

Sygn. akt V AGa 115/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2022 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Anna Strugała (spr.)

Sędziowie: SA Leszek Jantowski

SA Wiesław Łukaszewski

Protokolant: sekretarz sądowy Anna Anuszkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 28 kwietnia 2022 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości (...)Spółki Akcyjnej w P.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w W. oraz (...)Przedsiębiorstwu (...)Spółce
z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 30 stycznia 2021 r., sygn. akt IX GC 320/14, uzupełnionego wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 24 kwietnia 2021r., sygn. akt IX GC 320/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że:

a) zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 25.376.574,75 zł (dwadzieścia pięć milionów trzysta siedemdziesiąt sześć tysięcy pięćset siedemdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt pięć groszy) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie:

- od kwoty 23.614.508,47 zł (dwadzieścia trzy miliony sześćset czternaście tysięcy pięćset osiem złotych czterdzieści siedem groszy) od dnia 6 marca 2014r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 1.762.066,28 zł (jeden milion siedemset sześćdziesiąt dwa tysiące sześćdziesiąt sześć złotych dwadzieścia osiem groszy) od dnia 15 kwietnia 2016r. do dnia zapłaty,

b) zasądza od pozwanego(...)Przedsiębiorstwa (...)spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. na rzecz powoda ustawowe odsetki za opóźnienie od kwoty 1.652.257,18 zł (jeden milion sześćset pięćdziesiąt dwa tysiące dwieście pięćdziesiąt siedem złotych osiemnaście groszy) od dnia 6 maja 2014r. do dnia 14 kwietnia 2016r.,

c) oddala powództwo w stosunku do obu pozwanych w pozostałym zakresie;

II. oddala apelację pozwanych w pozostałej części;

III. oddala apelację powoda;

IV. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty procesu w postępowaniu apelacyjnym;

V. zwraca powodowi ze Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Gdańsku kwotę 40.000 zł (czterdzieści tysięcy złotych) tytułem opłaty od zażalenia uznanego za oczywiście uzasadnione.

SSA Wiesław Łukaszewski SSA Anna Strugała SSA Leszek Jantowski

Sygn. akt V AGa 115/21

UZASADNIENIE

Powód (...)Spółka Akcyjna w upadłości układowej w P., pozwem z dnia 19 marca 2014 r. (data stempla pocztowego na kopercie nadawczej – k.108) wniósł o zasądzenie na swoją rzecz, solidarnie od pozwanych (...)Spółki Akcyjnej w W. (dalej jako: pozwany ad. 1) i (...) Przedsiębiorstwo (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. (dalej jako pozwany ad. 2), kwoty 23.844.143,06 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 marca 2014 r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew, złożonej w pierwszej kolejności przez pozwanego ad. 2, wniósł on o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na swoją rzecz od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W swojej odpowiedzi na pozew, pozwany ad. 1 również wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W replice na odpowiedzi na pozew, wniesione przez pozwanych, powód podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Z ostrożności jednak powód wniósł o miarkowanie kary umownej na wypadek, gdyby Sąd uznał, że odstąpienie powoda od umowy było nieskuteczne. Zdaniem powoda kara ta jest rażąco wygórowana, a powód w znacznej mierze wykonał swoje zobowiązanie z umowy podwykonawczej.

Pozwany ad. 2 w dalszych pismach podtrzymywał swoje stanowisko

Pozwany ad. 1 w dalszych pismach procesowych również podtrzymał dotychczasowe stanowisko, dzieląc jednocześnie stanowisko i argumentację pozwanego ad. 2.

W piśmie z dnia 23 marca 2016 r. (uzupełnionym w dniu 19 kwietnia 2016 r.) powód rozszerzył powództwa, domagając się ostatecznie zasądzenia solidarnie od pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 na swoją rzecz kwoty 34.423.902,42 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty:

- 23.844.143,00 zł wynikającej z faktury VAT nr (...)z 31 grudnia 2013 r. – od dnia 6 marca 2014 r. do dnia zapłaty, co stanowiło dotychczasowe żądanie pozwu (dalej jako roszczenie A);
- 1.652.257,18 zł od dnia 6 maja 2014 r. do dnia zapłaty (dalej jako roszczenie B),
- 745.190,86 zł od dnia następnego po dniu doręczenia pozwanym odpisu pisma rozszerzającego powództwo (dalej jako roszczenie C),
- 122.653,05 zł od dnia następnego po dniu doręczenia pozwanym odpisu pisma rozszerzającego powództwo (dalej jako roszczenie D),

- 198.789,74 zł od dnia następnego po dniu doręczenia pozwanym odpisu pisma rozszerzającego powództwo (dalej jako roszczenie E),
- 291.035,37 zł od dnia następnego po dniu doręczenia pozwanym odpisu pisma rozszerzającego powództwo (dalej jako roszczenie F),
- 2.123.807,18 zł od dnia następnego po dniu doręczenia pozwanym odpisu pisma rozszerzającego powództwo (dalej jako roszczenie G),
- 3.308.820,69 zł od dnia następnego po dniu doręczenia pozwanym odpisu pisma rozszerzającego powództwo (dalej jako roszczenie H),
- 2.137.206,29 zł od dnia następnego po dniu doręczenia pozwanym odpisu pisma rozszerzającego powództwo (dalej jako roszczenie I),

a także kosztami zastępstwa procesowego uwzględniającymi rozszerzenie powództwa.

Ewentualnie powód wniósł także o zasądzenie kwot objętych rozszerzonym powództwem solidarnie od pozwanych w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, w razie uznania, że powód wykonywał prace całkowicie poza umową, gdyby umowa podwykonawcza była nieważna lub niezawarta w całości, z uwagi na brak ustalenia w niej essentialia negotii w postaci precyzyjnego określenia zobowiązania powoda, albo też częściowo poza umową – w zakresie prac dodatkowych, gdyby uznać, że nie doszło między powodem a pozwanym ad. 2 we wspólnym oświadczeniu do uzgodnienia essentialia negotii w postaci ceny za prace dodatkowe. W takim przypadku zdaniem powoda wysokość roszczeń będzie tożsama, a wzbogaceni zostali obaj pozwani, bowiem pozwany ad. 1 jest jedynym współnikiem pozwanego ad. 2, a co za tym idzie wzbogacenie tego ostatniego skutkuje wzbogaceniem pozwanego ad. 1. Realizacja przez powoda prac stanowiła przy tym realizację umowy głównej. W tym zakresie odpowiedzialność pozwanych przybierałaby postać in solidum.

Powód podkreślał także, że nigdy jego zamiarem nie było zobowiązanie się w umowie podwykonawczej do wykonania za cenę ryczałtową nieokreślonego i tym samym nieograniczonego zakresu prac. W tym kontekście, jeżeli pozwany ad. 2 rzeczywiście rozumiał umowę tak, jak to przedstawia, to między stronami doszło do dyssensu w zakresie składanych przy zawieraniu umowy podwykonawczej oświadczeń woli.

W odpowiedzi na rozszerzenie powództwa pozwany ad. 2 wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz od powoda kosztów procesu z uwzględnieniem rozszerzenia powództwa.

Pozwany ad. 1 w odpowiedzi na rozszerzenie powództwa, podobnie jak pozwany ad. 2 wniósł o oddalenie powództwa także w rozszerzonej części i zasądzenie na swoją rzecz od powoda kosztów procesu z uwzględnieniem rozszerzenia, twierdząc, że roszczenia powoda oparte zarówno na stosunku umownym jak i alternatywnie – przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu są niezasadne.

W toku procesu Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w Poznaniu XI Wydział Gospodarczy do spraw upadłościowych i restrukturyzacyjnych postanowieniem z dnia 25 listopada 2016 w sprawie (...) ogłosił upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika (...) S.A. (k. 19.322). W dniu 15 marca 2017 r. Syndyk Masy Upadłości (...) S.A. wstąpił do niniejszego postępowania w charakterze powoda (k.19.510). Jako, że na dzień wniesienia pozwu powodem było (...) S.A., a podstawą faktyczną powództwa są czynności podejmowane przez tą spółkę Sąd w niniejszym uzasadnieniu posługując się terminem powód odnosił się do (...) S.A., a odnośnie zdarzeń, które zaszły po ogłoszeniu upadłości tej spółki – do Syndyka Masy Upadłości.

Strony aż do zamknięcia rozprawy podtrzymywały swoje dotychczasowe stanowiska, nie dochodząc do porozumienia w zakresie możliwości ugodowego zakończenia sporu. Sąd na wniosek stron w pierwszej fazie procesu skierował

je do mediacji, która trwała około roku czasu, a następnie po przeprowadzeniu całego postępowania, również na wniosek stron, Sąd odraczał rozpoznanie sprawy i zawieszał postępowanie celem umożliwienia dalszych negocjacji, które okazały się jednak bezowocne.

