów wskazał, że złożone do akt pismo nie stanowi odstąpienia od umowy podwykonawczej, lecz rozwiązanie tej umowy ze skutkiem natychmiastowym z uwagi na rozwiązanie kontraktu głównego.

### **Sąd ustalił następujący stan faktyczny:**

W dniu 22 grudnia 2010 r. Skarb Państwa – Generalny Dyrektor (...) (...), jako zamawiający, i konsorcjum firm (...) S.A. z siedzibą w W. (lider), (...) S.A. z siedzibą w L., (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., D. a.s. z siedzibą w B., Zakład (...) M. i G. M. s.j. z siedzibą w Z., jako wykonawca, w wyniku przeprowadzonej procedury udzielenia zamówienia w trybie przetargu ograniczonego zawarli umowę, na mocy której zamawiający powierzył a wykonawca zobowiązał się do zaprojektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie autostrady A-1 S. – węzeł (...) na odcinku od km 295+850 (od węzła (...) bez węzła) do km 335+937,65, zwaną dalej „kontraktem głównym” lub „kontraktem”. Integralną część umowy głównej stanowiły m.in. Warunki Szczególne Kontraktu (część II), Warunki Ogólne Kontraktu (część I), Program F. Użytkowy wraz z załącznikami, Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami. ( umowa nr (...) z dnia 22.12.2010 r. – k. 130V-131V).

W subklauzuli 4.4 lit. e Szczególnych Warunków Kontraktu zastrzeżono, że: „Wykonawca nie później niż 28 dni przed planowanym skierowaniem Podwykonawcy do wykonania (...), przedłoży Zamawiającemu za pośrednictwem Inżyniera projekt umowy

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

W przypadku powierzenia przez Wykonawcę realizacji (...) 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. 647<sup>1</sup> § 5 Kodeksu cywilnego i udokumentuje zasadność takiego żądania dokumentami potwierdzającymi wykonanie i odbiór fakturowanych robót, Zamawiający zobowiązany jest zapłacić na rzecz Podwykonawcy kwotę będącą przedmiotem jego żądania. Zapłata Podwykonawcy żądanej kwoty zostanie dokonana w walucie, w jakiej rozliczana jest umowa między Wykonawcą a Zamawiającym.

Zamawiający po zapłaceniu należności bezpośrednio dla Podwykonawcy według zasady solidarnej odpowiedzialności wynikającej z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., ma prawo potrącić kwotę równą tej należności z wierzytelności Wykonawcy względem Zamawiającego, zgodnie zapisami subklauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego].

W przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie (Konsorcjum) umowy z Podwykonawcami zawierane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum.”

Ponadto na mocy Szczególnych Warunkach Kontraktu na końcu subklauzuli 4.4 Warunków Kontraktu dodano następujące zapisy:

„Umowa z Podwykonawcą powinna zawierać następujące postanowienia:

a) W przypadku zwiększenia wartości umowy powyżej 10% Wykonawca zobowiązany jest poinformować o tym Zamawiającego na piśmie.

b) W przypadku nie zapłacenia przez Wykonawcę wynagrodzenia zatwierdzonemu Podwykonawcy za wykonane przez Podwykonawcę roboty, Zamawiający zapłaci Podwykonawcy żadaną kwotę wynagrodzenia, jednakże nie wyższą niż kwota wynikająca z zatwierzonego przez Inżyniera obmiaru robót wykonanych przez Podwykonawcę, przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy stanowiącym część oferty.

Umowa z Podwykonawcą nie może zawierać postanowień:

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 zobowiązany jest przedłożyć 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.

Dopuszcza się możliwość zmiany biorących udział w realizacji części zamówienia podmiotów trzecich, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, za pomocą których Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku zaproponowany nowy podwykonawca, zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy podwykonawca. Zmiana taka nie wymaga zawarcia aneksu do Kontraktu.” (Warunki Szczególne Kontraktu część II – k. 133-146, Warunki Kontraktu na urządzenia

i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę – Warunki Ogólne – tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 – k. 476-520).

Kontrakt na budowę przedmiotowego odcinka autostrady obejmował m.in. budowę zbiorników retencyjno-infiltracyjnych, w tym zbiorników od (...) do (...) wymienionych

w pozycjach od 42.1.23 do 42.1.37 Zasadniczego Przedmiaru Robót Stałych. ( pismo wykonawcy z 10.01.2013 r. wraz z Zasadniczym Przedmiarem Robót Stałych – k. 206-217).

Wnioski wykonawcy o zatwierdzenie podwykonawców wraz z dołączonymi do nich dokumentami w pierwszej kolejności weryfikowane były przez Inżyniera Kontraktu, który po dokonanej analizie przedstawiał zamawiającemu rekomendację co do wyrażenia zgody na powierzenie prac na kontrakcie podwykonawcy. Po otrzymaniu stanowiska Inżyniera Kontraktu zamawiający (Kierownik Projektu) podejmował decyzję co do zatwierdzenia lub odmowy zatwierdzenia podwykonawcy. (zeznania świadków: A. M. na rozprawie z dnia 14 marca 2016 r. – k. 544-546, Z. M. na rozprawie

z dnia 14 marca 2016 r. – k. 546-547, F. R. na rozprawie z dnia 29 lipca 2016 r. – k. 654-656, A. N. na rozprawie z dnia 29 lipca 2016 r. – k. 656-658).

