

Sygn. akt VI ACa 30/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 luty 2016r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Krzysztof Tucharz

Sędziowie: SA Beata Waś

SA Jolanta Pyżlak (spr.)

Protokolant: Katarzyna Łopacińska

po rozpoznaniu w dniu 17 lutego 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości (...) Spółka z o.o. w upadłości likwidacyjnej w J.

przeciwko Skarbowi Państwa - (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 27 lutego 2014r. sygn. akt XXV C 334/13

1. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie pierwszym częściowo tj. zasądza od Skarbu Państwa (...) na rzecz Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w J. kwotę 1 007 047,20 zł (jeden milion siedem tysięcy czterdzieści siedem złotych 20/100) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 908 831,54 zł (dziewięćset osiem tysięcy osiemset trzydzieści jeden złotych 54/100) od dnia 20 czerwca 2012 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 98 215,66 zł (dziewięćdziesiąt osiem tysięcy dwieście piętnaście złotych 66/100) od dnia 20 sierpnia 2012r. do dnia zapłaty;

b) w punkcie drugim w ten sposób, że zasądza od Skarbu Państwa (...) na rzecz Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w J. kwotę 50 476 zł (pięćdziesiąt tysięcy czterysta siedemdziesiąt sześć złotych) tytułem zwrotu kosztów sądowych oraz znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego;

2. oddala apelację powoda w pozostałej części;

3. zasądza od Skarbu Państwa (...) na rzecz Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w J. kwotę 11 800 zł (jedenaście tysięcy osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym oraz znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;

4. nie obciąża powoda pozostałymi kosztami sądowymi.

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 5 września 2012 r. powódka (...) sp. z o.o. (ówczesznie działająca pod firmą (...) i (...) sp. z o.o.) z siedzibą w J. zażądała zasądzenia na swoją rzecz od pozwanego Skarbu Państwa – (...) kwoty 1.007.047,20 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwoty 9.299,72 zł od dnia 14 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty, od kwoty 276.633,20 zł od dnia 10 lutego 2012 r. do dnia zapłaty, od kwoty 18.909,66 zł od dnia 10 lutego 2012 r. do dnia zapłaty, od kwoty 575.532,90 zł od dnia 2 marca 2012 r. do dnia zapłaty, od kwoty 15.910,06 zł od dnia 2 marca 2012 r. do dnia zapłaty, od kwoty 110.761,66 zł od dnia 3 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty, oraz kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, że dochodzi roszczeń z tytułu odpowiedzialności pozwanego, jako inwestora, za zapłatę należnych powódce, jako podwykonawcy, należności z umowy nr (...).

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, według norm przepisanych.

Pismem z dnia 8 maja 2013r. powódka rozszerzyła powództwo o kwotę 704.009, 14 zł wraz z odsetki ustawowymi za okres od dnia doręczenia pisma pozwanemu do dnia zapłaty. W uzasadnieniu, powódka wskazała, że nowych roszczeń dochodzi z tytułu odpowiedzialności pozwanego, jako inwestora, za zapłatę należnych powódce, jako podwykonawcy, na podstawie: umowy nr (...) z dnia 3 kwietnia 2011 r., w kwocie 691.463,14 zł oraz umowy nr (...) z dnia 21 grudnia 2011 r., w kwocie 12.546 zł.

W odpowiedzi pozwany podniósł zarzut niedopuszczalności drogi sądowej, a na wypadek nieuwzględnienia tego zarzutu wniósł o oddalenie powództwa, w tym także w części rozszerzonej.

Wyrokiem z dnia 27 lutego 2014r. Sąd Okręgowy w sprawie o sygn. akt XXV C 334/13 oddalił powództwo i zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 7200 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i ich ocenie prawnej:

W dniu 17 czerwca 2010 r., Skarb Państwa – (...) zawarł z tworzącymi konsorcjum: (...) S.A. z siedzibą w W., (...) Ltd. z siedzibą w D. (...), (...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W. i (...) Ltd. z siedzibą w D. (...) umowę na wykonanie robót pod nazwą „Budowa Autostrady (...) T.-S. Odcinek (...) od km 186+348 do km 215+850”. Umowa z dnia 17 czerwca 2010 r. obejmowała, w szczególności, regulację subklauzuli 4.4. „Ogólnych Warunków Kontraktu”, zmienionej (...), zgodnie z którą:

- wykonawca nie później niż 28 dni przed planowanym skierowaniem podwykonawcy do wykonania robót, jest zobowiązany przedłożyć zamawiającemu za pośrednictwem inżyniera kontraktu projekt umowy z podwykonawcą wraz z zestawieniem ilości robót wycenionych zgodnie ze stawkami przedstawionymi przez wykonawcę w ofercie,
- zamawiający, po otrzymaniu opinii inżyniera kontraktu, 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 dniu 11 października 2010 r., (...) S.A., występująca jako wykonawca, zawarła z (...) S.A. z siedzibą w W., występującą jako podwykonawca, umowę o podwykonawstwo robót, objętych umową z dnia 17 czerwca 2010 r.

W dniu 3 kwietnia 2011 r., (...) S.A., określająca się jako „wykonawca”, zawarła z (...) sp. z o.o. z siedzibą w J. (dalej zwaną również (...) sp. z o.o., przyp. SO), określającą się jako podwykonawca, umowę nr (...). W umowie tej wykonawca oświadczył, że na podstawie umowy nr (...) z dnia 11 października 2010 r. zawartej z (...) S.A. jako inwestorem, jest wykonawcą robót dla potrzeb inwestycji pn. „Budowa Autostrady (...) T.-S. Odcinek (...) od km 186+348 do km 215+850” na rzecz Skarbu Państwa – (...) (§ 1 ust. 1 umowy). Po czym strony umowy oświadczyły, w szczególności, że:

- wykonawca zleca, a podwykonawca przyjmuje do realizacji kompleksowe wykonanie, dostawę i montaż wraz z wykonaniem podlewki łożysk dla obiektów mostowych na potrzeby inwestycji określonej w § 1 ust. 1 umowy (§ 2 ust. 1 umowy),

- przedmiot umowy obejmuje konieczność wykonania wszelkich prac podstawowych, pomocniczych, wykonanie prób, sprawdzeń, uzyskanie zezwoleń, koszty odbiorów oraz dostawę materiałów mającą na celu kompleksową realizację przedmiotu umowy, wynikającego z Warunków Kontraktu, a także wykonanie dokumentacji powykonawczej zrealizowanych robót (§ 2 ust. 2 umowy),

- termin rozpoczęcia robót będących przedmiotem umowy ustala się na dzień 15 maja 2011 r. (§ 3 ust. 1 umowy), termin zakończenia robót ustala się na dzień „zgodnie z harmonogramem (§ 3 ust. 2 umowy),

- za wykonanie robót będących przedmiotem umowy, wykonawca zapłaci podwykonawcy wynagrodzenie wstępne: 1.737.680 zł powiększone o należny podatek od towarów i usług (VAT) w wysokości wynikającej z obowiązujących w dniu wystawienia faktury przepisów prawa (§ 6 ust. 1 umowy),

- wynagrodzenie określone w § 6 ust. 1 umowy jest wynagrodzeniem ilościowo-ryczałtowym; ostateczne ustalenie wartości należnego podwykonawcy wynagrodzenia nastąpi po zakończeniu realizacji umowy na podstawie iloczynu obmiaru jednostkowego wykonanych przez podwykonawcę robót (zatwierdzonego przez inżyniera kontraktu i przedstawicieli wykonawcy) i cen jednostkowych określonych w załączniku nr 2 do umowy (§ 6 ust. 2 umowy),

- wynagrodzenie określone w § 6 ust. 1 umowy stanowi wartość przedmiotu umowy i może ulec zmianie jedynie w przypadku zmiany ilości robót zatwierdzonej przez przedstawiciela wykonawcy i przez inżyniera kontraktu; zmiany ilości robót nie mogą wpływać na zmianę cen jednostkowych określonych w załączniku nr 2 do umowy; ceny te będą stałe przez cały czas trwania inwestycji (§ 6 ust. 3 umowy),

- wynagrodzenie, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy, nie będzie waloryzowane (§ 6 ust. 16 umowy),

- podwykonawca wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz gwarancji i rękojmi w wysokości 10% wartości netto wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 umowy (§ 8 ust. 1 umowy),

- zabezpieczenie, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy, zostanie wniesione w terminie 30 dni od daty podpisania umowy w formie bezwarunkowej, nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej; wykonawca dopuszcza wniesienie zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez towarzystwo ubezpieczeniowe zaakceptowane uprzednio przez wykonawcę (§ 8 ust. 2 umowy),

- zabezpieczenie zostanie zwolnione i zwrócone podwykonawcy w następujący sposób: a) 70% wartości zabezpieczenia w terminie 30 dni od daty zakończenia robót (tj. dokonania odbioru), lecz nie później niż w dniu 31 sierpnia 2012 r., b) 30% wartości zabezpieczenia w terminie 65 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi, lecz nie później niż w dniu 5 października 2015 r. (§ 8 ust. 3 lit. a i b umowy),

- w przypadku nieprzedstawienia, wskazanej w § 8 ust. 2 umowy, gwarancji wykonawca jest uprawniony do zatrzymania z wystawionych przez podwykonawcę faktur VAT kwotę stanowiącą równowartość 100% zabezpieczenia; zatrzymana kwota zostanie zwrócona na pisemny wniosek podwykonawcy po upływie okresu określonego w § 8 ust. 3 lit. a i b umowy (§ 8 ust. 3 zd. 2 i 3 umowy; odpis umowy – k. 431-436).