Wyrokiem z dnia 30 stycznia 2021 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku:

I. zasądził od pozwanych (...) Spółki Akcyjnej w W. oraz (...) Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. solidarnie na rzecz powoda Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki Akcyjnej w P. kwotę 25.631.464,41 zł wraz ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 23.844.142,06 zł od dnia 6 marca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r.,
- od kwoty 1.652.257,18 zł od dnia 6 maja 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015r.,

oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie:

- od kwoty 23.844.142,06 zł od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 1.652.257,18 zł od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 135.065,17 zł od dnia 1 kwietnia 2016 r. do dnia zapłaty;

I. zasądził od pozwanych (...) Spółki Akcyjnej w W. oraz (...) Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. solidarnie na rzecz powoda Syndyka Masy Upadłości (...) Spółki Akcyjnej w P. kwotę 90.606 zł;

II. nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego od pozwanych kwotę 17.877 zł, a od powoda kwotę 6.281 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Wyrokiem uzupełniającym z dnia 24 kwietnia 2021 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku:

I. uzupełnił wyrok z dnia 30 stycznia 2021 r., sygn. akt IX GC 320/14 w ten sposób, iż w punkcie I dodał rozstrzygnięcie o brzmieniu: „a w pozostałym zakresie oddała powództwo”;

I. w pozostałym zakresie oddała wnioski pozwanych o uzupełnienie wyroku z dnia 30 stycznia 2021 r., sygn. akt IX GC 320/14.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach i rozważaniach:

W dniu 26 maja 2010 roku konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) Spółka Akcyjna w W. oraz (...) Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. zawarło z zamawiającym - (...) Spółką Akcyjną w W. umowę nr (...) na zaprojektowanie i wykonanie modernizacji linii kolejowej (...), etap II, odcinek (...) w ramach projektu (...). Liderem Konsorcjum wykonawców było Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W..

Umowa główna dotyczyła modernizacji odcinka linii kolejowej nr (...), zlokalizowanego na terenie województwa (...) oraz (...) od km 3,900 (...) do km 61,350 (...). Umowa ta podlegała kilkukrotnemu aneksowaniu, m.in. aneksem nr (...) wprowadzono zmianę w zakresie pierwotnego terminu zakończenia prac, określając go ostatecznie na dzień 30 listopada 2015 r.

Z uwagi na wydane w dniu 13 września 2012 r. przez Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi - Północ w Warszawie postanowienie o ogłoszeniu upadłości układowej Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., które to przedsiębiorstwo odpowiadało za większość prac objętych umową zawartą przez konsorcjum z pozwanym ad.

1, pozwany ad. 2 przejął funkcję lidera konsorcjum i wraz z (...)Spółką Akcyjną w W. zmuszeni byli do realizacji umowy mimo upadłości swojego konsorcjanta. W związku z tym, że pozwany ad. 2 nie był w stanie samodzielnie zrealizować zakresu przejętego do wykonania od Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., pojawiła się konieczność niezwłocznego pozyskania ofert i wyboru podwykonawcy, który zrealizuje zakres robót pierwotnie planowany do wykonania przez Przedsiębiorstwo(...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W..

Pozwany ad. 2 przeprowadził postępowanie, wysyłając zapytania ofertowe do wytypowanych przez siebie podmiotów, w tym do powoda. Zapytanie ofertowe do powoda zostało przez pozwanego ad. 2 wysłane w dniu 5 marca 2013 r. i zawierało informacje, iż kontrakt, którego dotyczą prace objęte zapytaniem ofertowym jest umową typu „projektuj i buduj”, której przedmiot został podzielony na odcinki: I (...) – posterunek odgałęźny (...) (zrealizowany przez Przedsiębiorstwo (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W.); II – posterunek odgałęźny (...) + posterunek odgałęźny (...) - posterunek odgałęźny (...) + posterunek odgałęźny (...); III – stacja (...) (planowany do realizacji przez pozwanego ad. 2); IV – (...); V – stacja (...); VI – odcinek (...) (planowany do realizacji przez pozwanego ad. 2); VII – stacja (...); VIII i IX – odcinek (...); X i XI – stacja (...) i odcinek (...) (zrealizowany przez Przedsiębiorstwo(...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W.).

Samo zapytanie ofertowe dotyczyło odcinków II, IV, V, VII, VIII i IX i stwierdzało, iż zakresy robót dla poszczególnych odcinków zawarte są w Rozbiciu Ceny Ofertowej, stanowiącym załącznik do zapytania ofertowego. W zapytaniu informowano także, że szczegółowe zakresy robót do wykonania zawarte zostały w programie funkcjonalno – użytkowym oraz pytaniach i odpowiedziach zamawiającego (pозwanego ad. 1) z etapu procedury przetargowej, które to dokumenty zostały załączone do zapytania ofertowego.

W zapytaniu zaznaczono, że składając ofertę należy bazować na zakresach robót opisanych w programie funkcjonalno-użytkowym oraz informacjach wynikających z pytań i odpowiedzi zamawiającego. Wskazano również, iż dokumentacja projektowa jest w trakcie opracowania przez (...)z Ł. oraz że pozwany ad. 2 przekaże stosowną dokumentację po jej opracowaniu, natomiast ewentualne roboty dodatkowe wynikające z dokumentacji projektowej, które nie zostały ujęte w programie funkcjonalno-użytkowym, będą rozliczane odrębnie, na podstawie roszczeń Wykonawcy do Zamawiającego, składanych w oparciu o roszczenia Podwykonawcy do Wykonawcy. Zapłata za roboty dodatkowe nastąpić miała po uznaniu roszczeń przez Zamawiającego.

Do zapytania ofertowego dołączone zostały: Rozbicie Ceny Ofertowej – załączniki nr (...); program funkcjonalno - użytkowy – załącznik nr (...); pytania i odpowiedzi zamawiającego (pозwanego ad. 1) z etapu procedury przetargowej - załącznik nr (...); ramowy harmonogram robót - załącznik nr (...); warunki do harmonogramu - załącznik nr (...); wzór formularza ofertowego - załącznik nr (...); wzór oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - załącznik (...); wzór weksla własnego - załącznik (...) oraz wzór deklaracji wekslowej - załącznik (...).

Zgodnie z treścią Rozbicia Ceny Ofertowej – płatności wszystkich wskazanych tam pozycji dokonywane miały być na podstawie ustalonej kwoty ryczałtowej, a opisy pozycji tam się znajdujące nie miały być uznawane za ograniczające obowiązki wynikające umowy. Podkreślono w Rozbiciu Ceny Ofertowej także to, iż kwoty wniesione do tego dokumentu odnosić się będą do całościowego ukończenia prac w każdym względzie i uważać się będzie, że uwzględniają one wszystkie wymagania i zobowiązania zawarte, wyrażone jak i wynikające ze wszystkich części kontraktu, a także, że pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej zostały odpowiednio wycenione. Kwota objęta rozbiem ceny ofertowej uwzględniać miała wszystkie dodatkowe nieprzewidziane wydatki oraz ryzyka każdego rodzaju konieczne do zbudowania, ukończenia i utrzymania przedmiotu Robót zgodnie z Kontraktem. Jeżeli nie wyodrębniono by danej pozycji w Rozbiciu Ceny Ofertowej, należało całościowo uwzględnić wszystkie stawki i kwoty dla wszystkich występujących kosztów. Kwoty wskazane we wszystkich pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej musiały być w odpowiednim stosunku do kosztu wykonania robót opisanych w Kontrakcie. Wszystkie koszty ogólne, zyski, narzuty i temu podobne opłaty (o ile nie byłyby wyszczególnione oddzielnie), które odnoszą się do Kontraktu jako całości miały być rozłożone na wszystkie kwoty w Rozbiciu Ceny Ofertowej, podczas gdy te pozycje, które miały zastosowanie do Szczegółowych Warunków Kontraktu miały być rozłożone tylko na te pozycje, do których odnoszą się te Części. Kwoty ujęte w tym wykazie miały być użyte do wyliczenia należnych płatności etapowych (przejściowych).