Wykonawca wystąpił po raz pierwszy do Inżyniera Kontraktu z wnioskiem

o zatwierdzenie podwykonawcy (...) s.c., nie dołączając do wniosku załączników do umowy podwykonawczej, w których określona była wartość umowy. Generalna Dyrekcja (...) i Autostrad pismem z dnia 8 marca 2013 r. poinformowała Inżyniera Kontraktu, wykonawcę i podwykonawcę (...) s.c., że nie wyraża zgody na powierzenie prac w zakresie wykonania zbiorników retencyjno-infiltracyjnych i szczelnych ze względu na braki dokumentów wymienione w piśmie Inżyniera z dnia 5 marca 2013 r. oraz że ponowne rozpatrzenie wniosku i ewentualna akceptacja podwykonawcy będzie mogła nastąpić po naniesieniu korekt i uzupełnieniu braków. (pismo (...) z 8.03.2013 r. – k. 221, zeznania świadka F. R. na rozprawie z dnia 29 lipca 2016 r. – k. 654-656).

Po złożeniu przez wykonawcę kolejnego wniosku z dnia 25 marca 2013 r. o akceptację podwykonawcy (...) s.c. wraz z projektem umowy podwykonawczej i załącznikami do tej umowy, Inżynier Kontraktu, po przeanalizowaniu zapisów projektu umowy, w piśmie z dnia 2 kwietnia 2013 r. przedstawił zamawiającemu opinię, w której poinformował m.in. o tym, że wykonawca wystąpił do Inżyniera o zgodę na proponowanego podwykonawcę zgodnie z subklauzulą 4.4 Warunków Kontraktu, że wykonawca dostarczył wraz z projektem umowy załącznik nr 1 (Zestawienie robót), załącznik nr 3 (Protokół z negocjacji) oraz załącznik nr 9 (Tabela rozliczeniowa), że wysokość wynagrodzenia podwykonawcy za zlecany przedmiot umowy została określona w § 7 umowy i załączniku nr 9 (Tabela rozliczeniowa) oraz że wymieniona wartość mieści się w ramach kwot wynikających z odpowiednich pozycji Wykazu Płatności (poz. 42 Budowa kanalizacji deszczowej), jednak brak Zasadniczego Przedmiaru Robót Stałych (...) nie pozwala odnieść się szczegółowo do przedstawionych cen, które obejmują fragment ww. poz. Wykazu Płatności, że § 7 umowy powołuje się na cenę ryczałtową i rozliczenie na podstawie cen jednostkowych z załącznika nr 1, lecz załącznik ten jest tylko przedmiotem, w którym nie podano ani cen jednostkowych, ani ceny ryczałtowej. Inżynier Kontraktu wskazał, że po wprowadzeniu w/w uzupełnień nie będzie widział przeszkód w pozytywnym zaopiniowaniu propozycji umowy, jak również samego podwykonawcy (...) s.c. (pismo Inżyniera Kontraktu z 2.04.2013 r. – k. 224-224v., projekt umowy podwykonawczej wraz z załącznikiem nr 1 do umowy – k. 225-238, zeznania świadka F. R. na rozprawie z dnia 29 lipca 2016 r. – k. 654-656).

Generalna Dyrekcja (...) i Autostrad (Kierownik Projektu) pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. skierowanym do Inżyniera Kontraktu i do wiadomości Inżyniera Rezydenta, Dyrektora Kontraktu i (...) s.c. poinformowała, że na podstawie subklauzuli 4.4 (akapit drugi pkt b) i subklauzuli 3.1 Warunków Kontraktu uzgadnia powierzenie prac w zakresie wykonania zbiorników retencyjno-infiltracyjnych i szczelnych zgodnie z § 2 pkt 1 projektu umowy podwykonawczej firmie (...) s.c. z siedzibą

w G. jako podwykonawcy. W piśmie oświadczone również, że na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. i subklauzuli 4.4 Warunków Kontraktu zamawiający wyraża zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą zgodnej z przedłożonym projektem umowy. Równocześnie stwierdzono, że uzupełnienia wymagają tematy poruszone w pkt. 7 pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 2 kwietnia 2013 r., tj. uzupełnienie o ceny jednostkowe oraz cenę ryczałtową załącznika nr 1 oraz że art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. traktujący o solidarnej odpowiedzialności zamawiającego będzie miał zastosowanie wyłącznie w przypadku przedstawienia pełnej podpisanej umowy, której treść będzie zgodna z zaakceptowanym projektem wraz z zawartymi wyżej uwagami. (pismo (...) z 5.04.2013 r. – k. 239, częściowe zeznania świadka A. M. na rozprawie z dnia 14 marca 2016 r. – k. 544-546).

Pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. Inżynier Rezydent poinformował Dyrektora Kontraktu (przedstawiciela wykonawcy), że wyraża zgodę na podwykonawcę firmę (...) s.c., któremu wykonawca zamierza powierzyć prace związane z budową zbiorników retencyjno-infiltracyjnych i szczelnych (pismo Inżyniera Rezydenta z 5.04.2013 r. – k. 30).

W dniu 11 kwietnia 2013 r. D. a.s. z siedzibą w B. działająca przez (...) S.A. Oddział w Polsce zawarła ze Z. K. i A. K. prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej (...) s.c. (...), A. K. umowę o roboty budowlane nr (...) (zwaną dalej „umową podwykonawczą”), na mocy której wykonawca zlecił a podwykonawca zobowiązał się wykonać, w ramach zadania pn. Projekt i budowa autostrady (...) S. – węzeł (...) na odcinku od km 295+850 (od węzła (...) bez węzła) do km 335+937,65, roboty budowlane w postaci budowy zbiorników retencyjnych-infiltracyjnych

i szczylnych Autostrady (...) S.-T. od 2Z4 do (...) (§ 2 ust. 1 umowy). Strony uzgodniły, że za wykonanie robót podwykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z Załącznikiem nr 1 do umowy, zaś wysokość wynagrodzenia podwykonawcy za wykonanie wszystkich prac składających się na przedmiot umowy wynosi 3.000.000 zł netto. Podatek VAT miał zostać doliczony w chwili wystawienia faktury (§ 7 ust. 1 i 2 umowy).