W maju 2011 r., (...) sp. z o.o. zaczęła faktycznie wykonywać umówione roboty.

Pismem z dnia 12 maja 2011 r., doręczonym adresatowi w dniu 13 maja 2011 r., (...) S.A. przedstawiła swojemu kontrahentowi (...) S.A. spółkę (...) sp. z o.o. jako podwykonawcę, do zatwierdzenia przez inżyniera kontraktu.

W ramach wykonania umowy nr (...), (...) sp. z o.o. wystawiła kontrahentowi:

- w dniu 1 lipca 2011 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy i montażu łożysk, w kwocie 120.758 zł netto – 148.532,34 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została odebrana przez kontrahenta w dniu 22 lipca 2011 r.,

- w dniu 5 lipca 2011 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy i montażu łożysk garnkowych, w kwocie 155.072 zł netto – 190.738,56 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą w dniu 10 października 2011 r., została odebrana przez kontrahenta w bliżej nieustalonej dacie ,

- w dniu 26 lipca 2011 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy łożysk, w kwocie 38.274 zł netto – 47.077,02 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w bliżej nieustalonej dacie w 2011 r.,

- w dniu 18 listopada 2011 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy łożysk, w kwocie 8.448 zł netto – 10.391,04 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 2 grudnia 2011 r.,

- w dniu 18 listopada 2011 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy łożysk, w kwocie 71.872 zł netto – 88.402,56 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 2 grudnia 2011 r.,

- w dniu 15 grudnia 2011 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy i montażu łożysk, w kwocie 22.779 zł netto – 28.018,17 zł z podatkiem VAT ; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 27 grudnia 2011 r.,

- w dniu 15 grudnia 2011 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy i montażu łożysk, w kwocie 67.809,50 zł netto – 83.405,69 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 27 grudnia 2011 r.,

- w dniu 7 marca 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu montażu łożysk, w kwocie 3.942 zł netto – 4.848,66 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 19 marca 2012 r.,

- w dniu 7 marca 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu montażu łożysk, w kwocie 11.391 zł netto – 14.010,93 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 19 marca 2012 r.,

- w dniu 7 marca 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu montażu łożysk, w kwocie 29.490,50 zł netto – 36.273,32 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 19 marca 2012 r.,

- w dniu 7 marca 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu montażu łożysk, w kwocie 124.340 zł netto – 152.938,20 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 19 marca 2012 r.,

- w dniu 28 marca 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy łożysk garnkowych, w kwocie 102.812 zł netto – 126.458,76 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 3 kwietnia 2012 r.,

- w dniu 4 kwietnia 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy i montażu łożysk, w kwocie 87.870,75 zł netto – 108.081,02 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 28 kwietnia 2012 r.

Roboty, na które wystawiono wymienione faktury, zostały faktycznie wykonane przez (...) sp. z o.o., co zostało potwierdzone przez kontrahenta w protokołach zdawczo-odbiorczych.

W dniu 1 września 2011 r., (...) S.A., określająca się jako „wykonawca”, zawarła z (...) sp. z o.o., określającą się jako podwykonawca, umowę nr (...). W umowie tej wykonawca oświadczył, że na podstawie umowy nr (...) z dnia 11 października 2010 r. zawartej z (...) S.A. jako inwestorem, jest wykonawcą robót dla potrzeb inwestycji pn. „Budowa Autostrady (...) T.-S. Odcinek (...) od km 186+348 do km 215+850” na rzecz Skarbu Państwa – (...) (§ 1 ust. 1 umowy). Po czym strony umowy oświadczyły, w szczególności, że:

- wykonawca zleca, a podwykonawca przyjmuje do realizacji kompleksowe wykonanie robót żelbetowych branży mostowej (betonowych, zbrojeniowych, ciesielskich wraz z pielęgnacją betonów) wiaduktu autostradowego (...) oraz płyty ustroju nośnego na obiekcie (...) (z wyłączeniem dla (...) segment (...) nitka prawa, dla (...) fundament (...)) (§ 2 ust. 1 umowy),

- przedmiot umowy obejmuje konieczność wykonania wszelkich prac podstawowych, pomocniczych mających na celu kompleksową realizację przedmiotu umowy, wynikającego z Warunków Kontraktu (§ 2 ust. 2 umowy),

- termin rozpoczęcia robót będących przedmiotem umowy ustala się na dzień 1 sierpnia 2011 r. (§ 3 ust. 1 umowy), termin zakończenia robót ustala się na dzień: a) obiekt (...) – 31 lipca 2012 r., b) obiekt (...) – 30 czerwca 2012 r. (§ 3 ust. 2 umowy),

- za wykonanie robót będących przedmiotem umowy, wykonawca zapłaci podwykonawcy wynagrodzenie wstępne netto określone dla poszczególnych obiektów: a) obiekt (...) – 633,33 zł/m⁽³⁾ konstrukcji żelbetowej x 6.465 m⁽³⁾ = 4.094.478,45 zł, b) obiekt (...) – 620,78 zł/m⁽³⁾ konstrukcji żelbetowej x 6.855 m⁽³⁾ = 4.255.446,90 zł, c) pozostałe prace – 35 zł/roboczogodzinę (§ 6 ust. 1 umowy),

- wynagrodzenie wskazane w § 6 ust. 1 umowy zostanie powiększone o należny podatek od towarów i usług (VAT) w wysokości wynikającej z obowiązujących w dniu wystawienia faktury przepisów prawa (§ 6 ust. 2 umowy),

- wynagrodzenie określone w § 6 ust. 1 umowy jest wynagrodzeniem ilościowo-ryczałtowym; ostateczne ustalenie wartości należnego podwykonawcy wynagrodzenia nastąpi po zakończeniu realizacji umowy na podstawie iloczynu obmiaru jednostkowego wykonanych przez podwykonawcę robót (zatwierdzonego przez inżyniera kontraktu i przedstawicieli wykonawcy) (§ 6 ust. 3 umowy),

- wynagrodzenie określone w § 6 ust. 1 umowy stanowi wartość przedmiotu umowy i może ulec zmianie jedynie w przypadku zmiany ilości robót zatwierdzonej przez przedstawiciela wykonawcy i przez inżyniera kontraktu; zmiany ilości robót nie mogą wpływać na zmianę cen jednostkowych określonych w załączniku nr 2 do umowy; ceny te będą stałe przez cały czas trwania inwestycji (§ 6 ust. 4 umowy),

- wynagrodzenie, o którym mowa w § 6 ust. 1 umowy, nie będzie waloryzowane (§ 6 ust. 17 umowy),

- podwykonawca wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz gwarancji i rękojmi w wysokości 5% wartości netto wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 umowy (§ 8 ust. 1 umowy),

- zabezpieczenie, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy, zostanie wniesione w terminie 30 dni od daty podpisania umowy w formie bezwarunkowej, nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej; wykonawca dopuszcza wniesienie zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez towarzystwo ubezpieczeniowe zaakceptowane uprzednio przez wykonawcę (§ 8 ust. 2 umowy),

- zabezpieczenie zostanie zwolnione i zwrócone podwykonawcy w następujący sposób: a) 70% wartości zabezpieczenia w terminie 30 dni od daty zakończenia robót (tj. dokonania odbioru), b) 30% wartości zabezpieczenia w terminie 65 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi (§ 8 ust. 3 lit. a i b umowy),

- w przypadku nieprzedstawienia, wskazanej w § 8 ust. 2 umowy, gwarancji wykonawca jest uprawniony do zatrzymania z wystawionych przez podwykonawcę faktur VAT kwotę stanowiącą równowartość 150% zabezpieczenia; zatrzymana kwota zostanie zwrócona na pisemny wniosek podwykonawcy po upływie okresu określonego w § 8 ust. 3 lit. a i b umowy (§ 8 ust. 3 zd. 2 i 3 umowy).