Rozbicie Ceny Ofertowej w swej treści odpowiadało przy tym tożsamemu dokumentowi, który był wykorzystany w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez pozwanego ad. 1, w którego rozstrzygnięciu zawarta została umowa główna. Rozbicie Ceny Ofertowej, jako dokument, nie uwzględniało różnic między umowami, mimo, że konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad.2 zawarło z pozwanym ad. 1 umowę w systemie zaprojektuj i wybuduj (opartej na tzw. żółtym FIDIC-u), natomiast pozwany ad. 2 poszukiwał, rozsyłając zapytania ofertowe, jedynie wykonawcy robót budowlanych, w oparciu o gotowe projekty, za których wykonanie zgodnie z umową główną odpowiedzialny był pozwany ad. 2.

W dniu 20 marca 2013 r. powód złożył pozwanemu swoją ofertę na realizację odcinków II, IV, V, VII, VIII i IX umowy głównej. Oferta powoda zawierała wypełniony formularz ofertowy, wypełnione przez powoda dla poszczególnych odcinków Rozbicie Ceny Ofertowej, aktualny odpis z właściwego rejestru, oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego, aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. W formularzu ofertowym powód złożył oświadczenie, że zapoznał się z treścią zapytania ofertowego oraz wszelkimi załączonymi do niego dokumentami i nie wnosi w tym zakresie jakichkolwiek zastrzeżeń. Jako swoje wynagrodzenie powód w ofercie wskazał kwotę 272.983.287,47 zł brutto (221.937.632,09 zł netto).

Powód wycenił swoje prace i przygotował dla pozwanego ad. 2 ofertę w oparciu o przekazany przez pozwanego program funkcjonalno-użytkowy oraz pytania i odpowiedzi z postępowania przetargowego, zgodnie z informacją zawartą w zapytaniu ofertowym. Program funkcjonalno-użytkowy był przy tym w swej treści identyczny jak ten, którym posługiwano się w postępowaniu przetargowym, w rozstrzygnięciu którego konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwo (...)Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.,(...) Spółka Akcyjna w W. oraz (...) Przedsiębiorstwo (...)Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. zawarło z zamawiającym -(...) Spółką Akcyjną w W. umowę nr (...) na zaprojektowanie i wykonanie modernizacji linii kolejowej (...), etap II, odcinek (...) w ramach projektu (...). Treść programu nie uwzględniała w szczególności zmian wynikających z częściowo przygotowanej już przez konsorcjantów dokumentacji projektowej. Z uwagi na krótki termin na składanie ofert, powód przed przygotowaniem oferty i przedstawieniem jej pozwanemu ad. 2 przeprowadził jedynie wizję lokalną, nie mając czasu na dokładną analizę warunków wykonywania inwestycji przed przygotowaniem oferty dla pozwanego ad. 2. Wizja ta – z uwagi na krótki czas na jej wykonanie - ograniczyła się do sfilmowania przez pracownika powoda terenu, na którym miały być prowadzone prace z perspektywy jadącego pociągu. Pozwany ad. 2 przekazał pracownikowi powoda bezpośrednio przed zawarciem umowy część niezatwierdzonych jeszcze projektów budowlanych, przy czym taka niezatwierdzona dokumentacja nie dotarła do osób decyzyjnych po stronie powoda do dnia zawarcia umowy z pozwanym ad. 2.

W dniu 14 maja 2013 r. pozwany ad. 2 zawarł z powodem umowę podwykonawczą, a jej przedmiot obejmował modernizację następujących szlaków i stacji kolejowych, zlokalizowanych na odcinku linii kolejowej nr (...) od km 3,900 (...) do km 61,350 (...): szlak od km 6,510 (posterunek odgałęźny (...)) do km 15,000 (...), szlak od km 18,000 (...) do km 28,200 (...), stacja kolejowa (...) od km 28,200 do km 31,500, stacja kolejowa (...) od km 41,430 do km 43,750, szlak od km 43,750 (...) do km 53,850 (...). Zgodnie z § 1 ust. 1 umowy podwykonawczej, jej przedmiotem było wykonanie robót budowlanych i innych czynności, których zakres wskazany jest w Rozbiciu Ceny Ofertowej Podwykonawcy dla odcinków oznaczonych: II, IV, V, VII, VIII i IX. Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 2, przedmiot umowy określały także: umowa główna wraz

z aneksami od nr (...) do nr (...) i wszelkimi innymi dokumentami stanowiącymi jego część, w tym Warunkami Ogólnymi i Warunkami Szczególnymi;

b) Program Funkcjonalno – Użytkowy wraz z załącznikami; pytania

i odpowiedzi do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z okresu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; harmonogram robót; oferta powoda z 20 marca 2013 r. wraz z załącznikami.

Realizacja robót stanowiących przedmiot umowy podwykonawczej na odcinku II zgodnie z założeniami Rozbicia Ceny Ofertowej oraz programem funkcjonalno-użytkowym polegała - w zakresie modernizacji istniejących układów

torowych – na rozbiórce istniejących rozjazdów na posterunku odgałęźnego (...), rozbiórce nawierzchni torów głównych zasadniczych na odcinku posterunku odgałęźnego (...)- posterunku odgałęźnego (...) + posterunku odgałęźnego (...) + posterunku odgałęźnego (...), wykonaniu robót ziemnych związanych z budową warstwy ochronnej, wzmocnieniu podtorza w zakresie wbudowania warstwy ochronnej oraz ułożenia geowłókniny i geosiatki, wykonaniu prac związanych z odwodnieniem linii kolejowej nr (...) w zakresie wykonania rowów odwadniających oraz drenażu wgłębnego, oczyszczeniu, uzupełnieniu i oprofilowaniu podsypki na p.odg. (...), bez wymiany podkładów i szyn, wymianie rozjazdów na nowe na posterunku odgałęźnym (...), całkowitej wymianie nawierzchni torów głównych zasadniczych tzn. wymianie szyn, podkładów i podsypki na odcinku posterunku odgałęźnego (...)- posterunku odgałęźnego (...) + posterunku odgałęźnego (...). Z kolei w zakresie obiektów kubaturowych i peronów, realizacja robót na odcinku II obejmowała rozbiórkę nastawni dysponującej na p.odg. (...) w km 11,640; w zakresie modernizacji istniejących przejazdów w poziomie szyn – na modernizacji przejazdu kategorii "F" w km 7,545 polegającej na rozbiórce nawierzchni z płyt wielogabarytowych, rozbiórce nawierzchni na dojazdach i międzytorzu, budowie odwodnienia przejazdu, budowie nawierzchni na dojazdach i międzytorzu, budowie nawierzchni z płyt małogabarytowych, oznakowaniu przejazdu; w zakresie wykonania w ciągu linii kolejowej nr (...) urządzeń ochrony środowiska – na wbudowaniu mat antywibracyjnych pod torami głównymi zasadniczymi na posterunku odgałęźnym (...) oraz na odcinku posterunku odgałęźnego (...)- posterunku odgałęźnego (...) + posterunku odgałęźnego (...), jak też na wbudowaniu osadnika w km 15,350 w celu wprowadzenia wód opadowo-roztopowych do rzeki U..

Realizacja robót stanowiących przedmiot umowy podwykonawczej na odcinku IV zgodnie z założeniami Rozbicia Ceny Ofertowej oraz programem funkcjonalno-użytkowym polegała, w zakresie modernizacji istniejących układów torowych na: rozbiórce nawierzchni torów głównych zasadniczych, wykonaniu robót ziemnych związanych z budową warstwy ochronnej, wzmocnieniu podtorza w zakresie wbudowania warstwy ochronnej oraz ułożenia geowłókniny i geosiatki, wykonaniu prac związanych z odwodnieniem linii kolejowej nr (...)w zakresie wykonania rowów odwadniających oraz drenażu wgłębnego, całkowitej wymianie nawierzchni torów głównych zasadniczych tzn. wymianie szyn, podkładów i podsypki. W zakresie obiektów kubaturowych i peronów realizacja robót obejmujących odcinek IV polegała na rozbiórce strażnicy przejazdowej km 17,313 i budowie tymczasowej strażnicy przejazdowej w km 18,450, natomiast w zakresie modernizacji istniejących przejazdów w poziomie szyn – na likwidacji przejazdu kategorii "A" w km 17,313, budowie przejazdu tymczasowego kategorii "A" w km 18,500, likwidacji przejazdu kategorii "F" w km 19,539. W zakresie wykonania w ciągu linii kolejowej nr (...) urządzeń ochrony środowiska realizacja odcinka IV polegała na wbudowaniu mat antywibracyjnych pod torami głównymi zasadniczymi i wbudowaniu osadników w km 19,989 ora 27,168 w celu wprowadzenia wód opadowo-roztopowych do rzeki Z. oraz R..