W umowie postanowiono również, że wartość końcowa określona w załączniku nr 1 ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 § 1 k.c. i jest stała, niezmienna oraz obejmuje wszystkie elementy niezbędne do kompleksowego i prawidłowego wykonania poszczególnych zakresów robót w celu realizacji przedmiotu umowy (§ 7 ust. 3)

oraz że rozliczenie wynagrodzenia za roboty nastąpi na podstawie faktur częściowych wystawianych przez podwykonawcę po zakończeniu i odbiorze przez uprawnionego przedstawiciela wykonawcy wszelkich robót, których prawidłowość zostanie potwierdzona podpisaniem przez Kierownika Budowy lub upoważnionego przedstawiciela wykonawcy Tabeli Rozliczeniowej, w jednomiesięcznych okresach rozliczeniowych (§ 7 ust. 4 i 5 umowy). Zgodnie z treścią umowy, ostateczne rozliczenie między stronami dokonane miało być po odbiorze końcowym przedmiotu umowy, na podstawie faktury końcowej. Podstawą

do wystawienia faktury końcowej było podpisane bez zastrzeżeń przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy bezusterkowego protokołu końcowego odbioru robót.

Do faktury końcowej miało zostać dołożone, podpisane przez strony, Rozliczenie Ostateczne. Odbiory miały być przeprowadzane zgodnie z zasadami określonymi w dokumentacji projektowej. Dla uniknięcia wątpliwości za datę spełnienia świadczenia uważana miała być data podpisania przez strony bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót.

Do podpisania protokołu końcowego wynagrodzenie podwykonawcy wypłacane miało być w częściach proporcjonalnych do rzeczywistych ilości robót wykonanych przez podwykonawcę i zatwierdzonych przez wykonawcę w oparciu o faktury częściowe (§ 7 ust. 6 umowy). Wykonawca zobowiązał się do zapłaty faktury w terminie 60 dni, liczonym od dnia przyjęcia prawidłowo wystawionej faktury z kompletem załączników przez wykonawcę.

Za datę przyjęcia faktury przez Wykonawcę uznano dzień wypłynięcia faktury na adres siedziby (...) S.A. Oddział w Polsce (§ 7 ust. 10 umowy). W umowie podwykonawczej zapisano również, że w przypadku niezapłacenia przez wykonawcę wynagrodzenia podwykonawcy za wykonane przez podwykonawcę roboty, zamawiający zapłaci podwykonawcy żadaną kwotę wynagrodzenia, jednakże nie wyższą, niż kwota wynikająca

z zatwierdzonego przez Inżyniera obmiaru robót wykonanych przez podwykonawcę, przy cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy, stanowiącym część oferty wykonawcy złożonej zamawiającemu (§ 7 ust. 18 umowy). Szczegółowy przedmiot umowy określony został w Załączniku nr 1 do umowy – Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych, w których określono ilości robót związanych z budową poszczególnych zbiorników według projektu. Natomiast ceny jednostkowe elementów rozliczeniowych określone zostały w Załączniku nr 9 do umowy – Tabela rozliczeniowa. W umowie podwykonawczej przewidziano również, że wykonawcy przysługuje prawo rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym lub odstąpienia w każdym czasie od umowy w całości lub w części (według swego uznania), w szczególności jeżeli m.in. zaistnieje istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie kontraktu nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia kontraktu i zamawiający skorzysta z możliwości odstąpienia od kontraktu lub nastąpi ograniczenie zakresu lub jakakolwiek inna zmiana kontraktu, która wpływałaby na zakres przedmiotu umowy lub jakiegokolwiek inne warunki

z niej wynikające. W takim wypadku podwykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonanej części umowy (§ 13 ust. 1 lit. a). W przypadku rozwiązania umowy lub odstąpienia przez wykonawcę od umowy z przyczyn wymienionych w § 13 ust. 1 lit. a umowy podwykonawcy należy się wynagrodzenie za roboty, które zostały wykonane do dnia rozwiązania lub odstąpienia, chyba że wykonawca zgłasza zastrzeżenia co do jakości wykonanych robót. (§ 14 ust. 1 lit. g w zw. z lit. f ppkt. i umowy). Osobami podpisującymi umowę byli D. a.s. z siedzibą w B. działająca przez (...) S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w K. oraz Z. K., który w oparciu

o pełnomocnictwo udzielone przez A. K. w dniu 20 listopada 2012 r. działał również w jej imieniu i na jej rzecz jako wspólnika spółki cywilnej działającej pod firmą (...). (umowa nr (...) z 11.04.2013 r. – k. 16-28, pełnomocnictwo z 20.11.2012 r. udzielone przez A. K. Z. K. – k. 29, Załącznik nr 1 do umowy – Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych – k. 565-567, Załącznik nr 9 do umowy – Tabela rozliczeniowa – k. 582-588).

(...) spółki cywilnej(...)L są A. K. i Z. K., a ich udziały w spółce wynoszą po 50%. (umowa spółki cywilnej (...))

z 14.03.2008 r. – k. 100-102, umowa z 14.11.2012 r w przedmiocie zmiany umowy spółki cywilnej wraz z oświadczeniem o wstąpieniu do spółki cywilnej oraz z oświadczeniem o wystąpieniu ze spółki cywilnej – k. 103-106, informacje z CEiIDG – k. 595-596).