W ramach wykonania umowy nr (...), (...) sp. z o.o. wystawiła kontrahentowi:

- w dniu 5 grudnia 2011 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu robót budowlanych na obiekcie (...), pomniejszone o rozliczenie zaliczki, w kwocie 123.996,34 zł netto – 152.515,50 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą w dniu 2 stycznia 2012 r., została doręczona kontrahentowi w bliżej nieustalonej dacie w styczniu 2012 r.,

- w dniu 12 stycznia 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu robót budowlanych na obiekcie (...), pomniejszone o rozliczenie zaliczki, w kwocie 224.905,04 zł netto – 276.633,20 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 19 stycznia 2012 r.,

- w dniu 12 stycznia 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu robót budowlanych na obiekcie (...), w kwocie 252.128,89 zł netto – 310.118,53 zł z podatkiem VAT ; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 19 stycznia 2012 r.,

- w dniu 1 lutego 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu robót budowlanych na obiekcie (...), w kwocie 467.912,93 zł netto – 575.532,90 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą w dniu 9 lutego 2012 r., została doręczona kontrahentowi w tym samym dniu ,

- w dniu 1 lutego 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu robót budowlanych na obiekcie (...), w kwocie 212.134,16 zł netto – 260.925,02 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą w dniu 9 lutego 2012 r., została doręczona kontrahentowi w tym samym dniu,

- w dniu 1 marca 2012 r. – fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu robót budowlanych na obiekcie (...), w kwocie 299.178,66 zł netto – 367.989,75 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 12 marca 2012 r.,

Roboty, na które wystawiono wymienione faktury, zostały faktycznie wykonane przez (...) sp. z o.o., co zostało potwierdzone przez kontrahenta w protokołach rzeczowo-finansowych.

W dniu 13 października 2011 r. (...) sp. z o.o. złożyła (...) S.A. dwie gwarancje ubezpieczeniowe z dnia 21 września 2011r., wystawione przez (...) S.A. z siedzibą w S.:

- gwarancję nr (...), dotyczącą umowy nr (...), do wysokości 213.734,64 zł w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy oraz do wysokości 64.120,39 zł w przypadku nie usunięcia lub nienależytego usunięcia przez (...) sp. z o.o. wad lub usterek powstałych w przedmiocie umowy,

- gwarancję nr (...), dotyczącą umowy nr (...), do wysokości 417.496,27 zł w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy oraz do wysokości 125.248,88 zł w przypadku nie usunięcia lub nienależytego usunięcia przez (...) sp. z o.o. wad lub usterek powstałych w przedmiocie ww. umowy.

W dniu 21 grudnia 2011 r., (...) S.A. wystosowała do (...) sp. z o.o. „zlecenie” nr (...) na wykonanie konstrukcji blokującej na obiekcie (...) wraz z montażem, w szczególności na następujących warunkach:

- wynagrodzenie ryczałtowe 10.200 zł plus VAT zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu wystawienia faktury,
- termin wykonania „zlecenia”: rozpoczęcie robót do 3 tygodni od daty zlecenia, zakończenie robót do 4 tygodni od daty zlecenia.

Na tak sformułowaną ofertę, (...) sp. z o.o. przystała (okoliczność bezsporna).

W dniu 1 lutego 2012 r., (...) sp. z o.o. wystawiła kontrahentowi fakturę VAT nr (...) na należności z tytułu dostawy i montażu łożysk w ramach „zlecenia”, w kwocie 10.200 zł netto – 12.546 zł z podatkiem VAT; faktura ta, wysłana przesyłką poleconą, została doręczona kontrahentowi w dniu 14 lutego 2012 r.

Umówione roboty zostały faktycznie wykonane przez (...) sp. z o.o., co zostało potwierdzone przez kontrahenta w protokole zdawczo-odbiorczym.

Na podstawie uchwał nadzwyczajnych walnych zgromadzeń spółek z dnia 29 listopada 2011r., (...) S.A., jako spółka przejmowana, została połączona z (...) S.A., jako spółką przejmującą, zgodnie z art. 492 § 1 ust. 1 k.s.h., przez przeniesienie całego majątku spółki przejmowanej na spółkę przejmującą, z dniem 4 stycznia 2012 r. Wcześniej, bo pismem z dnia 28 listopada 2011 r., (...) S.A. zawiadomiła (...) sp. z o.o. o planowanym połączeniu, prosząc, by od dnia 4 stycznia 2012 r. korespondencja i faktury adresowane były na (...) S.A.

W bliżej nieustalonej dacie w zimie 2011/2012 r., w trakcie posiedzenia rady budowy, przedstawiciel (...) S.A. zapowiedział, że zgłosi (...) sp. z o.o. jako podwykonawcę.

Umową z dnia 6 marca 2012 r., treść gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) została zmieniona w ten sposób, że jako beneficjent gwarancji, w miejsce (...) S.A., wskazana została (...) S.A.

Pismem z dnia 6 marca 2012 r., doręczonym w dniu 7 marca 2012 r. inżynierowi kontraktu – (...) sp. z o.o. z siedzibą we W., (...) S.A. oświadczyła, że przekazuje zamawiającemu, za pośrednictwem inżyniera kontraktu, projekt umowy z (...) sp. z o.o. jako podwykonawcą (...) S.A. wraz z zestawieniem ilości wycenionych robót.

W odpowiedzi, pismem z dnia 12 marca 2012 r., inżynier kontraktu, zajął stanowisko, że przedłożono mu nie projekt umowy, lecz umowę, zawartą bez uzgodnienia z zamawiającym w dniu 1 września 2011 r. i zawierającą zakres robót, zaakceptowany dla podwykonawcy (...) S.A., które to roboty są już wykonywane. Ponadto inżynier kontraktu pouczył, że jeżeli wykonawca wnioskuje, aby podwykonawca podwykonawcy był traktowany jako kontraktowy podwykonawca, to powinien spełniać warunki zapisane w kontrakcie w subklauzuli 4.4.

Po dniu 12 marca 2012 r., (...) sp. z o.o. była jeszcze co najmniej dwukrotnie zgłaszana jako podwykonawca, lecz pozwany za każdym razem wyrażał sprzeciw.

Pracownicy (...) sp. z o.o., wykonujący faktycznie prace na terenie budowy, indagowani przez inżynierów, dla jakiej firmy pracują, nie udzielali odpowiedzi.

Konsorcjum wykonawców, określonych w umowie z dnia 17 czerwca 2010 r., przedstawiało pozwanemu comiesięczne raporty wykonawcy, opatrzone kolejnymi numerami. Raporty te zawierały, w szczególności, listę podwykonawców. W raportach o numerach od 20 (marzec 2012 r.) do 24 (lipiec 2012 r.), (...) sp. z o.o. nie była wskazywana jako podwykonawca.

(...) sp. z o.o. wytoczyła przeciwko kontrahentowi powództwa o zapłatę należności z faktur VAT nr (...), pomniejszonych o 7,5% wierzytelności netto, uznając prawo wykonawcy do zatrzymania tej części należności tytułem zabezpieczenia na podstawie § 8 ust. 3 w zw. z § 1 i 2 umowy nr (...). Dochodzone należności zostały zasądzone i wynosiły:

- z faktury VAT nr (...) – kwotę 143.215,78 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 14 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty, zasądzoną przez Sąd Okręgowy w Poznaniu nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 30 marca 2012 r., wydanym w sprawie IX GNc 291/12, który stał się prawomocny; (...) S.A. zapłaciła wskazaną należność,

- z faktury VAT nr (...) – kwotę 259.765,33 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 10 lutego 2012 r. do dnia zapłaty, zasądzoną przez Sąd Okręgowy w Poznaniu nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 8 maja 2012 r., wydanym w sprawie IX GNc 292/12, który stał się prawomocny; (...) S.A. nie zapłaciła wskazanej należności

- z faktury VAT nr (...) – kwotę 291.208,87 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 10 lutego 2012 r. do dnia zapłaty, zasądzoną przez Sąd Okręgowy w Poznaniu nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 30 marca 2012 r., wydanym w sprawie IX GNc 288/12, który stał się prawomocny. (...) S.A. zapłaciła wskazaną należność,

- z faktury VAT nr (...) – kwotę 540.439,44 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 2 marca 2012 r. do dnia zapłaty, zasądzoną przez Sąd Okręgowy w Poznaniu nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 21 maja 2012 r., wydanym w sprawie IX GNc 290/12, który stał się prawomocny, (...) S.A. nie zapłaciła wskazanej należności,

- z faktury VAT nr (...) – kwotę 245.014,96 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 2 marca 2012 r. do dnia zapłaty, zasądzoną przez Sąd Okręgowy w Poznaniu nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 30 marca 2012 r., wydanym w sprawie IX GNc 291/12, który stał się prawomocny; (...) S.A. zapłaciła wskazaną należność,

Następnie, w związku ze złożeniem gwarancji ubezpieczeniowych, (...) sp. z o.o., wytoczyła przeciwko (...) S.A. odrębne powództwo o zapłatę zatrzymanych przez wykonawcę tytułem zabezpieczenia kwot w wysokości 7,5% wartości netto wynagrodzeń z faktur VAT nr (...).

Z kolei wierzytelność, objęta fakturą VAT nr (...), nie była – nawet w części – przedmiotem postępowania sądowego (okoliczność bezsporna, wskazana twierdzeniem powódki).