Realizacja robót stanowiących przedmiot umowy podwykonawczej na odcinku V zgodnie z założeniami Rozbicia Ceny Ofertowej oraz programem funkcjonalno-użytkowym polegała - w zakresie modernizacji istniejących układów torowych – na rozbiórce nawierzchni torów głównych zasadniczych, torów głównych dodatkowych, torów bocznych oraz istniejących rozjazdów, wykonaniu robót ziemnych związanych z budową warstwy ochronnej oraz poszerzeniem istniejących ław torowiska, wzmocnieniu podtorza w zakresie wbudowania warstwy ochronnej oraz ułożenia geowłókniny i geosiatki, wykonaniu prac związanych z odwodnieniem układu torowego w zakresie wykonania rowów odwadniających oraz drenażu wgłębnego, wykonaniu nawierzchni torów głównych zasadniczych, torów głównych dodatkowych oraz torów bocznych i zabudowie nowych rozjazdów zwyczajnych i krzyżowych. W zakresie obiektów kubaturowych i peronów realizacja etapu V polegała na rozbiórce nastawni dysponującej z budynkiem przekaźnikowym w km 29,700, budowie nastawni na stacji (...), rozbiórce peronu w km 29,480, przebudowie istniejącego peronu jednokrawędziowego nr (...) i peronu dwukrawędziowego nr (...), remoncie istniejących wiat o konstrukcji żelbetowej na peronie nr (...) i (...) (naprawa izolacji dachu, wymiana obróbek blacharskich, wykonanie napraw powierzchniowych betonu), wyposażeniu peronów.

Realizacja robót stanowiących przedmiot umowy podwykonawczej na odcinku VII zgodnie z założeniami Rozbicia Ceny Ofertowej oraz programem funkcjonalno-użytkowym polegała - w zakresie modernizacji istniejących układów torowych – na rozbiórce nawierzchni torów głównych zasadniczych, torów głównych dodatkowych, torów bocznych

oraz istniejących rozjazdów, wykonaniu robót ziemnych związanych z budową warstwy ochronnej, poszerzeniem istniejących ław torowiska oraz korektą trasy w planie i profilu, wzmocnieniu podtorza w zakresie wbudowania warstwy ochronnej oraz ułożenia geowłókniny i geosiatki, wykonaniu prac związanych z odwodnieniem układu torowego w zakresie wykonania rowów odwadniających oraz drenażu wgłębnego, wykonaniu nawierzchni torów głównych zasadniczych, torów głównych dodatkowych oraz torów bocznych i zabudowie nowych rozjazdów zwyczajnych i krzyżowych, natomiast w zakresie obiektów kubaturowych i peronów, na rozbiórce nastawni dysponującej w km 43,036, budowie nastawni na stacji (...), rozbiórce peronu dwukrawędziowego w km 43,141, budowie peronu jednokrawędziowego w km 43,141 wraz z wyposażeniem przy torze nieparzystym i budowie peronu dwukrawędziowego na stacji (...) w km 43,141 wraz z wyposażeniem przy torze parzystym. W zakresie modernizacji istniejących przejazdów w poziomie szyn oraz przejść dla pieszych realizacja odcinka VII polegała na likwidacji istniejącego przejścia dla pieszych w km 43,100 oraz na budowie przejścia dla pieszych pod torami km 42,959, natomiast w zakresie wykonania w ciągu linii kolejowej nr (...)urządzeń ochrony środowiska – na wbudowaniu mat antywibracyjnych pod torami głównymi zasadniczymi.

Realizacja robót stanowiących przedmiot umowy podwykonawczej na odcinku VIII i IX zgodnie z założeniami Rozbicia Ceny Ofertowej oraz programem funkcjonalno-użytkowym polegała – w zakresie modernizacji istniejących układów torowych, na rozbiórce nawierzchni torów głównych zasadniczych, wykonaniu robót ziemnych związanych z budową warstwy ochronnej, poszerzeniem istniejących ław torowiska oraz korektą trasy w planie i profilu, wzmocnieniu podtorza w zakresie wbudowania warstwy ochronnej oraz ułożenia geowłókniny i geosiatki, wykonaniu prac związanych z odwodnieniem linii kolejowej nr (...) w zakresie wykonania rowów odwadniających oraz drenażu wgłębnego i całkowitej wymianie nawierzchni torów głównych zasadniczych tzn. wymianie szyn, podkładów i podsypki. Z kolei w zakresie obiektów kubaturowych i peronów realizacja odcinka VIII i IX polegała na rozbiórce peronu dwukrawędziowego na posterunku odgałęźnym (...) w km 50,032, budowie peronu jednokrawędziowego na posterunku odgałęźnym (...) w km 50,032 wraz z wyposażeniem przy torze nieparzystym, budowie peronu jednokrawędziowego na posterunku odgałęźnym (...) w km 50,032 wraz z wyposażeniem przy torze parzystym, rozbiórce peronów jednokrawędziowych na posterunku odgałęźnym (...) w km 52,082, budowie peronu jednokrawędziowego na posterunku odgałęźnym (...) w km 52,082 wraz z wyposażeniem przy torze nieparzystym, budowie peronu jednokrawędziowego na posterunku odgałęźnym (...) w km 52,082 wraz z wyposażeniem przy torze parzystym, rozbiórce strażnicy przejazdowej w km 54,281. W zakresie modernizacji istniejących przejazdów w poziomie szyn oraz przejść dla pieszych realizacja odcinków VIII i IX polegała na budowie przejścia dla pieszych kategorii E w km 44,100, przebudowie przejazdu do kategorii "B" w km 50,038, przebudowie przejazdu do kategorii "B" w km 51,103, przebudowie przejścia do kategorii "E" w km 51,959, przebudowa przejazdu do kategorii "B" w km 53,068 oraz likwidacji przejazdu kategorii "A" w km 54,281, natomiast w zakresie wykonania w ciągu linii kolejowej nr(...)urządzeń ochrony środowiska – na wbudowaniu osadników w km 43,784; 43,862; 47,805 oraz 49,631 w celu wprowadzenia wód opadowo-roztopowych do rzek P., C. oraz S., montażu siatki przeciwdziałającej wkraczaniu zwierząt na linię kolejową, budowie przelazu wraz z płótkami naprowadzającymi umożliwiającego migracje traszek.

Program funkcjonalno-użytkowy określał szacunkowe ilości robót, potrzebnych do wykonania wskazanego wyżej zakresu, a które to ilości zostały wycenione przez powoda w Rozbiciu Ceny Ofertowej w ramach ryczałtu. W szczególności program funkcjonalno-użytkowy wskazywał szacunkowe ilości robót ziemnych, podtorzowych, rozbiórkowych, odwodnienia linii kolejowej, budowy nawierzchni torowej, a także konkretne prace, jak np. przebudowy konkretnych peronów, gdzie wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z rozbiem ceny ofertowej obejmować miało takie prace jako całość.

Powód potwierdził w § 1 ust. 3 Umowy podwykonawczej, iż zapoznał się ze wskazanymi wyżej dokumentami, określającymi przedmiot umowy podwykonawczej i nie wnosi do nich zastrzeżeń, co do możliwości realizacji przedmiotu umowy zgodnie z zawartymi w nich postanowieniami.

W § 1 ust. 4 strony zgodnie postanowiły, że zmiana zakresu przedmiotu umowy, a także terminu zakończenia całości bądź części przedmiotu umowy będzie możliwa jedynie wówczas, gdy zmiana taka zostanie pisemnie polecona lub

zatwierdzona przez Inżyniera Kontraktu (w rozumieniu umowy głównej) a następnie zaakceptowana przez pozwanego ad. 1 zgodnie z postanowieniami umowy głównej, o czym pozwany ad. 2 niezwłocznie poinformować miał powoda.

Zgodnie z §1 ust. 5 Umowy podwykonawczej, w przypadku stwierdzenia konieczności wykonania robót dodatkowych nie wchodzących w zakres przedmiotu umowy i niezbędnych do jego należytego wykonania powód przekazać miał pozwanemu ad. 2 należycie uzasadnione i udokumentowane roszczenie dotyczące tych robót, w szczególności obejmujące kosztorys ich wykonania, które to roszczenie pozwany ad. 2 przekazać miał pozwanemu ad. 1. Roboty dodatkowe miały być realizowane pod warunkiem uznania przez pozwanego ad. 1 zasadności zgłoszonych roszczeń i na warunkach uzgodnionych z pozwanym ad. 1. W przypadku uznania przez pozwanego ad. 1 zgłoszonych robót za roboty dodatkowe i zlecenia ich wykonania pozwanemu ad. 2 za wynagrodzeniem określonym w załączonym do zgłoszenia roszczenia kosztorysie sporządzonym przez powoda, pozwany ad. 2 zlecić miał wykonanie tych robót powodowi i dokonać na jego rzecz zapłaty wynagrodzenia określonego w kosztorysie przedstawianym przez powoda i zaakceptowanego przez pozwanego ad. 1. W przypadku odmowy uznania przez pozwanego ad. 1 zgłoszonych robót za roboty dodatkowe, albo uznania przez pozwanego ad. 1 zgłoszonych robót za roboty dodatkowe i zlecenia ich wykonania pozwanemu ad. 2 za wynagrodzeniem niższym od określonego w załączonym do zgłoszonego roszczenia kosztorysie sporządzonym przez powoda, pozwany ad. 2 mógł zlecić wykonanie tych robót powodowi albo innemu podmiotowi. Zapłata wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych nastąpić wówczas miała pod warunkiem uznania zasadności tych roszczeń przez pozwanego ad. 1 i w terminach określonych w niniejszej umowie dla przedmiotu umowy.