Spółka cywilna (...) realizowała na przedmiotowej inwestycji roboty budowlane polegające na wykonaniu zbiorników retencyjno-infiltracyjnych określonych w umowie podwykonawczej. Po wykonaniu określonego zakresu robót wykonawca występował do Inżyniera Rezydenta o zatwierdzenie tych robót. Po uzyskaniu takiego zatwierdzenia roboty były odbierane przez wykonawcę od podwykonawcy i następowało zatwierdzenie finansowe tych robót poprzez podpisanie przez wykonawcę i podwykonawcę Tabeli rozliczeniowej za poszczególne okresy rozliczeniowe. W oparciu o te dokumenty podwykonawca wystawiał fakturę VAT. Wykonawca nie zgłaszał żadnych uwag zarówno co do jakości wykonanych przez spółkę (...) robót budowlanych, jak również co do ilości wykonanych robót. Podwykonawca nie wykonał całości robót objętych umową podwykonawczą ze względu na rozwiązanie kontraktu głównego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w styczniu 2014 r. Pismem z dnia 18 lutego 2014 r. wykonawca w związku z odstąpieniem przez konsorcjum od kontraktu głównego wypowiedział ze skutkiem natychmiastowym przedmiotową umowę podwykonawczą, wezwał podwykonawcę do zabezpieczenia wykonanych robót w niezbędnym zakresie i opuszczenia terenu budowy oraz wskazał, że czynności w zakresie odbioru i ustalenia wynagrodzenia za należycie wykonane i dotychczas nieodebrane roboty dokonane będą z zachowaniem zasad dotychczasowych. (pismo wykonawcy do (...) s.c. z 18.02.2014 r. – k. 651-653, zeznania świadka F. R. na rozprawie z dnia 29 lipca 2016 r. – k. 654-656, zeznania powoda Z. K. na rozprawie z dnia 29 lipca 2016 r. – k. 659-660).

Za wykonane roboty budowlane w zakresie budowy zbiorników retencyjno-infiltracyjnych (...) s.c. Z. K., A. K. wystawiła spółce (...) S.A Oddział w Polsce na podstawie Tabel rozliczeniowych podpisanych przez przedstawicieli wykonawcy następujące faktury VAT:

- 1) nr 05/13 z 28 czerwca 2013 r. na kwotę 317.050,74 zł brutto (za roboty wykonane w maju 2013 r.), z terminem płatności do 16 września 2013 r. ( k. 31 i nota korygująca nr (...)– k. 35),
- 2) nr 07/13 z 17 lipca 2013 r. na kwotę 617.976,46 zł brutto (za roboty wykonane w czerwcu 2013 r.), z terminem płatności do 27 września 2013 r. ( k. 36 i nota korygująca nr (...) – k. 40),
- 3) nr 11/13 z 27 sierpnia 2013 r., na kwotę 217.711,99 zł brutto (za roboty wykonane w lipcu 2013 r.), z terminem płatności do 26 października 2013 r. (k. 42),
- 4) nr 15/13 z 17 września 2013 r. na kwotę 637.643,28 zł brutto (za roboty wykonane w sierpniu 2013 r.), z terminem płatności do 16 listopada 2013 r. (k. 47),
- 5) nr 24/13 z 21 października 2013 r. na kwotę 358.055,99 zł brutto (za roboty wykonane we wrześniu 2013 r.), z terminem płatności do 30 grudnia 2013 r. ( k. 53 i nota korygująca nr (...) – k. 57),
- 6) nr 31/13 z 25 listopada 2013 r. na kwotę 183.109,62 zł brutto (za roboty wykonane w październiku 2013 r.), z terminem płatności do 25 stycznia 2014 r. (k. 58),
- 7) nr 10/14 z 27 marca 2014 r. na kwotę 113.319,08 zł brutto (za roboty wykonane w styczniu 2014 r.), z terminem płatności do 26 maja 2014 r. (k. 62).

(w/w faktury VAT wraz z notami korygującymi – k. 31, 35-36, 40, 42, 47-48, 53, 57-58, 62 Tabele rozliczeniowe – k. 32-34v, 37-39, 43-45, 49-51, 54-56, 59-61, 63-65v.).

Spółka (...) pismami kierowanymi do (...) S.A. Oddział w Polsce wzywała wykonawcę do zapłaty należności wynikających z wyżej wymienionych faktur. (pisma powoda z 3.10.2013 r. – k. 41, z 31.10.2013 r. – k. 46, z 20.11.2013 r. – k. 52,



z 09.01.2015 r. – k. 66).

Wykonawca nie zapłacił na rzecz powodów żadnych należności wynikających z powyższych faktur. (okoliczność ustalona na podstawie art. 230 k.p.c. – podana przez powodów w pozwie i niekwestionowana przez pozwanego, potwierdzona zeznaniami świadka F. R. na rozprawie z dnia 29 lipca 2016 r. – k. 656).

W związku z powyższym powodowie wystąpili do Generalnej Dyrekcji (...) i Autostrad z wnioskami o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora. (zeznania świadków: A. M. na rozprawie z dnia 14 marca 2016 r. – k. 544-546, S. P. na rozprawie z dnia 14 marca 2016 r. – k. 548, A. N. na rozprawie z dnia 29 lipca 2016 r. – k. 656-658).

Generalna Dyrekcja (...) i Autostrad w dniu 28 listopada 2013 r. zapłaciła (...) s.c. kwotę 841.524,48 zł na poczet należności wynikających z faktur nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. i nr 07/13 z 17 lipca 2013 r. (potwierdzenie przelewu z 28.11.2013 r. – k. 74, pismo z dnia 31.10.2014 r. – potwierdzenie salda – k. 76, pismo (...) z 24.04.2015 r. wraz z załączonym wyjaśnieniem – k. 82-84).