Pismem z dnia 8 czerwca 2012 r., doręczonym adresatowi w dniu 19 czerwca 2012 r., pełnomocnik (...) sp. z o.o. wezwał Skarb Państwa – (...), jako inwestora robót realizowanych pod nazwą „Budowa Autostrady (...) T.-S. Odcinek (...) od km 186+348 do km 215+850” do zapłaty kwoty 908.831,54 zł, tytułem niewypłaconej części wynagrodzenia za roboty wykonane przez (...) sp. z o.o. jako podwykonawcę, na zasadzie art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c.

Postanowieniem z dnia 11 czerwca 2012 r., Sąd Rejonowy Poznań – Stare Miasto w Poznaniu ogłosił upadłość (...) S.A. z możliwością zawarcia układu. Pismem, wysłanym przesyłką poleconą w dniu 6 września 2012 r., (...) sp. z o.o. zgłosiła sędziemu-komisarzowi wierzytelności z tytułu umów nr (...) oraz umowy zlecenia nr (...), na łączną sumę należności głównych, wynoszącą 910.851,57 zł. Zgłoszone wierzytelności zostały umieszczone na liście wierzytelności.

Postanowieniem z dnia 27 lipca 2012 r., Sąd Rejonowy Poznań – Stare Miasto w Poznaniu ogłosił upadłość (...) S.A. obejmującą likwidację majątku.

We wrześniu 2012 r., pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z konsorcjantami, zawartej w dniu 17 czerwca 2010 r.

Pismem, które wpłynęło do pozwanego w dniu 11 września 2012 r., (...) sp. z o.o. dokonała zgłoszenia wierzytelności w trybie ustawy z dnia 28 czerwca 2012r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorstw, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych. W odpowiedzi, pismem z dnia 8 października 2012r., pozwany zajął stanowisko, że zgłoszenie nie spełnia kryteriów ustawy i nie podlega dalszemu rozpatrzeniu.

W dniu 2 listopada 2012 r., pozwany, występujący jako zamawiający, zawarł ze (...) S.A. z siedzibą w W., występującą jako wykonawca, umowę o wykonanie robót zabezpieczających prace, wykonane na budowie autostrady (...), w szczególności na odcinku (...) od km 186+348 do km 215+850.

Od dnia 16 maja 2013 r., (...) sp. z o.o. działa pod firmą (...) sp. z o.o.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o okoliczności bezsporne, a także na podstawie: kopii umów, kopii faktur wraz z z.p.o., kopii protokołów, kopii nakazów zapłaty z kopiami klauzuli wykonalności lub postanowienia o nadaniu klauzuli wykonalności, kopii odpisu z KRS, kopii pozaprocesowych pism, kopii „Ogólnych Warunków Kontraktu”, kopii „Szczególnych Warunków Kontraktu”, odpisów części raportów z listą, odpisów pism, kopii postanowienia, odpisów umów, odpisów faktur wraz z z.p.o., odpisu „zlecenia”, odpisów gwarancji, odpisu pisma wraz z z.p.o., odpisu pisma wraz z odpisem części książki nadawczej, odpisu wyciągu z listy wierzytelności, odpisu z KRS, kopii umowy, częściowo na podstawie zeznań świadków S. T. (1) i W. K. (1).

Sąd Okręgowy poczynił następującą ocenę materiału dowodowego: część z istotnych w sprawie dokumentów przedstawiona została w niepoświadczonych kopiach (albo w kopii poświadczonej przez osobę do tego nie uprawnioną – k. 353). W takich przypadkach strony nie kwestionowały jednak zgodności kopii z oryginałami, ani też nie żądały od przeciwnika złożenia oryginału dokumentu (art. 129 § 1 k.p.c.). Stąd też, zgodność kopii dokumentów z ich oryginałami (a więc i treść dokumentów oryginalnych) uznać można za bezsporną. W ocenie tego Sądu nie ma natomiast mocy dowodowej kopia wniosku o zatwierdzenie podwykonawcy z 2011r.. Wniosek ów nie został bowiem podpisany, a zatem nie stanowi nawet dokumentu prywatnego (art. 245 k.p.c.). Z analogicznych względów, niepodpisane zestawienie podwykonawców (k. 305-306) może być wzięte pod uwagę jedynie jako forma przedstawienia twierdzeń pozwanego. Treść zeznań świadka S. T. (1) nie wykraczała w zasadzie poza istotne dane, wynikające z zebranych w sprawie dokumentów, zwłaszcza umów oraz pism z dnia 6 i 12 marca 2012 r. Zeznania te mają znaczenie głównie jako materiał uzupełniająco-weryfikacyjny. Dane świadka były przy tym niepełne, gdyż nie wiedział on o – znajdujących potwierdzenie w dokumentach (k. 294) – przypadkach ponownego zgłoszenia powódki jako podwykonawcy po dniu 6 marca 2012 r. Natomiast świadek ten wskazał, iż przed wpłynięciem wniosku z dnia 6 marca 2012 r. – świadek nie dostrzegł na terenie budowy osób z logo powódki.

Również świadek J. S. nie wiedział o przypadkach zgłaszania powódki jako podwykonawcy po dniu 6 marca 2012 r., a ponadto błędnie wskazał wykonawcę, który dokonał zgłoszenia w marcu 2012 r. Niemniej, także zeznania tego świadka wskazują, że przed dniem 6 marca 2012 r. powódka nie ujawniła się, w sposób jednoznaczny i widoczny dla pozwanego lub inżyniera kontraktu, jako wykonująca roboty na budowie, a wręcz że jej pracownicy ukrywali, przez kogo są zatrudnieni (zwl. k. 577). Ten ostatni element przeczy twierdzeniom powódki, jakoby jej pracownicy używali na budowie odzieży z logo powódki.

Sąd odmówił wiarygodności i mocy dowodowej zeznaniom świadka P. A.. Świadek opierał się na niezgodnym z rzeczywistością założeniu, że formalnie nie było obowiązku zgłoszenia powódki jako podwykonawcy. Nic też – a zwłaszcza dokumenty – nie potwierdza relacji świadka, jakoby inżynier kontraktu, (...) sp. z o.o., została zapoznana z wystawionymi przez powódkę fakturami już w listopadzie 2011 r. Zeznania te cechuje brak precyzji, widoczny czy to w określeniu czasu relacjonowanych zdarzeń, czy też w stwierdzeniu, że (...) S.A. „przekształciła” się w (...) S.A. Nie jest również jasne, w jakim kontekście dochodzić miało do relacjonowanego przez świadka wypowiedzenia nazwy powódki w trakcie posiedzeń rady budowy – i w tym zakresie stwierdzić można jedynie, jak to zeznał świadek S. T., że dochodziło jedynie do składania zapowiedzi, że powódka zostanie zgłoszona jako podwykonawca. To jednak, samo przez się, nie wystarczy do podważenia zgodnych zeznań świadków S. T. i W. K., że przed dniem 6 marca 2012 r. pozwany nie miał wiedzy, iż powódka faktycznie wykonuje już roboty.

Sąd Okręgowy nie dał również wiary zeznaniom, składanym w imieniu powódki, co do rzekomych ustaleń między powódką a (...) S.A. w przedmiocie zgłoszenia powódki jako podwykonawcy oraz jakoby powódka już w 2011r. złożyła (...) S.A. wszelkie dokumenty, potrzebne do dokonania zgłoszenia. Tego typu okoliczności powinny bowiem znaleźć potwierdzenie w stosownych dokumentach, choćby pismach przewodnich, kierowanych do kontrahenta

wraz z dokumentacją konieczną do zgłoszenia. Dowodów tego rodzaju, pochodzących z 2011 r., powódka jednak nie przedstawiła. Zdaniem Sądu Okręgowego - nie sposób również racjonalnie uznać, by pismo z dnia 12 marca 2012 r. ocenione było przez powódkę jako nie zawierające „jasnej odpowiedzi”, czy powódka została zatwierdzona jako podwykonawca. Pismo zawiera przecież stwierdzenie, że umowa z powódką zawarta została „bez uzgodnienia z Zamawiającym”, z równoczesnym odesłaniem do subklauzuli 4.4. „Kontraktu”, który nie pozostawia wątpliwości, że projekt umowy przedstawiony zostać powinien przed planowanym skierowaniem podwykonawcy do wykonania robót. Sama zaś powódka zeznała, że przy zapoznawaniu się z pismem skorzystała z porady prawnika.