W § 1 ust. 6 umowy podwykonawczej powód oraz pozwany ad. 2 postanowili zgodnie, że wykonanie robót dodatkowych, co do których roszczenia zostały złożone pozwanemu ad. 1 przed zawarciem umowy podwykonawczej, w przypadku ich uznania przez pozwanego ad. 1 za roboty dodatkowe, może zostać zlecone przez pozwanego ad. 2 powodowi albo innemu podmiotowi.

Zgodnie z § 1 ust. 7 umowy podwykonawczej zasady ustalania wynagrodzenia należnego powoda z tytułu wykonania zakresu robót nieobjętych Programem Funkcjonalno – Użytkowym określać miał załącznik nr (...) do umowy, który jednak nie istniał w dacie jej zawarcia.

Pozwany ad. 2 przed podpisaniem przez powoda umowy, przesłał mu do uzgodnienia w drodze wiadomości e-mail projekt umowy, bez załącznika nr (...), który miał określać zasady rozliczania się stron za roboty wykraczające poza zakres wskazany w programie funkcjonalno-użytkowym. Umowa była następnie konsultowana między prawnikami z kancelarii obsługujących powoda i pozwanego ad. 2, a po podpisaniu przez powoda wróciła do pozwanego ad. 2, który odesłał powodowi egzemplarz umowy ponownie bez załącznika nr (...).

Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy podwykonawczej powód zająć miał taką część terenu budowy, jaka zostanie mu udostępniona przez pozwanego ad. 1 dla celu wykonania przedmiotu umowy i rozpocznie wykonywanie robót niezwłocznie, jednakże nie później niż w ciągu 7 dni po otrzymaniu od pozwanego ad. 2 polecenia rozpoczęcia wykonywania robót, wydanego przez Inżyniera Kontraktu. Przekazanie terenu budowy zostać miało potwierdzone protokołem.

Powód działać miał z należyłą starannością i bez opóźnień z wyjątkiem takich, które będą wyraźnie pisemnie zatwierdzone lub polecane przez Inżyniera Kontraktu lub pozwanego ad. 1. Z zastrzeżeniami przewidzianymi w umowie, przedmiot umowy miał zostać zakończony (wraz z pozytywnym przeprowadzeniem prób końcowych przez powoda) w terminie do dnia 30 listopada 2014 r. (§ 3 ust. 2 umowy podwykonawczej). Powód obowiązany był dołożyć wszelkich należytych starań w celu uniknięcia jakichkolwiek opóźnień, bez zwłoki w realizacji przedmiotu umowy oraz niezwłocznie poinformować na piśmie pozwanego ad. 2 o wystąpieniu jakichkolwiek okoliczności mogących skutkować opóźnieniem lub zwłoką (§ 3 ust. 4 umowy podwykonawczej). Jeżeli wykonanie przedmiotu umowy lub jego poszczególnych części w terminach określonych w aktualnym harmonogramie wykonania Przedmiotu Umowy byłoby zagrożone, wówczas pozwany ad. 2 powiadamiać miał powoda na piśmie o przedmiotowym zagrożeniu, a powód zobowiązany był do podjęcia na koszt własny wszelkich niezbędnych i zaakceptowanych przez Inżyniera

Kontraktu działań dla przyspieszenia tempa robót (np. zwiększenie potencjału wykonawczego) (§ 3 ust. 5 umowy podwykonawczej). W przypadku niepodjęcia przez powoda takich działań nie później niż w ciągu 3 dni od daty otrzymania od pozwanego ad. 2 pisemnego powiadomienia o którym mowa wyżej, lub bezskuteczności, w tym zwłaszcza gdy opóźnienie lub zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy lub jego części (poszczególne elementy) przekroczy 7 dni kalendarzowych w stosunku do aktualnie zatwierdzonego harmonogramu wykonania przedmiotu umowy, pozwany ad. 2 uprawniony był do zaangażowania osób trzecich lub wykorzystania sił własnych w celu nadrobienia opóźnień na koszt i ryzyko powoda (§ 3 ust. 7 umowy podwykonawczej).

Powód obowiązany był ponadto do uaktualnienia harmonogramu wykonania przedmiotu umowy na żądanie pozwanego ad. 2

w nieprzekraczalnym terminie 3 dni od otrzymania takiego żądania (§ 3 ust. 2 umowy podwykonawczej).

Strony ustaliły wysokość wynagrodzenia powoda w §5 umowy podwykonawczej, zgodnie którym za wykonanie ukończenie oraz usunięcie wszelkich wad w przedmiocie umowy, wynagrodzenie to miało wynosić zgodnie z ofertą powoda kwotę 272.983.287,47 zł brutto (221.937.632,09 zł netto) - ust. 1. Zgodnie z § 5 ust. 2 ceny i stawki zawarte w wypełnionym przez powoda Rozbiciu Cenowym Oferty w pełni obejmowały wartość robót opisanych w danej pozycji, łącznie ze wszystkimi wydatkami i kosztami, które mogą być niezbędne przy wykonywaniu i dla wykonania opisanych robót, wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami, które mogą być konieczne, oraz wszelkim ryzykiem, odpowiedzialnością i zobowiązaniami przedstawionymi lub wyrażonymi lub wynikającymi z dokumentów, na podstawie których złożona została oferta.

Umowa w § 5 ust. 3 stanowiła, że nie gwarantuje się powodowi, że będzie wymagane od niego wykonanie ilości robót wskazanych w programie funkcjonalno - użytkowym i związanej z tym poszczególnej pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej, ani też że ilości nie będą się różniły w swojej wielkości od tych, które są podane w programie funkcjonalno - użytkowym. Ich niedokładność czy niewłaściwe oszacowanie w Rozbiciu Ceny Ofertowej nie miało mieć żadnego wpływu na ważność umowy zawartej w oparciu o program funkcjonalno - użytkowy i Rozbicie Ceny Ofertowej.

Podstawą ustalenia miesięcznego wynagrodzenia objętego Przejściowym Świadectwem Płatności (w rozumieniu umowy głównej) miały być potwierdzone przez Inspektora Nadzoru i Inżyniera Kontraktu zapisy, określające zaawansowanie prac w stosunku do kwot zawartych

w wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej. Po zaakceptowaniu płatności przez Inżyniera Kontraktu pozwanego ad. 2 spisany miał zostać protokół odbioru podpisany przez powoda i pozwanego ad. 2. Protokół ten miał być podstawą wystawienia przez powoda faktury VAT. Płatności dla poszczególnych pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej dokonywane miały być według procentowego ukończenia robót poświadczonych przez Inżyniera Kontraktu (§ 5 ust. 5 umowy podwykonawczej).

Płatności na rzecz powoda dokonywane miały być w terminie 35 dni roboczych od daty doręczenia pozwanemu ad. 2 przez powoda prawidłowo wystawionej faktury VAT, jednak nie wcześniej niż w terminie 3 dni od daty dokonania płatności przez pozwanego ad. 1 (za datę dokonania płatności przez stanowiącego uważa się dzień uznania rachunku bankowego pozwanego ad. 2) i miały uwzględniać faktyczny udział powoda w środkach przekazanych Wykonawcy przez Zamawiającego (§ 5 ust. 8).

Powód miał zgodnie z § 5 ust. 11 umowy podwykonawczej partycypować w następujących kosztach poniesionych przez pozwanego ad. 2:

a) z tytułu ubezpieczenia kontraktu głównego (w tym przedmiotu umowy podwykonawczej) od wszystkich ryzyk budowlanych zgodnie z polisą wykupioną przez pozwanego ad. 2 - w wysokości odpowiadającej procentowemu udziałowi określone w §2 ust.1 lit. h umowy podwykonawczej,

a) z tytułu obsługi geodezyjnej umowy głównej, w tym robót powoda

w wysokości odpowiadającej procentowemu udziałowi określone w § 2 ust.1 lit. h umowy podwykonawczej, przy czym powyższe nie miało dotyczyć kosztów wykonania obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 2 lit. b umowy podwykonawczej, które to koszty powód ponosić miał niezależnie i we własnym zakresie;

b) z tytułu obsługi laboratoryjnej budowy, tj. kompleksowych badań geotechnicznych i badań kruszyw, w tym dla robót powoda –

w wysokości opowiadającej procentowemu udziałowi powoda w kwocie wynagrodzenia brutto za wykonanie robót torowych, który wynosi 64,60%.