Pismem z dnia 29 listopada 2013 r. (...) s.c. wystąpiła do (...) Oddział w Ł. z wnioskiem o uznanie roszczeń wynikających z faktury VAT nr (...) na kwotę 637.643,28 zł (pismo powoda z dnia 29.11.2013 r. wraz z oświadczeniami – k. 68-70).

(...) w dniu 7 lutego 2014 r. zapłaciła (...) s.c. kwotę 408.024,65 zł na poczet należności wynikających z faktur o nr (...). (potwierdzenie przelewu z 7.02.2014 r. – k. 75, pismo z dnia 31.10.2014 r. – potwierdzenie salda – k. 76, pismo (...) z 24.04.2015 r. wraz z załączonym wyjaśnieniem – k. 82-84).

Pismem z dnia 2 grudnia 2014 r. pełnomocnik powodów wezwał Skarb Państwa – Generalną Dyrekcję (...) i Autostrad Oddział w Ł. do zapłaty kwoty 1.195.318,03 zł wynikającej z nieopłaconych przez wykonawcę faktur VAT nr 15/13 z 17 września 2013 r. (co do kwoty 540.833,34 zł), nr 24/13 z 21 października 2013 r., nr 31/13 z 25 listopada 2013 r. i nr 10/14 z 27 marca 2014 r. – w terminie do dnia 12 grudnia 2014 r. Wezwanie to zostało doręczone (...) 4 grudnia 2014 r. (pismo powodów z 02.12.2014 r. – k. 77-77v., potwierdzenie odbioru pisma – k. 78-78v.).

(...) w dniu 16 kwietnia 2015 r. zapłaciła (...) s.c. kwotę 108.148,04 zł. (potwierdzenie przelewu z 16.04.2015 r. – k. 86, potwierdzenie realizacji wniosku o wypłatę ze środków (...) – k. 85).

W piśmie z dnia 24 kwietnia 2015 r. (...) poinformowała spółkę (...), że dokonała realizacji wniosku na łączną kwotę 108.148,04 zł brutto. W załączniku do tego pisma wyjaśniono, że zgodnie z zapisami § 7 ust 18 umowy podwykonawczej z dnia 11 kwietnia 2013 r. zamawiający odpowiada solidarnie do kwoty 1.357.697,17 zł brutto wynikającej z kosztorysu ofertowego wykonawcy dotyczącego zakresu robót zleconych firmie (...) s.c. Biorąc pod uwagę dotychczas wypłaconą kwotę w wysokości 1.249.549,13 zł brutto oraz górną granicę odpowiedzialności z tytułu solidarnej odpowiedzialności zamawiającego uznano za bezsporną do wypłaty kwotę 108.148,04 zł brutto, w tym 93.502,72 zł brutto dopłata za faktury nr (...) 645,32 dopłata za faktury nr (...). Niezapłacona pozostała faktura nr (...) w pozostałej części co do kwoty 432.685,30 zł i w całości faktury nr (...). (pismo (...) z 24.04.2015 r. wraz z załączonym wyjaśnieniem – k. 82-84).

(...) s.c. o wypłatę należności z faktur przez Skarb Państwa w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora podlegały weryfikacji przez zamawiającego w odniesieniu do zapisu subklauzuli 4.4 Warunków Kontraktu, który ograniczał wysokość wypłat do stawek wykonawcy za tego rodzaju roboty z kontraktu głównego. Zamawiający przyjmował, że jeżeli ceny jednostkowe podwykonawcy były wyższe niż

ceny jednostkowe wykonawcy z kontraktu głównego, to rozliczenie robót podwykonawcy następowało po cenach jednostkowych wykonawcy. (zeznania świadków: A. M. na rozprawie z dnia 14 marca 2016 r. – k. 544-546 i S. P. na rozprawie z dnia 14 marca 2016 r. – k. 548).

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.

Nie budziły wątpliwości zeznania świadków F. R., A. N. i zeznania powoda Z. K., w których wskazali oni, że spółka (...) wykonywała na przedmiotowej inwestycji roboty budowlane w zakresie budowy zbiorników retencyjno-infiltracyjnych, że roboty te zostały odebrane przez wykonawcę i że wykonawca nie zgłaszał zastrzeżeń co do jakości i ilości robót podwykonawcy. Zeznania tych osób korespondowały z fakturami i Tabelami rozliczeniowymi podpisanymi przez wykonawcę i podwykonawcę, w oparciu o które były wystawiane faktury, zatem zasługiwały na wiarę.

Sąd uznał również za wiarygodne zeznania świadków F. R., A. M. i Z. M., w których świadkowie ci zeznali, że powodowie zostali zatwierdzeni przez zamawiającego jako podwykonawca na przedmiotowym kontrakcie i opisali procedurę zatwierdzenia podwykonawców, ponieważ w tym zakresie zeznaniach wskazanych świadków pozostawały w zgodzie wzajemnie ze sobą i z dowodami z dokumentów.

Sąd nie dał jednak wiary zeznaniom A. M. w tej części, w której świadek wskazywał, że wśród dokumentów przedstawionych zamawiającemu w celu zatwierdzenia podwykonawcy (...) s.c. brakowało Tabeli rozliczeniowej zawierającej ceny jednostkowe składające się na wartość przedmiotu umowy. Świadek F. R. wskazał, że po odrzuceniu przy zamawiającego wniosków o zatwierdzenie podwykonawców, do których nie dołączono umowy podwykonawczej wraz z załącznikami do umowy, wykonawca usuwał braki takich wniosków, składając kompletną dokumentację, co dotyczyło również spółki (...). Z treści pisma Inżyniera Kontraktu do zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2013 r. (k. 224) wskazano jednoznacznie, że „Wykonawca dostarczył wraz z projektem umowy załącznik nr 1 (Zestawienie robót), nr 3 (Protokół z negocjacji) wymienione w § 1 projektu umowy oraz załącznik nr 9 (tabela rozliczeniowa” (pkt. 4 pisma) oraz że „Wysokość wynagrodzenia Podwykonawcy za zlecany Przedmiot Umowy została określona w § 7 umowy i załączniku nr 9 (Tabela Rozliczeniowa). Wymieniona wartość mieści się w ramach kwot wynikających z odpowiednich pozycji Wykazu Płatności ...” (pkt. 6 pisma). Przeciwne zeznania świadka A. M., jako pozostające w sprzeczności z treścią powyższego dokumentu i korespondującymi z nią zeznaniami świadka F. R. nie były wiarygodne.