W ocenie Sądu I instancji - nie sposób również dać wiary zeznaniom powódki co do rzekomego rozpoczynania przez nią robót w „dobrej wierze”, że jest widoczna na budowie i jest zatwierdzonym podwykonawcą. Powódka nie przedstawiła bowiem jakiegokolwiek materiału, w oparciu o który mogła pozostawać w sugerowanym przez nią przekonaniu. Powódka złożyła natomiast teksty ogólnych i szczególnych warunków kontraktu między pozwanym a generalnymi wykonawcami – i nic nie wskazuje, by nie miała możliwości zapoznania się z treścią owych warunków już w czasie zawierania pierwszej umowy z (...) S.A. W treści subklauzuli 4.4. warunków ogólnych, w brzmieniu nadanym warunkami szczególnymi określono tymczasem jasno procedurę uzyskania zgody na dopuszczenie konkretnego podwykonawcy. Przystępując do wykonywania robót, powódka mogła więc łatwo stwierdzić, że stosownej procedury nie przeszła. Co więcej, z zeznań powódki wynika, że nie tylko nie wiedziała, czy inżynier kontraktu został poinformowany o treści umowy, ale też pozostawała w przekonaniu, że nie ma obowiązku informowania zamawiającego. Sąd Okręgowy zwrócił też uwagę, iż nie jest jasne na czym miałyby polegać sugerowane przez powódkę „sygnalizowanie wejścia na budowę”.

W ocenie Sądu I instancji - nie są przekonujące zastrzeżenia pozwanego co do nienależytego wykonania umów przez powódkę. W tym zakresie, powódka przedstawiła stosowne protokoły, w których stwierdzono albo wykonanie robót o wartości, zgodnej z określoną w fakturach, lub wręcz jakość materiałów i wykonanych robót określono jako dobrą. Sam fakt, że – jak wynika z twierdzeń pozwanego – dopiero w 2013 r. nowy generalny wykonawca, kontynuujący budowę autostrady (...), stwierdził określone braki, nie przesądza jeszcze, czy braki te istniały już w chwili oddania robót przez powódkę, czy też powstały później, a jeżeli tak to z czyjej winy. Dla wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie niezbędna byłaby opinia biegłego. Pozwany nie złożył jednak wniosku o dopuszczenie dowodu z takiej opinii, a złożona przezeń dokumentacja jest niewystarczająca w tej kwestii. Konsekwentnie, omawiane zastrzeżenia pozwanego w ocenie Sądu I instancji uznać należało za niewykazane. Sąd nie znalazł podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z urzędu.

Sąd Okręgowy odniósł się w pierwszej kolejności do podniesionego przez pozwanego zarzutu niedopuszczalności drogi sądowej i uznał ten zarzut za niezasadny. Wskazał, iż powódka dochodzi w niniejszym postępowaniu typowych roszczeń cywilnych, to jest roszczeń z umowy, podnosząc jednak, że za spełnienie owych roszczeń odpowiada podmiot trzeci, niebędący stroną umowy. Jako podstawę prawną swoich roszczeń, powódka wskazała przepisy ustawy z dnia 28 czerwca 2012r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r., poz. 891, dalej zwana u.s.n.p.). Pozwany natomiast wywiódł stąd, że przedmiotowe roszczenia dochodzone być mogą jedynie w postępowaniu administracyjnym. Jednak w ocenie Sądu Okręgowego przepisy tej ustawy nie znajdują w rzeczywistości zastosowania do roszczeń powódki.

Niezależnie od powyższego, Sąd Okręgowy wskazał, iż przewidziany w przepisach u.s.n.p., administracyjnoprawny tryb stwierdzenia odpowiedzialności Skarbu Państwa za zapłatę określonych należności nie pozbawia ich przymiotu należności cywilnoprawnych, które mogą być dochodzone w procesie cywilnym. Ewentualna przeszkoda w skuteczności dochodzenia tkwi w tym, że Sąd powszechny nie jest uprawniony do samodzielnego kwestionowania działań lub zaniechań (a tym bardziej do zastępowania działań) organów administracyjnych. Zasadzenie w procesie cywilnym świadczeń na podstawie przepisów u.s.n.p. byłoby zatem zasadniczo możliwe jedynie w tych przypadkach, gdyby organ podjął wszelkie decyzje, konieczne do stwierdzenia odpowiedzialności Skarbu Państwa za zapłatę należności w konkretnej wysokości, a tylko nie dokonał samej wypłaty. Nie legitymowanie się przez powoda stosownymi prejudykatami organu administracyjnego prowadziłyby natomiast do oddalenia powództwa – a nie do

odrzućenia pozwu. W ocenie Sądu I instancji droga sądowa przed sądem cywilnym jest więc, w niniejszej sprawie, dopuszczalna.

Powództwo nie zasługuje jednak na uwzględnienie. Stosownie do treści art. 1 ust. 1 u.s.n.p., ustawa ta dotyczy wyłącznie spłaty przez (...) niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez (...). Wykonawcą w rozumieniu u.s.n.p. jest natomiast (art. 4 pkt 2 u.s.n.p.) wykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907, dalej zwana p.z.p.) oraz każdy z podmiotów, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Zestawienie art. 2 pkt 11 i pkt 9b p.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że w rozumieniu tych przepisów (a w konsekwencji – także w rozumieniu art. 4 pkt 2 u.s.n.p.), podwykonawca nie jest wykonawcą, lecz *expressis verbis* „innym podmiotem” niż wykonawca.

Umowa z dnia 17 czerwca 2010 r., którą udzielono zamówienia publicznego na wykonanie robót pod nazwą „Budowa Autostrady (...)...”, zawarta została przez Skarb Państwa z (...) S.A., (...) Ltd., (...) S.A., (...) S.A. i (...) Ltd. Wymienieni kontrahenci Skarbu Państwa, w granicach wskazanej umowy, stanowili niewątpliwie wykonawców w rozumieniu art. 4 pkt u.s.n.p. Pierwotny kontrahent powódki – (...) S.A., do grona wskazanych wykonawców nie należał, lecz był jedynie podwykonawcą wykonawcy (...) S.A., na podstawie umowy z dnia 11 października 2010 r. Chybione jest natomiast w ocenie Sądu Okręgowego stanowisko powódki, jakoby zyskała ona przymiot podwykonawcy (przedsiębiorcy który zawarł umowę z wykonawcą) na skutek połączenia (...) S.A. i (...) S.A. Skutkiem połączenia spółek w trybie art. 492 § 1 pkt 1 k.s.h. jest wstąpienie przez spółkę przejmującą, z dniem połączenia, we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej (art. 494 § 1 k.s.h.), a nie powstanie nowych praw, skutecznych względem osób trzecich, których to praw spółka przejmowana nie miała. Stanowisko to byłoby słuszne, gdyby w chwili zawierania przez powódkę umowy nr (...) z (...) S.A., ten ostatni podmiot był – w zakresie objętych umową robót – podwykonawcą (...) S.A. W rzeczywistości jednak (...) S.A., podającą się w umowie z powódką za „wykonawcę”, była podwykonawcą (...) S.A. Na skutek połączenia (...) S.A. z (...) S.A., ta ostatnia spółka zaczęła więc występować w dwóch odrębnych rolach i stosunkach prawnych: jako wykonawca (kontrahent inwestora – Skarbu Państwa) z umowy z dnia 17 czerwca 2010 r. oraz jako podwykonawca (kontrahent wykonawcy – (...) S.A.) z umowy z dnia 11 października 2010 r. Tylko w związku z drugim z wymienionych stosunków, (...) S.A. wstąpiła w prawa i obowiązki względem powódki. Powódka nie zawierała natomiast jakiegokolwiek umowy z (...) S.A. jako wykonawcą. Zdaniem Sądu I instancji oznacza to, że połączenie (...) S.A. z (...) S.A. nie zmieniło pozycji powódki jako – według terminologii u.s.n.p. – przedsiębiorcy który zawarł umowę z podmiotem innym niż wykonawca. Już z tej przyczyny, treść art. 1 ust. 1 u.s.n.p. wyklucza, by przepisy u.s.n.p. mogły stanowić podstawę którychkolwiek spośród roszczeń powódki, objętych pozwem w niniejszej sprawie.

Ponadto - warunkiem koniecznym wypłaty przedsiębiorcy jakichkolwiek świadczeń na podstawie u.s.n.p. jest uprzednie umieszczenie go na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 u.s.n.p. (art. 6 i art. 7 ust. 1 u.s.n.p.). W związku z tym ujawnia się kolejna, istotna cecha u.s.n.p.: ustawa owa zawiera regulacje ze sfery prawa administracyjnego. W szczególności, to w trybie administracyjnym sporządzana jest przez (...) (dalej zwanego Generalnym Dyrektorem) lista, o której mowa w art. 5 ust. 3 (zd. 2) u.s.n.p. Bezspornym jest, że Generalny Dyrektor nie umieścił na takiej liście powódki, w związku z roszczeniami, obecnie przez powódkę dochodzonymi. Weryfikacja prawidłowości działań (zaniechań) Generalnego Dyrektora w tym zakresie zdaniem Sądu Okręgowego nie jest dopuszczalna w niniejszym postępowaniu. Wyłącznie właściwymi do oceny legalności ewentualnych działań i zaniechań organów pozwanego, jako organów postępowania administracyjnego, są bowiem określone organy administracji i sądy administracyjne. Oceny w tym zakresie nie może dokonać samodzielnie sąd powszechny w procesie cywilnym (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 maja 2013 r., I ACa 1042/12, LEX nr 1322742). W ocenie Sądu I instancji konsekwentnie, nieumieszczenie powódki na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 zd. 2 u.s.n.p., stanowi kolejną, samoistną przesłankę odmowy zasądzenia na rzecz powódki jakichkolwiek świadczeń na podstawie przepisów u.s.n.p.