Pozwany ad. 2 zgodnie z § 5 ust. 12 umowy podwykonawczej wystawiać miał fakturę VAT lub notę obciążeniową na kwoty wyżej opisane, a faktury lub noty płatne miały być w terminie 14 dni od daty ich wystawienia.

Rozliczenie końcowe nastąpić miało w oparciu o fakturę VAT wystawioną na podstawie protokołu bezusterkowego odbioru końcowego całości przedmiotu umowy, a przypadku stwierdzenia wad – po ich usunięciu (§ 5 ust. 13 umowy podwykonawczej).

W przypadkach, gdyby powód zatrudniał dalszych podwykonawców zaakceptowanych przez Inżyniera Kontraktu poprzez pozwanego ad. 2, warunkiem każdej wypłaty na rzecz powoda było dołączenie przez powoda do drugiej i każdej następnej faktury VAT oświadczeń podpisanych przez osoby upoważnione do reprezentowania dalszych podwykonawców potwierdzających, iż powód nie zalega z wymaganymi płatnościami na rzecz dalszych podwykonawców, przysługującymi im od powoda za okres do dnia wystawienia faktury VAT przez powoda. W przypadku braku takiego oświadczenia, pozwany ad. 2 uprawniony był do wstrzymania płatności dla powoda do czasu otrzymania wiarygodnego dowodu uregulowania płatności na rzecz dalszych podwykonawców, a w razie niedostarczenia takiego dowodu w wyznaczonym terminie lub jeżeli z przedłożonego oświadczenia będzie wynikać, iż powód zalega z płatnościami dla dalszych podwykonawców, pozwany ad. 2 może dokonać zapłaty bezpośrednio na rzecz dalszych podwykonawców ze skutkiem zapłaty na rzecz powoda (§ 5 ust. 14 umowy podwykonawczej).

Zgodnie z § 8 ust. 1 lit. c umowy podwykonawczej, powód miał zapłacić pozwanemu ad. 2 kary umowne, w tym za odstąpienie przez pozwanego ad. 2 od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi powód – w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Kara umowna w takim przypadku płatna miała być w terminie 14 dni od dnia doręczenia powodowi noty obciążeniowej wystawionej przez pozwanego ad. 2 (§ 8 ust. 4 umowy podwykonawczej).

W przypadku obciążenia pozwanego ad. 2 przez pozwanego ad. 1 karami umownymi albo odszkodowaniem w związku z nienależytym wykonaniem przez powoda zleconego mu zakresu Kontraktu Głównego, powód zobowiązany był do naprawienia szkody wyrządzonej pozwanemu ad. 2 z tego tytułu w takim zakresie, w jakim ponosi odpowiedzialność za wystąpienie okoliczności stanowiących podstawę obciążenia karami umownymi albo odszkodowaniem (§ 8 ust. 2 umowy podwykonawczej).

Pozwanemu ad. 2 przysługiwało zgodnie z umową podwykonawczą (§8 ust. 5) prawo potrącenia naliczonych i należnych mu kar umownych z należnego powodowi wynagrodzenia.

Powód miał obowiązek na własny koszt należyście zabezpieczyć przed uszkodzeniem lub zniszczeniem wszelkie wykonane i wykonywane w związku z umową prace (§ 8 ust. 7 Umowy podwykonawczej). W szczególności powód miał być odpowiedzialny za szkody na mieniu oraz szkody na osobie, w szczególności uszkodzenia ciała, choroby lub śmierci jakiegokolwiek osoby wynikłe z przyczyn, za które odpowiada, lub powstałe w trakcie lub z powodu wykonywania lub ukończenia przedmiotu umowy i usuwania w nim wad (§ 8 ust. 8 Umowy podwykonawczej).

Zgodnie z § 11 ust. 5 Umowy podwykonawczej w przypadku odstąpienia od umowy, prawidłowo wykonana i przyjęta przez pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 część robót stanowiących przedmiot umowy miała zostać rozliczona pomiędzy Stronami, z zastrzeżeniem możliwości potrącenia przez pozwanego ad. 2 z wynagrodzenia powoda naliczonych kar umownych oraz kwot odszkodowania. Rozliczenie takie miało zostać dokonane na takich zasadach (§ 11 ust. 6), że:

- rozliczenie następować miało w oparciu o stan zaawansowania prawidłowo wykonanych i przejętych przez pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 robót wchodzących w zakres przedmiotu umowy oraz o ceny wskazane w kosztorysie ofertowym;
- w przypadku gdyby rozliczenie nie było możliwe na zasadach określonych wyżej, wynagrodzenie należne za wykonanie robót wchodzących w zakres przedmiotu umowy zostanie określone przez rzeczoznawców wskazanych przez pozwanego ad. 2,
- koszty dodatkowe poniesione na zabezpieczenie terenu budowy oraz wszelkie inne uzasadnione koszty związane z zakończeniem realizacji umowy w związku z jej wygaśnięciem, w tym koszty wynagrodzenia rzeczoznawcy, ponosić miała ta strona, która ponosi odpowiedzialność za okoliczności stanowiące podstawę odstąpienia od umowy, a przypadku gdy odstąpienie od niniejszej umowy nastąpi z przyczyn, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności albo odpowiedzialność ta spoczywa na obu stronach, wówczas koszty te ponosić miały w częściach równych.

Po zawarciu między powodem a pozwanym ad. 2 Umowy podwykonawczej, w dniu 24 maja 2013 roku (...) Spółka Akcyjna w W. oraz Konsorcjum firm w składzie (...) Przedsiębiorstwo(...)Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. i (...)Spółka Akcyjna w W. zawarły Umowę Nr (...)na wykonanie robót uzupełniających, związanych z pracami na obiektach inżynierskich, robotami podtorzowymi oraz elementami teletechniki na odcinku od km 6,500 do km 54,100 linii nr (...) (...)realizowanych w ramach projektu (...) (...). Całkowita wartość brutto zawartej umowy wynosiła 33.825.000,00 zł (27.500.000,00 zł netto + podatek od towarów i usług). Zgodnie z propozycją ceny wraz z rozbiem ceny ofertowej z dnia 21 maja 2013 r. oraz protokołem z przeprowadzonych negocjacji Wykonawcy z Zamawiającym z dnia 22 maja 2013 roku zakres robót do wykonania

w ramach zamówienia uzupełniającego, dotyczący robót powoda odnosił się do budowy odwodnienia wgłębnego i wzmocnienia podtorza kolejowego na szlaku (...) (Odcinek II) – za kwotę netto 12.639.351,91 zł, a także wzmocnienia podtorza i polepszenia odwodnienia na odcinku (...) (Odcinek VIII i IX) – za kwotę netto 4.558.556,78 zł.

W dniu 24 maja 2013 roku (...) Spółka Akcyjna w W. oraz konsorcjum firm w składzie (...) Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...)i (...) Spółka Akcyjna w W. zawarły Umowę Nr (...) na wykonanie robót uzupełniających, dotyczących robót objętych zakresem powoda, związanych ze wzmocnieniem podtorza i przebudową układów torowych na szlaku (...) (Odcinek IV) – za kwotę netto: 8.250.000,00 zł; dotyczących stacji (...) (Odcinek V) (zwiększony zakres przebudowy układów torowych i wzmocnienia podtorza) – za kwotę netto 11.000.000,00 zł; dotyczących stacji (...) (Odcinek VII)(zwiększony zakres przebudowy układów torowych i wzmocnienia podtorza) – za kwotę netto: 5.500.000,00 zł.

Zawarcie między pozwanymi umów na roboty uzupełniające poprzedzone było dokonaniem przedmiarów robót, wykraczających poza program funkcjonalno-użytkowy.