Nie budziły natomiast wątpliwości zeznania świadków A. M., S. P. i A. N., w których opisali oni sposób weryfikacji wniosków podwykonawców o zapłatę przez zamawiającego wynagrodzenia podwykonawców za wykonane roboty budowlane poprzez obniżanie wysokości tych należności do stawek jednostkowych wykonawcy z kontraktu głównego w sytuacji, gdy stawki ustalone w umowie podwykonawczej były wyższe niż w kontrakcie głównym za dany rodzaj robót. W tym zakresie zgodne zeznania wskazanych świadków korespondowały z odpowiednimi zapisami subklauzuli 4.4 Warunków Kontraktu i § 7 ust. 18 umowy podwykonawczej.

Sąd pominął dowody z zeznań świadków G. B., M. P., A. T., A. S., P. D., A. W.

i I. G. wobec niewskazania przez stronę powodową w wyznaczonym terminie adresów tych świadków .

Sąd oddalił wniosek powodów o zobowiązanie (...) Sp. z o.o., (...) S.A. lub D. a.s. do podania adresów zamieszkania świadków. To strona powołująca się na dowód ze świadków obowiązana jest wskazać świadków (w tym ich adresy), tak aby ich wezwanie do sądu było możliwe (art. 258 k.p.c.). Nie istnieje podstawna prawna, która by upoważniała sąd do zobowiązania podmiotów nie będących stronami postępowania do wskazywania danych adresowych świadków. Ustalanie adresów świadków przez sąd

w procesie stanowiłoby niedopuszczalny przejaw zastępowania przez sąd inicjatywy strony przy gromadzeniu i przedstawianiu dowodów.

Sąd pominął dowód z przesłuchania przedstawiciela pozwanego M. T. wobec jego nieusprawiedliwionego niestawiennictwa na termin rozprawy z dnia 29 lipca 2016 r.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 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. 647<sup>1</sup> § 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. 647<sup>1</sup> § 4 k.c.), 2) wyrażenie przez inwestora zgody na zawarcie tej umowy (art. 647<sup>1</sup> § 4 k.c.). Umowa z podwykonawcą spełnia warunki umowy podwykonawczej w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 1 k.c., jeżeli prace zrealizowane przez podwykonawcę prowadzić będą do wykonania danego obiektu, stanowiąc część składową finalnego rezultatu, to jest gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem świadczenia wykonawcy wobec inwestora w ramach umowy o roboty budowlane, przy czym w sensie prawnym umowa taka może zostać zakwalifikowana także jako umowa o dzieło. (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. 647<sup>1</sup> § 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. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora od przedłożenia mu dokumentacji, jeżeli wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor wyraża zgodę w sposób czynny, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny. (vide orz. SN z 04.02.2011 r., III CSK 152/10, LEX nr 1102865).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy po pierwsze, że umowa zawarta w dniu 11 kwietnia 2013 r. pomiędzy wykonawcą D. a.s. z siedzibą w B. a podwykonawcą Z. K. i A. K., prowadzącymi działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej (...), A. K., spełniała warunki umowy podwykonawczej w opisanym wyżej znaczeniu. W świetle przywołanych wyżej dowodów nie budziło wątpliwości, że objęte wskazaną umową roboty budowlane polegające na budowie zbiorników retencyjno-infiltracyjnych zostały wykonane przez powodów (choć nie w całości – w związku z rozwiązaniem umowy podwykonawczej przez wykonawcę na skutek odstąpienia od kontraktu głównego) i stały się częścią zrealizowanej przez wykonawcę inwestycji drogowej. Ilości i wartości wykonanych robót zostały określone w Tabelach rozliczeniowych potwierdzonych przez przedstawicieli generalnego wykonawcy, na podstawie których powód wystawił następnie wykonawcy faktury objęte pozwem w niniejszej sprawie.

Po drugie, Skarb Państwa – Generalny Dyrektor (...) i Autostrad wyraził w sposób czynny wyraźny (wprost) zgodę na zawarcie przez generalnego wykonawcę umowy podwykonawczej z powodami. Fakt ten wynika jednoznacznie

z treści pisma zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2013 r., w którym przedstawiciel zamawiającego (Kierownik Projektu) oświadczył, że na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. i S. 4.4 Warunków Kontraktu zamawiający wyraża zgodę na zawarcie umowy z podwykonawcą zgodnej z przedłożonym projektem umowy. Zawarte w tym piśmie stwierdzenie, że „uzupełnienia wymagają tematy poruszone w pkt. 7 pisma Inżyniera Kontraktu z dnia 2 kwietnia 2013 r., tj. uzupełnienie

o ceny jednostkowe oraz cenę ryczałtową załącznika nr 1” oraz że „art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. traktujący o solidarnej odpowiedzialności zamawiającego będzie miał zastosowanie wyłącznie w przypadku przedstawienia pełnej podpisanej umowy, której treść będzie zgodna z zaakceptowanym projektem wraz z zawartymi wyżej uwagami” zgody tej nie czynią warunkową ani jej nie niweczą. W treści tego pisma nie wskazano, że zgoda zostaje udzielona pod warunkiem. Skutek w postaci solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, w przypadku wyrażenia przez inwestora na zawarcie umowy z danym podwykonawcą, powstaje z mocy samego prawa – bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., zatem inwestor nie może zastrzeżać, że odpowiedzialność taka nie powstanie lub uzależniać jej powstanie od spełnienia dodatkowych warunków. 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).