Zbędne jest zatem bardziej szczegółowe analizowanie zarzutu pozwanego co do ograniczenia jego odpowiedzialności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 p.z.p. Dotyczący tej kwestii art. 2 u.s.n.p. kreuje normę, skierowaną do Generalnego Dyrektora. Określone ową normą ograniczenie odpowiedzialności znajduje

zastosowanie wyłącznie w postępowaniu administracyjnym przed Generalnym Dyrektorem, na etapie ustalania, w jakim zakresie zaspokojone być mają należności przedsiębiorców umieszczonych na liście (art. 2 w zw. z art. 5 ust. 4 oraz art. 9 u.s.n.p.). Sąd powszechny, który nie jest władny do zastępowania czynności organu administracji, nie może też zatem zastosować art. 2 u.s.n.p. Z analogicznej przyczyny chybione są zarzuty powódki co do bezprawności powoływanych przez pozwanego wypłat. Do stwierdzenia takiej bezprawności konieczne byłoby bowiem przedstawienie przez powódkę stosownego prejudykatu organu lub Sądu administracyjnego, czego jednak powódka nie uczyniła.

Stwierdzenie braku podstaw do zastosowania wobec roszczeń powódki przepisów u.s.n.p., oznacza, że roszczenia powoda ocenione zostać powinny przez pryzmat art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c., zgodnie z którym zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Do nabycia przmiotu podwykonawcy w rozumieniu art. 647⁽¹⁾ § 5 k.c. konieczne jest wszakże uprzednie spełnienie wymogu zgody inwestora, o której mowa w art. 647⁽¹⁾ § 3 w zw. z 2 k.c. Przedmiotowy wymóg nie został jednak przez powódkę spełniony. Przepis art. 647⁽¹⁾ § 2 (a więc odpowiednio i § 3) k.c. w odniesieniu do czynnej zgody inwestora, nie uzależnia jego odpowiedzialności od przedłożenia mu określonej dokumentacji dotyczącej współpracy, ale od wiedzy inwestora o umowie, jego świadomości co do skutków zaistnienia danego podmiotu w procesie inwestycyjnym. Zatem do powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora będącego osobą prawną, konieczna jest bezpośrednia wiedza o okolicznościach uzasadniających taką odpowiedzialność osób wchodzących w skład organu zarządzającego osoby prawnej. Nie jest natomiast wystarczająca ewentualna wiedza przedstawicieli technicznych inwestora na budowie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 października 2013 r., I ACa 1516/12, LEX nr 1392077). W przypadku Skarbu Państwa, w zakresie dotyczącym niniejszej sprawy, za „organ zarządzający” uznać należy (...), realizującego swoje zadania przy pomocy (...) (art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18a ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, t. jedn.: Dz. U. nr 19 z 2007 r., poz. 115 z późn. zm.).

W ocenie Sądu I instancji poczynione w niniejszej sprawie ustalenia faktyczne wykluczają przyjęcie, że przed dniem 7 marca 2012 r., to jest przed otrzymaniem przez inżyniera kontraktu pisma (...) S.A. z dnia 6 marca 2012r., pozwany wiedział o zawarciu umowy między powódką a podwykonawcą (...) S.A. Już sam fakt sporządzenia i wysłania wskazanego pisma można racjonalnie wytłumaczyć jedynie świadomością autora pisma, że pozwany o umowie nie wie. Brak jest wystarczających dowodów nawet na to, że stosowny organ pozwanego wiedział przed dniem 7 marca 2012 r. choćby o faktycznym wykonywaniu robót przez powódkę. Zgromadzony materiał wskazuje wręcz, że – wbrew twierdzeniom powódki – jej pracownicy nie tylko nie korzystali w trakcie wykonywania umówionych prac z odzieży z logo powódki, ale jeszcze po dniu 7 marca 2012 r. uchylali się od udzielenia odpowiedzi na pytania, dla kogo pracują. Nie ma natomiast przesądającego znaczenia zasygnalizowanie przez (...) S.A., podczas jednego z posiedzeń rady budowy zimą 2011/2012 r., zamiaru zgłoszenia powódki jako podwykonawcy, bez równoczesnego ujawnienia, iż doszło już do zawarcia umowy z powódką. Po pierwsze bowiem, informacja w takiej postaci, sama w sobie, nie przesądza (i nic nie wskazuje by została faktycznie zrozumiana jako forma przedstawienia informacji), że powódka już faktycznie wykonuje roboty jako podwykonawca. Co równie istotne, ujawnienie woli zgłoszenia w przyszłości określonego podmiotu jako podwykonawcy, z pewnością nie spełnia jeszcze, sformułowanego w art. 647¹ § 3 k.c., wymogu przedstawienia umowy z podwykonawcą lub jej projektu.

W odpowiedzi na pismo z dnia 6 marca 2012 r., jak i w odpowiedzi na dalsze pisemne wystąpienia o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z powódką jako podwykonawcą, formułowane była tymczasem konsekwentnie, przez inżyniera kontraktu i pozwanego, pisemne odpowiedzi odmowne. Ponawianie wystąpień o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z powódką jako podwykonawcą oznacza też zresztą, że autor tych wystąpień miał świadomość odmownego załatwienia swoich poprzednich wniosków. W ocenie Sądu Okręgowego nie można zgodzić się z twierdzeniem, że udzielenie przez Skarb Państwa zgody, by podwykonawcą była (...) S.A., na skutek utraty bytu przez ten ostatni podmiot, zaczęło wywierać skutek wyrażenia analogicznej zgody wobec powódki. Kontynuowanie przez powódkę prac mimo świadomości braku zgody inwestora było działaniem na własne ryzyko.

W ocenie Sądu Okręgowego - wobec zaś stwierdzonego braku zgody pozwanego z trybie art. 647¹ § 3 k.c., powódka – w relacji z pozwanym – nie może zostać uznana za podwykonawcę w rozumieniu art. 647¹ k.c. i stąd nie przysługuje jej roszczenie oparte na dyspozycji art. 647¹ § 5 k.c.

Ze względu na treść faktycznej podstawy powództwa Sąd Okręgowy rozważał jeszcze czy dochodzone roszczenia nie przysługują powódce na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu i uznał, iż powództwo jest niezasadne również na tej podstawie prawnej. W korzyści z robót, faktycznie wykonanych przez powódkę, pozwany nie uzyskał bez podstawy prawnej (art. 405 k.c. a contrario), lecz na podstawie umowy z generalnymi wykonawcami, wykonującymi swoje zobowiązanie m. in. z udziałem zatwierdzonego podwykonawcy (...) S.A. Również z punktu widzenia powódki, roboty nie zostały przez nią wykonane bezpodstawnie, lecz na podstawie umów z (...) S.A. Sąd Okręgowy wskazał ponadto, iż zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę (odpowiednio – podwykonawcę) umowy z podwykonawcą ma jedynie znaczenie dla powstania odpowiedzialności solidarnej za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Brak takiej zgody nie rzutuje jednak na ważność umowy o podwykonawstwo w relacji między powódką a (...) S.A. Kwestią wtórną i nieistotną z punktu widzenia pozwanego jest natomiast, że powódka może faktycznie nie uzyskać zaspokojenia całości swoich roszczeń, ze względu na ogłoszenie upadłości następcy prawnego (...) S.A.

Obowiązek pozwanego zapłaty generalnym wykonawcom za umówione roboty, w tym i za objęte umową z generalnymi wykonawcami roboty, wykonane faktycznie przez powódkę, wyklucza też, by wartość wykonanych robót stanowiła po stronie pozwanego korzyść majątkową (art. 405 k.c. a contrario). W tym układzie, wzbogaconym kosztem powódki mógłby co najwyżej być jeden z generalnych wykonawców lub zatwierdzony podwykonawca, który otrzymałby wynagrodzenie za roboty, wykonane faktycznie przez powódkę.