Zatwierdzona ostatecznie dokumentacja projektowa (w tym projekty budowlane i wykonawcze), która była przygotowywana przez pozwanego ad. 2 i sukcesywnie przekazywana powodowi po zawarciu umowy przewidywała do wykonania prace, które w ogóle nie zostały wymienione w zakresie objętym programem funkcjonalno-użytkowym, będącym podstawą do przygotowania przez powoda oferty, jak też przewidywała do wykonania prace w tym programie wskazane, lecz w zwiększonej w stosunku do oszacowanej tam ilości. Dokumentacja projektowa w postaci projektów wykonawczych w wielu przypadkach wprowadzała dodatkowe rozwiązania niezbędne dla zmodernizowania linii zgodnie z wymaganiami jednostek opiniujących i uzgadniających oraz wskutek zmian technicznych i technologicznych akceptowanych/wymaganych przez Zamawiającego. Zmieniony zakres jak i ilości określone projektem wykonawczym zatwierdzonym do realizacji stanowiły jedno spójne rozwiązanie modernizowanej linii, które musiało być realizowane kolejnymi, następującymi po sobie, etapami technologicznymi i było niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy podwykonawczej. Zatem dostarczona dokumentacja projektowa powodowała konieczność wykonania przez powoda większego zakresu i związanej z tym zakresem większej ilości poszczególnych robót, niż wynikało to z programu

funkcjonalno-użytkowego i Rozbicia Ceny Ofertowej umowy podwykonawczej. Jednocześnie brak wykonania tychże prac w określonej kolejności, z uwagi na fazowość robót, uniemożliwił realizację inwestycji.

Zwiększenie ilości poszczególnych robót w stosunku do ilości wynikających z Rozbicia Ceny Ofertowej umowy podwykonawczej i programu funkcjonalno-użytkowego dotyczyły odcinka II (posterunek odgałęźny (...)+ posterunek odgałęźny (...)- posterunek odgałęźny (...) + posterunek odgałęźny (...)) + posterunek odgałęźny (...)), IV (odcinek (...)), V (stacja (...)), VII (stacja(...)), VIII i IX (odcinek (...)).

Jednocześnie rozwiązania przewidziane w projektach wykonawczych doprowadziły także do częściowego zmniejszenia niektórych prac objętych rozbiem ceny ofertowej i programem funkcjonalno-użytkowym na wskazanych odcinkach.

Z kolei zwiększenie zakresu rodzajowego prac koniecznych do wykonania w związku z przyjętymi w dokumentacji projektowej rozwiązaniami obejmowało:

- na odcinku II (posterunek odgałęźny (...) + posterunek odgałęźny (...)- posterunek odgałęźny (...) + posterunek odgałęźny (...) + posterunek odgałęźny (...)) darniowanie skarp, obsianie skarp, wykonanie odwodnienia linii - montaż zbieraczy, wykonanie odwodnienia linii - montaż studni, wykonanie odwodnienia linii - montaż skrzynek rozsączających, regulacja istniejącej nawierzchni torowej (tory i rozjazdy), zasypanie międzytorzy i poboczy klincem,
- na odcinku IV (odcinek (...)) humusowanie skarp, wzmocnienie nasypów przyporami z gruntu, pale żwirowo-cementowe \varnothing 600, iniekcja roztworem cementowym, kotwienie podstawy przypory grodzicami PCV, wykonanie odwodnienia linii - montaż studni, wykonanie odwodnienia linii - montaż zbieraczy, wykonanie odwodnienia linii - zbiornik chłonny,
- na odcinku V (stacja (...)) plantowanie terenu, humusowanie skarp, darniowanie skarp, wypełnienie międzytorzy klincem, iniekcja roztworem cementowym, wykonanie odwodnienia linii – zbieracze i kolektory, wykonanie odwodnienia linii - montaż studzienek, wykonanie odwodnienia linii - montaż korytka odwodnienia liniowego, wykonanie odwodnienia linii – separatory i piaskowniki, wykonanie odwodnienia linii - obudowa wylotów kanału do rowu i cieków wodnych, regulacja torów w planie i profilu,
- na odcinku VII (stacja (...)) wykonanie schodkowania skarp, pale żwirowo-cementowe \varnothing 600, iniekcja roztworem cementowym, roboty podtorzowe - wzmocnienie podtorza poprzez stabilizację cementem, roboty podtorzowe - wzmocnienie podtorza poprzez wymianę gruntu, wypełnienie międzytorzy klincem, kosze gabionowe, wzmocnienie nasypów przyporami z gruntu, wykonanie odwodnienia linii - montaż zbieraczy, wykonanie odwodnienia linii - montaż studni i studzienek, wykonanie odwodnienia linii - osadniki pionowe i separatory, wykonanie odwodnienia linii – pompownia,
- na odcinku VIII i IX (odcinek (...)) plantowanie terenu, karczowanie, obsianie skarp z humusowaniem, darniowanie skarp, umocnienie skarp biowłókniną, zmiana sposobu odwodnienia linii.

Ponadto w dokumentacji projektowej dostarczonej po zawarciu umowy podwykonawczej zastosowano rozwiązania, które generowały znaczne koszty, które ponieść miał powód, jako podwykonawca określonego zakresu prac, odpowiadający także za materiały, choć możliwym było zastosowanie rozwiązań tańszych, odpowiadających wymaganiom programu funkcjonalno-użytkowego. Powód konsultował z projektantami część rozwiązań, jednakże ograniczało się do w zasadzie do omawiania kwestii inżynierskich, gdzie kwestie, wpływające na zmianę zakresu ilościowego i rodzajowego poszczególnych robót w stosunku do programu funkcjonalno-użytkowego ustalone zostały w projektach budowlanych, na które powód nie miał wpływu.

Powód informował pozwanego ad. 2 o zauważonych przez siebie różnicach i zwiększeniu zakresu ilości i rodzajów prac do wykonania

w stosunku do programu funkcjonalno-użytkowego, a od maja 2013 r., kiedy to pozwany ad. 2 zawarł z pozwanym ad. 1 umowy na roboty uzupełniające, które wiązały się z zakresami prac wykraczającymi poza te, wskazane pierwotnie w programie funkcjonalno-użytkowym, powód prowadził z pozwanym ad. 2 rozmowy, mające uchronić powoda od strat finansowych związanych ze zwiększonym – w stosunku do programu funkcjonalno-użytkowego, będącego podstawą wyceny ofertowej – zakresem prac, wynikającym z przygotowanej po zawarciu umowy dokumentacji projektowej. W szczególności odnosiło się to do prac, które w ogóle nie zostały przewidziane w programie funkcjonalno-użytkowym, a których wykonanie było konieczne dla realizacji całości inwestycji, a także do prac, których zakresy ilościowe znacznie się różniły od tych ilości, które zostały w programie funkcjonalno-użytkowym wskazane jako orientacyjne, a które stanowiły podstawę do przygotowania oferty przez potencjalnych podwykonawców. Uzgodniono, że w ramach umowy głównej, powód zgłaszał będzie pozwanemu ad. 2 ofertę na roboty wykraczające poza program funkcjonalno-użytkowy, a pozwany ad. 2 takie oferty będzie przyjmował

i zlecał prace powodowi jako dodatkowe, za dodatkowym wynagrodzeniem, albo też będzie zlecał je do wykonania innym podwykonawcom lub wykona je samodzielnie, jako że roboty, objęte różnicami, były konieczne dla wykonania całości inwestycji.

W wyniku prowadzonych rozmów powód oraz pozwany ad. 2

w obecności przedstawiciela pozwanego ad. 1 podpisali ostatecznie w dniu 14 czerwca 2013 r., podczas nieformalnego spotkania wspólne oświadczenie, w którym odnieśli się do kwestii robót wykraczających poza zakres objęty programem funkcjonalno-użytkowym w oparciu o który powód przygotował swoją ofertę.

W oświadczeniu tym wskazano, iż po zakończeniu prac projektowych może wystąpić konieczność wystąpienia do pozwanego ad. 1 z dalszymi roszczeniami związanymi z dodatkowymi, nieznanymi obecnie robotami niezbędnymi do wykonania. W takiej sytuacji, po przeprowadzeniu wymaganej procedury, zlecane przez pozwanego ad.1 roboty zlecane miały być przez pozwanego ad.2 powodowi, a zatem wolą pozwanego ad.2 było zlecenie ich wykonania powodowi. Niezależnie od powyższego, w przypadku gdy dla należytego wykonania umowy głównej, tj. zgodnie z przekazaną powodowi dokumentacją (projektami budowlanymi i wykonawczym) powstałaby konieczność wykonania robót w zwiększonej ilości lub zakresie w stosunku do ilości i zakresu określonego w programie funkcjonalno-użytkowym, pozwany ad.2 zlecić miał, a powód wykonać zlecony zakres i ilości robót wynikające z projektów budowlanych i wykonawczych przekazanych przez pozwanego ad.2, przy czym pozwany ad.2 zapłacić miał powodowi wynagrodzenie za zlecony i rzeczywiście wykonany zakres prac i robót (w części dotyczącej zwiększonej ilości lub zakresu w stosunku do wytycznych programu funkcjonalno-użytkowego, tj. w części nie wchodzącej w zakres Przedmiotu Umowy w rozumieniu Umowy Podwykonawczej) w wysokości ustalonej przez Strony w trakcie negocjacji przeprowadzonych przed rozpoczęciem wykonania powyższej części prac i robót przez powoda.