Niezależnie od tego wskazać należy raz jeszcze, że zamawiającemu przedstawiono wraz z wnioskiem o zatwierdzenie podwykonawcy (...) s.c. wszystkie dokumenty istotne z punktu widzenia odpowiedzialności solidarnej inwestora, określające zarówno przedmiot robót podwykonawcy jak i należne mu z tego tytułu wynagrodzenie. Oprócz projektu samej umowy podwykonawczej, gdzie w § 2 określony został przedmiot umowy

a w § 7 wysokość wynagrodzenia ryczałtowego należnego podwykonawcy i zasady rozliczeń z podwykonawcą, wykonawca przedłożył również załącznik nr 1 (Zestawienie robót)

i załącznik nr 9 (Tabelę rozliczeniową) – co wynika jednoznacznie z przywołanego wyżej pisma Inżyniera Kontraktu do Kierownika Projektu z dnia 2 kwietnia 2013 r. – w których to załącznikach wyszczególniono elementy rozliczeniowe poszczególnych zbiorników retencyjno-infiltracyjnych i ich ceny jednostkowe. Nie występowały więc żadne braki w tym zakresie, które wymagałyby uzupełnienia. W treści § 7 ust. 1 umowy podwykonawczej wskazano co prawda, że podwykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie

z załącznikiem nr 1 do umowy, w wysokości 3.000.000 zł netto, jednak była to oczywista omyłka, bowiem faktycznie ceny jednostkowe poszczególnych elementów robót zostały określone w Tabeli rozliczeniowej stanowiącej załącznik nr 9 do umowy, zaś załącznik nr 1 stanowił Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych, bez określenia ich cen jednostkowych. Omyłka ta w żaden sposób nie prowadziła do niemożności ustalenia przez inwestora zarówno globalnego wynagrodzenia podwykonawcy wskazanego wprost w treści samej umowy, jak i cen jednostkowych za poszczególne elementy powierzonych podwykonawcy robót. Dlatego zarzuty pozwanego dotyczące kwestii niemożności ustalenia wynagrodzenia podwykonawcy na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów są bezpodstawne, a nadto są bez znaczenia wobec wrażeń przez pozwanego

w sposób czynny wyraźny (wprost) zgody na zawarcie umowy podwykonawczej

z powodami, co pozostaje w zgodzie z przywołanym wyżej poglądem wyrażonym

w orzecznictwie. (orz. SN z 04.02.2011 r., III CSK 152/10, LEX nr 11028865).

W rozpatrywanej sprawie spełniona została przesłanka wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie umowy podwykonawczej, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. Pozwany uznał też co do zasady swoją odpowiedzialność względem powodów, skoro przed wszczęciem niniejszego postępowania wypłacił z tytułu odpowiedzialności solidarnej inwestora na rzecz powodów znaczną część wynagrodzenia stwierdzonego spornymi fakturami. W związku z tym faktem pomiędzy stronami sporna pozostała więc w istocie tylko wysokość wynagrodzenia powodów za wykonane roboty budowlane, za którego zapłaty ponosi odpowiedzialność pozwany.

Po trzecie, niezasadny był zarzut pozwanego co do braku legitymacji czynnej po stronie A. K.. Z treści umowy podwykonawczej wynika, że zawierając tę umowę Z. K. działał jako współwłaściciel (wspólnik) spółki cywilnej (...), A. K.. Złożone do akt sprawy pełnomocnictwo

z dnia 20 listopada 2012 r. (k. 29) wykazuje, że Z. K. w czasie zawierania tej umowy upoważniony był do prowadzenia w imieniu i na rzecz A. K. wszelkich czynności faktycznych i prawnych oraz do składania w jej imieniu wszelkich oświadczeń woli o charakterze materialnoprawnym, związanych z działalnością gospodarczą w formie spółki cywilnej (...) s.c. (...), A. K..

Po czwarte, pozwany nie mógł powołać się na cytowane wyżej regulacje subklauzuli 4.4 Warunków Kontraktu i § 7 ust. 18 umowy podwykonawczej w celu ograniczenia swej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia powodów jedynie do wysokości stawek jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym wykonawcy stanowiącym części oferty złożonej zamawiającemu. Przepis art. 647<sup>1</sup> § 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, dlatego 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<sup>1</sup> § 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<sup>1</sup> 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<sup>1</sup> § 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. Z., Odpowiedzialność inwestora z umowy o roboty budowlane, W. 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 odpowiedzialności pozwanego 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.

Po piąte, nieuprawnione było także twierdzenie pozwanego, że dochodzenie przez podwykonawcę od inwestora wynagrodzenia w wysokości wyższej od wysokości wynagrodzenia wykonawcy prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym. Relacje pomiędzy inwestorem a podwykonawcą kształtowane są przez art. 647<sup>1</sup> k.c., a nie przez przepisy Prawa zamówień publicznych. Obciążenie inwestora odpowiedzialnością wobec podwykonawcy nie stanowi o zmianie zawartej przez niego umowy z wykonawcą. Inwestor jest w stanie zadbać, by koszty realizacji zamówienia nie przekroczyły kwoty wynikającej z umowy zawartej z zastosowaniem odpowiedniej procedury.