Z tych też względów Sąd Okręgowy oddalił powództwo i o kosztach orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Od powyższego wyroku **apelację** wniosła strona powodowa, zaskarżając go w całości i podnosząc następujące zarzuty:

1. naruszenia prawa materialnego, tj. art. 647¹ § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na przyjęciu, że zgłoszenie podwykonawcy w trybie art. 647¹ § 2 i 3 k.c. dla swej skuteczności wymaga uzyskania „uprzedniej” zgody inwestora, podczas gdy prawidłowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że zgoda inwestora może zostać wyrażona do czasu zakończenia robót budowlanych,
2. naruszenia prawa materialnego, tj. art. 65 § 2 k.c. i 647¹ § 4 k.c., polegającą na przyjęciu, że zgodnym zamiarem stron i celem umowy o podwykonawstwo robót budowlanych było objęcie zakresem obowiązków stron treści dokumentu p/n Warunki Kontraktowe Ogólne i Warunki Kontraktowe Szczególne - (...), nie spełniających nadto wymogów co do formy pisemnej umowy o podwykonawstwo robót budowlanych,
3. naruszenia przepisów postępowania tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolne oparcie ustaleń faktycznych, że zawarta przez Skarb Państwa - (...) z konsorcjum (...) S.A. i in., umowa z dnia 17 czerwca 2010 r., obejmowała treść tzw. Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu, podczas gdy treść tej umowy nie jest znana,
4. naruszenia przepisów postępowania - art. 229 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że bezspornym było, iż zawarta przez Skarb Państwa - (...) z konsorcjum (...) S.A., umowa z dnia 17 czerwca 2010r., obejmowała treść tzw. Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu, podczas gdy treść tej umowy nie jest znana, a strony nie wypowiedziały się, aby umowa ta obejmowała treść tzw. Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu,
5. naruszenia prawa materialnego, tj. art. 95 § 2 k.c. i 104 k.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na przypisaniu Pozwanemu jednostronnego oświadczenia woli złożonego w piśmie z dnia 12 marca 2012 r. przez osobę przez Pozwanego nieumocowaną tj. J. S.,

6. naruszenia przepisów postępowania - art.233 § 1 k.p.c. poprzez całkowicie dowolne przyjęcie, że inwestor zgłosił sprzeciw lub zastrzeżenie w terminie 14 dni od daty przedstawienia mu umowy o podwykonawstwo robót budowlanych, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dostarczył jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie tego, że sprzeciw inwestora został zgłoszony do oznaczonego adresata w terminie zawitym 14 dni licząc od dnia 7 marca 2012r. tj. przedstawienia mu umowy o podwykonawstwo robót budowlanych,

7. naruszenia prawa materialnego, tj. art. 647¹ § 2 i 3 k.c. w zw. z art. 61 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie przepisów art. 647¹ § 2 i 3 k.c. do stanu faktycznego, który nie odpowiadał hipotezie tych przepisów, tj. pomimo braku ustalenia skutecznego doręczenia sprzeciwu inwestora w trybie art. 647¹ § 2 i 3 k.c. i w konsekwencji przyjęcie, że skuteczne jest oświadczenie woli, z którym adresat nie mógł się zapoznać,

8. naruszenia prawa materialnego, tj. art. 647¹ § 2 i 3 k.c. poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na przyjęciu, że skuteczny jest sprzeciw inwestora wyrażony po upływie terminu 14 dni od daty przedstawienia mu umowy z podwykonawcą w trybie art. 647¹ § 2 i 3 k.c. oraz jednocześnie naruszenie prawa materialnego i procesowego tj. art. 1 ust. 1, art. 5-8 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, art. 1 i art. 417¹ k.c., art. 1 i art. 1 i 3 k.p.c. oraz art. 1 ustawy - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi poprzez ich błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, że Powódka winna uprzednio wyczerpać administracyjny i sądowno-administracyjny tryb dochodzenia roszczenia o zapłatę na podstawie powołanej ustawy z 28 czerwca 2012 r., podczas gdy przepisy prawa obowiązku takiego na powoda nie nakładają, natomiast sprawa ma charakter cywilnoprawny i należy w pełnym zakresie do kognicji Sądów powszechnych,

9. naruszenia prawa materialnego, tj. art. 1 ust. 1 oraz art. 4 pkt 1 i 2 powołanej wyżej ustawy z 28 czerwca 2012 r. poprzez jego błędną wykładnię skutkującą przyjęciem, że Powódka nie jest przedsiębiorcą, którego wiąże umowa z wykonawcą w rozumieniu tej ustawy, podczas gdy art. 1 ust. 1 i art. 4 pkt 1 ustawy z 28 czerwca 2012 r. wiąże odpowiedzialność Pozwanego jedynie z faktem związania węzłem umownym choćby z jednym z członków konsorcjum (wykonawców) zamówienia publicznego i nie uzależnia tej odpowiedzialności od charakteru prawnego wzajemnych, wewnętrznych rozliczeń pomiędzy wykonawcami tworzącymi konsorcjum.

W konsekwencji skarżący o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powódki kwoty 1.711.056,34 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od:

- kwoty 9.299,72 zł od dnia 14 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty;

- kwoty 276.633,20 zł od dnia 10 lutego 2012 r. do dnia zapłaty;

- kwoty 18.909,66 zł od dnia 10 lutego 2012 r. do dnia zapłaty;

- kwoty 575.532,90 zł od dnia 2 marca 2012 r. do dnia zapłaty;

- kwoty 15.910,06 zł od dnia 2 marca 2012 r. do dnia zapłaty;

- kwoty 110.761,66 zł od dnia 3 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty;

- kwoty 704.009,14 zł od dnia doręczenia Pozwanemu pisma procesowego Powódki z 7 maja 2013 r. zawierającego rozszerzenie powództwa do dnia zapłaty oraz zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powódki kosztów procesu za obydwie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych; względnie, uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania, w tym także apelacyjnego, według norm przepisanych.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda na rzecz Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kosztów procesu wg norm przepisanych.

W toku postępowania apelacyjnego ogłoszono upadłość likwidacyjną strony powodowej i do postępowania wstąpił w jej miejsce Syndyk Masy Upadłości (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej. Podtrzymał apelację złożoną przez Spółkę.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest częściowo uzasadniona. Sąd Apelacyjny podziela co do zasady ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji, z wyjątkiem o którym mowa dalej oraz częściowo ich ocenę prawną.

W szczególności zasadny jest zarzut naruszenia art. 647¹ § 2 k.c. Przepis ten nie wskazuje terminu końcowego do jakiego momentu podwykonawca może być zgłoszony. W orzecznictwie wskazuje się, iż powiadomienie inwestora o podwykonawcy może nastąpić w różnym czasie, nie tylko przed rozpoczęciem prac, lecz również do czasu ich zakończenia, a nawet później (Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 25 czerwca 2015r. I ACa 553/15 oraz w wyroku z dnia 28 kwietnia 2015r. I ACa 197/15). W ocenie Sądu Apelacyjnego w obecnym składzie - podwykonawca może być zgłoszony do czasu zakończenia wykonywania robót budowlanych. Skoro przepis nie wskazuje wyraźnie końcowego terminu, a zgodnie z § 5 tego przepisu odmienne postanowienia umów są nieważne, to strony nie mogły narzucić mniej korzystnego dla podwykonawcy terminu, bowiem istotą tego przepisu jest ochrona podwykonawcy. A zatem zgłoszenie podwykonawcy w dniu 6 marca 2012r. nie było zgłoszeniem spóźnionym mimo, iż nie został zachowany tryb wskazany w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu zakładający przedstawienie inwestorowi do akceptacji projektu umowy przed przystąpieniem podwykonawcy do wykonania prac.

Nie jest natomiast zasadny zarzut błędnych ustaleń faktycznych i związany z tym zarzut naruszenia art. 65§2 k.c. i art. 647¹ §4 k.c. Jak wynika z zapisów umowy zawartej przez powoda z (...) SA z dnia 1 września 2011r., w szczególności z § 2 ust. 2 i 3 – przedmiot umowy obejmował wykonanie prac mających na celu kompleksową realizację przedmiotu umowy wynikającego z Warunków Kontraktu, przy czym w ust. 3 wymieniono zarówno Warunki Szczegółowe Kontraktu, jak i Warunki Ogólne Kontraktu. Natomiast z §16 wprost wynika, iż w sprawach nieuregulowanych w umowie miały mieć zastosowanie Warunki Kontraktu oraz przepis k.c., a zatem wbrew twierdzeniom apelacji umowa obejmowała zarówno ogólne, jak i szczegółowe warunki kontraktu. Wprawdzie podwykonawcy mogła nie być znana dokładnie umowa zawarta między (...) SA a (...) SA, ale to nie ta umowa, lecz Ogólne i Szczególne Warunki Kontraktu miały znaczenie w niniejszej sprawie. Skoro podwykonawca miał wykonywać kompleksową realizację przedmiotu umowy wynikającą z Warunków Kontraktu, to nie jest możliwe, aby nie znał tego dokumentu.

Zasadny jest natomiast zarzut błędnych ustaleń faktycznych dotyczący skutecznego zgłoszenia sprzeciwu do zatrudnienia podwykonawcy przez inwestora w marcu 2012r. Uprawnienia J. S. jako inżyniera rezydenta zostały określone w Ogólnych Warunkach Kontraktu – w subklauzuli 3.2 wskazano, iż działa on jako pełnomocnik Inżyniera kontraktu. Natomiast inżynier kontraktu może korzystać z uprawnień przypisanych mu w kontrakcie lub jednoznacznie z niego wynikających (3.1.). Do akt niniejszej sprawy nie złożono umowy zawartej między Inżynierem kontraktu a Zamawiającym, z którego wynikałyby uprawnienia Inżyniera. W szczegółowych Warunkach Kontraktu wskazano, iż Inżynier ma uprawnienia szczegółowo wyszczególnione w kontrakcie lub w oczywisty sposób z jego wynikające, ale musi uzyskać pod rygorem nieważności pisemne uzgodnienie Zamawiającego przed wydaniem rozstrzygnięcia wynikającego z poszczególnych Subklauzul, w tym subklauzuli 4.4. Podwykonawcy (k. 215). Natomiast zgodnie z subklauzulą 4.4. Szczegółowych Warunków Kontraktu – Inżynier kontraktu, a tym samym także Inżynier rezydent, nie miał prawa zgłaszania sprzeciwu ani wyrażania zgody na zatrudnienie podwykonawców, a jedynie opiniował wniosek i przedstawiał go do decyzji (...). W niniejszej sprawie pismo Inżyniera rezydenta z dnia 12 marca 2012r. należy potraktować jako poinformowanie powoda o negatywnej opinii tj. jak to wskazał świadek - odmowę rekomendacji (k. 577 zeznania J. S.). Wniosek przesłany przez wykonawcę do Inżyniera Kontraktu został jednocześnie przesłany przez niego (...), a otrzymanie go przez inwestora zostało potwierdzone w zeznaniach świadka S. T. (1) (k. 575). Z dokumentów zgromadzonych w aktach nie wynika, aby Zamawiający w terminie 14 dni zgłosił na

piśmie sprzeciw co do wykonywania prac przez podwykonawcę. Wprawdzie - jak wynika z utrwalonego orzecznictwa - strony umowy mogą sprecyzować kompetencje inżyniera kontraktu w bardzo szerokim zakresie i ustalić, z będzie on działał w imieniu inwestora (wyrok SN z 06 lutego 2015r. I CSK 327/14 LEX 1652381), ale w niniejszej sprawie nie wykazano, aby Inżynier kontraktu, ani tym bardziej Inżynier rezydent posiadał takie kompetencje. Świadek J. S. wręcz zaprzeczył, aby miał prawo wyrażać w imieniu inwestora sprzeciw co do zatrudnienia podwykonawcy (k. 577). Samo poinformowanie o odmowie rekomendacji nie stanowi sprzeciwu. Sam fakt, iż po pierwszej próbie zgłoszenia podwykonawcy, wykonawca podejmował jeszcze kolejne, nie były wynikiem wiedzy, że nie ma takiej zgody, ale wynikiem problemów z wykładnią pisma Inżyniera rezydenta. Inwestor miał zatem 14 dni od otrzymania wniosku na zajęcie formalnego stanowiska. Z przeprowadzonego materiału dowodowego nie wynika, aby w tym terminie taki sprzeciw zgłosił. Ustawa wymaga formy pisemnej na zgłoszenie takiego sprzeciwu, a zatem ewentualna inna forma odmowy wyrażenia zgody nie ma tu znaczenia. Również wyrażane już później formalne odmowy wyrażenia zgody nie mają znaczenia, bowiem ustawa stanowi, iż brak wyrażenia sprzeciwu na piśmie w terminie 14 dni uważa się za wyrażenie zgody. Nie jest to zgoda wyrażana w sposób dorozumiany, lecz tzw. zgoda przez przemilczenie. Jej warunkiem jest przedstawienie inwestorowi warunków umowy wraz dokumentacją dotyczącą wykonania robót, a takie dokumenty zostały inwestorowi przesłane. Inwestor miał zatem wiedzę istotnych elementach umowy, tj. o zakresie wykonywanych prac oraz o wynagrodzeniu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego - brak sprzeciwu lub zastrzeżeń zamawiającego w terminie 14 dni od przedstawienia umowy z podwykonawcą, oznacza, iż wyrażono zgodę na zatrudnienie podwykonawcy. Prace zostały co do zasady wykonane i odebrane, a zatem podwykonawca wykonał swoje obowiązki wynikające z umowy. Powód podjął się kontynuacji prac mimo wiedzy o zbliżającej się upadłości jego kontrahenta, co mógł przypuszczać już samego faktu, iż nie płacono mu na czas. Sam Inżynier rezydent wskazuje w swoich zeznaniach, iż przekazywano jednemu z wykonawców, że trzeba zgłosić powodową firmę zamawiającemu (k. 577), że zgłoszenie tej firmy zostało uzgodnione, aby dokończył budowę w zamian za upadające firmy, które stanowiły konsorcjum. Sam fakt, iż podwykonawca nie był wykazywany w miesięcznych zestawieniach podwykonawców, nie oznacza, iż go nie było na budowie, ani że Inwestor o nim nie wiedział. Już zimą 2012r. wszyscy wiedzieli, iż wykonuje on prace za (...), bowiem (...) już nie istniała, choć nadal była wykazywana w grafikach jako zatwierdzony podwykonawca, a (...) już upadała. W istocie w dokumentacji wykazywano prace wykonywane przez powoda, którego zakres prac był taki sam jak zakres prac (...).

Inwestor ponosi zatem odpowiedzialność solidarną za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy stosownie do art. 647¹§5 k.c. W tym zatem zakresie - w odniesieniu do roszczeń wynikających z umowy z 1 września 2011r. apelację należy uznać za zasadną i zmienić zaskarżone orzeczenie zasądzając na rzecz powoda kwotę stanowiącą zapłatę za prace wykonane w ramach tej umowy. Skarb Państwa odpowiada na tej podstawie jedynie za należności główne, a zatem odsetki za opóźnienie należy liczyć nie od daty wymagalności liczonej dla kontrahenta z umowy, lecz od daty wezwania do zapłaty skierowanego na tej podstawie faktycznej wobec inwestora. W niniejszej sprawie doręczenie wezwania do zapłaty kwoty 908 831,54 zł z dnia 8 czerwca 2012r. nastąpiło w dniu 19 czerwca 2012r., a zatem odsetki mogą liczone w tej kwestii od dnia następnego, natomiast w pozostałej części wezwano do zapłaty pismem z dnia 16 sierpnia 2012r. doręczonym w dniu 19 sierpnia 2012r., a zatem odsetki powinny być naliczane od dnia następnego. Rozstrzygnięcie o odsetkach oparte jest na treści art. 481§1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c.

Pozostałe dwie umowy nie zostały zgłoszone pozwanemu jako zamawiającemu w trybie art. 647¹ k.c., nie wykazano też, aby zamawiający wyraził dorozumianą zgodę na wykonywanie przez powódkę tych prac. Brak jest zatem możliwości zasądzenia tych należności na podstawie ww. przepisu.

Nie jest również zasadny zarzut naruszenia przepisów opisanej wyżej ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców. Przepisy tej ustawy mają zastosowanie jedynie do podwykonawców, który zawarł umowę z wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy prawo zamówień publicznych lub z każdym z podmiotów, które wspólnie ubiegały się o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane. Art. 1 tej ustawy wyraźnie odsyła do faktu „zawarcia umowy” w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, oznacza to odesłanie do stanu z daty zawarcia umowy, nie

obejmuje natomiast późniejszych przekształceń podmiotowych. Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie ustalenia, jak i wykładnię przepisów dokonaną przez Sąd Okręgowy. Nie ulega wątpliwości, iż powód był podwykonawcą podwykonawcy. Wskutek przejęcia spółki (...) SA przez (...) SA, ta druga spółka przejęła prawa i obowiązki pierwszej spółki, a nie odwrotnie. Zasadnie zatem Sąd Okręgowy uznał, iż powód nie spełnia kryteriów ustawy do domagania się należności wynikających z dwóch pozostałych umów w trybie ww. ustawy.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, iż sądownictwo administracyjne konsekwentnie odmawia uznania administracyjnej drogi zaskarżenia decyzji (...) co do umieszczenia podwykonawcy na liście przedsiębiorców spełniających wymogi ustawy sporządzanej na podstawie art. 5 ww. ustawy (uchwała 7 sędziów NSA z 24 lutego 2014r. sygn. akt II GPS 4/13 Lex 1427303). W tej sytuacji, mimo odmiennych poglądów części doktryny, należy zgodnie z art. 199¹ k.p.c. uznać za dopuszczalną drogę sądową w takich sprawach, zarówno co do umieszczenia na liście przedsiębiorców, jak i samej zapłaty. Nie mniej jednak, wobec niespełnienia przez powoda wymogów ustawy, brak jest podstaw do zasądzenia należności od Skarbu Państwa na tej podstawie. Orzeczenie Sądu Okręgowego jest w tej kwestii prawidłowe, a zarzuty apelacji w konsekwencji niezasadne.

O kosztach za pierwszą instancję w konsekwencji zmiany rozstrzygnięcia głównego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 385 i 386§1 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.