Po szóste, rozwiązanie umowy podwykonawczej przez wykonawcę będące następstwem odstąpienia od kontraktu głównego nie prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy za wykonane do tego czasu roboty budowlane. Wypowiedzenie takie nie powoduje bowiem upadku umowy podwykonawczej ze skutkiem *ex tunc*, lecz działa jedynie na przyszłość. Tezę tę potwierdza brzmienie § 13 ust. 1 lit. a) i § 14 ust. 1 lit. g) w zw. z lit. f) ppkt. i umowy podwykonawczej, w myśl których w przypadku rozwiązania umowy lub odstąpienia przez wykonawcę od umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy podwykonawcy należy się wynagrodzenie za roboty, które zostały wykonane do dnia rozwiązania lub odstąpienia.

Po siódme, za oddaleniem powództwa nie przemawiały także zasady lojalności kontraktowej oraz dobre obyczaje kontraktowe. Wbrew twierdzeniom pozwanego, podejmując decyzję o zatwierdzeniu powodów jako podwykonawcy na przedmiotowym kontrakcie miał pełną wiedzę o wysokości wynagrodzenia podwykonawcy, na podstawie dokumentów przedstawionych mu przez wykonawcę. Nawet gdyby w tym zakresie występowały jakieś braki, to przecież pozwany nie musiał wyrażać zgody na zawarcie umowy podwykonawczej z powodami, lecz mógł odmówić akceptacji, jak było to w przypadku pierwszego wniosku wykonawcy, do którego nie dołączono wymaganych przez pozwanego dokumentów. Podkreślić trzeba, że pozwany jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu, wyspecjalizowanym w dziedzinie budowy dróg publicznych i obowiązujących w tym zakresie procedur, mającym znacznie silniejszą pozycję od podwykonawców realizujących roboty przy tego rodzaju inwestycjach, a jego odpowiedzialność względem podwykonawców ma charakter ustawowy. Stąd powyższy zarzut nie mógł odnieść zamierzonego skutku.

W rezultacie stwierdzić należało, że pozwany zobowiązany był do zapłaty na rzecz powodów należności z wymienionych wyżej faktur co do pełnych kwot należności głównych (wynagrodzenia powodów) objętych tymi fakturami. Ograniczając zapłatę tych należności do wysokości stawek jednostkowych z kontraktu głównego pozwany nie wywiązał się należycie ze swej odpowiedzialności gwarancyjnej za dług wykonawcy względem powodów. Wszystkie faktury objęte pozwem opiewały na kwotę łączną 2.444.867,16 zł brutto, a pozwany zapłacił powodom łącznie sumę 1.357.697,17 zł. Do dopłaty pozostaje zatem jeszcze kwota 1.087.169,99 zł, w tym: z faktury nr (...) z 17 września 2013 r. 432.685,30 zł, z faktury nr (...) z 21 października 2013 r. 358.055,99 zł, z faktury nr (...) z 25 listopada 2013 r. 183.109,62 zł i z faktury nr (...) z 27 marca 2014 r. 113.319,08 zł.

Oprócz należności głównej powodom należą się również odsetki ustawowe za opóźnienie w jej zapłacie przez pozwanego. 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. Przepis art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nakłada na inwestora solidarną z wykonawcą odpowiedzialność jedynie za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy i nie rozszerza jej na żadne inne zobowiązania wykonawcy wobec podwykonawcy. W konsekwencji inwestor nie odpowiada za skutki opóźnienia wykonawcy z zapłatą wynagrodzenia podwykonawcy, ale jedynie za własne opóźnienie, które może mieć miejsce dopiero po wezwaniu go przez podwykonawcę do zapłaty wynagrodzenia. (vide orz. SN z 05.09.2012 r., IV CSK 91/12, LEX nr 1275009). Termin spełnienia tego świadczenia nie jest oznaczony, zatem powinno być ono spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania (art. 455 k.c.). Powodowie wezwali pozwanego do zapłaty zaległej kwoty wynagrodzenia w wysokości 1.195.318,03 zł pismem z dnia 2 grudnia 2014 r., doręczonym pozwanemu 4 grudnia 2012 r., wyznaczając termin zapłaty do dnia 12 grudnia 2014 r. Skoro pozwanemu znane już były okoliczności sprawy z wcześniejszych wniosków powodów o zapłatę kierowanych do inwestora na gruncie przedmiotowej umowy podwykonawczej, to zapłata zaległego wynagrodzenia możliwa była w wyznaczonym przez powodów terminie. Skoro pozwany nie dokonał zapłaty w tym terminie dochodzonej pozwem kwoty 1.087.169,99 zł, to w dniu 13 grudnia 2014 r. znalazł się w opóźnieniu, co rodzi obowiązek zapłaty odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia 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 to wszystko na uwadze Sąd w pkt. I sentencji wyroku zasądził od pozwanego na rzecz powodów dochodzoną pozwem sumę na podstawie powołanych wyżej przepisów.

W związku z faktem, że należności będące przedmiotem sprawy związane były z działalnością gospodarczą powodów prowadzoną przez nich w formie spółki cywilnej (...), należało je zasądzić łącznie na rzecz obydwu powodów jako współników tej spółki cywilnej, gdyż wspólnie tworzą oni właściwy podmiot tych praw objętych ich wspólnością łączną.

Orzekając o kosztach postępowania w pkt. II sentencji wyroku Sąd kierował się zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. Pozwany jako przegrywający sprawę obowiązany jest zwrócić powodom koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw w kwocie łącznej 61.576 zł, na którą składa się uiszczona przez powodów opłata od pozwu w wysokości 54.359 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa procesowego w wysokości 17 zł i wynagrodzenie pełnomocnika 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 radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 490).