Przedstawiciel pozwanego ad. 1 – A. W. był obecny na spotkaniu, na którym podpisano oświadczenie. Przedstawiciele powoda i pozwanego ad. 2 poinformowali go wtedy, iż porozumienie dotyczy kwestii spornych umowy i dotyczy spornych prac, nieobjętych wynagrodzeniem ryczałtowym, które to prace miały być przez powoda wykonane w ramach umowy głównej za dodatkowym wynagrodzeniem.

Po podpisaniu oświadczenia powód doszedł do przekonania, iż nie ma przeszkód dla wykonywania robót koniecznych do realizacji prac, wskazanych w programie funkcjonalno-użytkowym, jako że pozwany ad. 2 zapłaci za te roboty w ramach rozliczeń zadeklarowanych w oświadczeniu z dnia 14 czerwca 2013 r.

Zwiększony w stosunku do programu funkcjonalno-użytkowego zakres ilościowy robót, przewidziany w dokumentacji projektowej, jak też prace konieczne do wykonania a nie ujęte w programie funkcjonalno-użytkowym skutkowały koniecznością poniesienia przez powoda dodatkowych nakładów rzeczowych, finansowych i czasowych na realizację umowy podwykonawczej. Okoliczności te, wraz z nieprzekazywaniem przez pozwanego ad. 2 powodowi w zadeklarowanych terminach dokumentacji projektowej i nieuzyskiwaniem w nich pozwoleń na budowę koniecznych do realizacji robót skutkowały niemożnością wykonywania przez powoda prac zgodnie z przygotowanym wcześniej harmonogramem.

Ponadto w trakcie wykonywania przez powoda prac występowały kolizje wpływające na możliwość wykonywania prac w sposób przewidziany w projektach, które to kolizje wymagały wykonania przez powoda dodatkowych w stosunku do zakresu rodzajowego i ilościowego przewidzianego w programie funkcjonalno-użytkowym robót. Powód zmuszony był bowiem do usunięcia kolizji z ciepłociągiem na stacji(...) oraz kolizji z komorą zawierającą nieczynny zawór wody, mimo że prace z tym związane nie zostały przewidziane w programie funkcjonalno-użytkowym, a usunięcie kolizji było konieczne dla umożliwienia powodowi wykonania przez niego robót zasadniczych, a tym samym terminowej realizacji umowy. W zakresie robót nieprzewidzianych co do rodzaju w programie funkcjonalno-użytkowym, koniecznych dla wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową powód dokonał w szczególności wymiany gruntu pod budowę nastawni na stacji (...), co było niezbędne z uwagi na konieczność wzmocnienia podłoża pod budynek dla zapewnienia wymaganych parametrów nośności podłoża, a bez wzmocnienia podłoża niemożliwe było prawidłowe wzniesienie konstrukcji nasypu wraz z podtorzem i nawierzchnią kolejową. Z uwagi na brak wystarczającej nośności podłoża powód dokonał również nieprzewidzianej w programie funkcjonalno-użytkowym stabilizacji cementem podłoża na odcinkach (...) oraz (...). Wymagania co do nośności określały przy tym przepisy kolejowe, w tym instrukcja (...)– Warunki (...). Powód – choć nie przewidziano tego wprost w programie funkcjonalno-użytkowym, wykonał tymczasowe wydłużenie peronu nr (...) na stacji (...), gdzie nie było to konieczne dla realizacji robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, a wynikało wyłącznie z warunku utrzymania ruchu kolejowego podczas modernizacji stacji kolejowej oraz konieczności zapewnienia jej wymaganej przepustowości i możliwości zatrzymywania się składów odpowiedniej długości i było związane z organizacją robót oraz koordynacją prac podwykonawców realizujących prace w ramach umowy głównej. Powód wykonał ponadto nowe odwodnienie na Odcinku VIII i IX (...) dla torów T1 i T2, co nie mieściło się w zakresie programu funkcjonalno-użytkowego, a konieczność jego wykonania ujawniła się po dostarczeniu powodowi projektu budowlanego i zatwierdzonego do realizacji projektu wykonawczego. Zgodnie z projektem zakres robót przewidywał wykonanie odwodnienia na odcinku (...) dla torów T1 i T2 w km. 44.600 – 54.100 przez budowę rowów odwadniających na długości 17.712 m i wzmocnienie dna rowów prefabrykowanymi korytkami typu (...) oraz budowę kilku studni i separatorów. Jednocześnie zrezygnowano z budowy drenażu objętego programem funkcjonalno-użytkowym i rozbiciem ceny ofertowej. Zgodnie z umową podwykonawczą, w tym programem funkcjonalno-użytkowym, umowny zakres robót odwadniających poz. II. 58 Rozbicia Ceny Ofertowej ograniczony był przy tym do wykonania tylko rowu odwadniającego wraz z drenażem o długości 685 m.

Z uwagi na pojawiające się trudności powodujące opóźnienia w wykonywaniu robót i z uwagi na rosnące koszty prac, w dniu 11 lipca 2013 r. powód oraz pozwany ad 2 zawarli aneks nr (...) do umowy podwykonawczej, w którym to aneksie zmniejszono zakres prac powierzonych powodowi do wykonania, a także wynagrodzenie ryczałtowe za te prace do kwoty 264.815.124,21 zł brutto (215.296.848,95 zł netto).

W § 3 aneksu do umowy, wyłączono z zakresu rzeczowo-finansowego umowy podwykonawczej:

- odcinek VII Stacja (...)Rozdział DROGI, PRZEJŚCIA i PRZEJAZDY, poz. XI 21 Budowa przejścia dla pieszych pod torami km 42,959 na kwotę ryczałtową netto: 4.910.360,46 zł,
- odcinek VII Stacja (...)Rozdział DROGI, PRZEJŚCIA i PRZEJAZDY, poz. XI 22 Rozbudowa przejścia dla pieszych pod torami w km 43,100 na kwotę ryczałtową netto: 1.520.212,45 zł,

- odcinek VIII i IX Szlak (...)Rozdział OCHRONA ŚRODOWISKA, poz. XIII 35 Budowa przełazu wraz z płotkami naprowadzającymi umożliwiającymi migrację traszek o wymiarach z zaleceniami (...) (wysokość 0,75 m, szerokość 1,0 m) na kwotę ryczałtową netto: 210.210,23 zł

Powód zgłaszał pozwanemu ad. 2 roszczenia o dodatkową zapłatę za wykonane roboty o zwiększonym zakresie rodzajowym i ilościowym, jednakże pozwany ad. 2 odmawiał ich akceptacji, jako że akceptacji takiej odmawiał pozwany ad. 1. Pozwany ad. 2 wskazywał przy tym, iż powód roszczenia swoje zgłasza w sposób, który nie odpowiada procedurze przewidzianej w umowie podwykonawczej, jednakże powód nie widział przesłanek ku temu, by uzasadnić

roszczenia w sposób, który byłby właściwy dla ich uzasadniania w stosunkach pozwany ad. 2 (wykonawca) – pozwany ad. 1 (inwestor), gdzie umowa ich łącząca oparta była na tzw. żółtym FIDIC-u, a więc zakładała wykonanie inwestycji w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Powód natomiast miał za zadanie jedynie wykonanie robót budowlanych i w szczególności nie projektował stosowanych rozwiązań, które przyczyniały się do ilościowego i rodzajowego zwiększenia zakresu wykonywanych przez niego prac, tak więc nie mógł ich uzasadniać w ramach uzasadnienia roszczeń. Jednocześnie powód łączył roszczenia dotyczące zarówno prac wskazanych w Rozbiciu Ceny Ofertowej, jak też w programie funkcjonalno-użytkowym, w zakresie przekraczającym ilości wskazane w tymże programie, jak i prac, które w ogóle nie zostały w programie funkcjonalno-użytkowym wskazane, co powodowało rozbieżności interpretacyjne po stronie pozwanych, jako, że nie wiedzieli oni, czy powód żąda zwiększenia wynagrodzenia za zmiany ilościowe prac objętych programem funkcjonalno-użytkowym i rozbiciem ceny ofertowej, czy też jedynie wynagrodzenia za prace, które wykraczały rodzajowo poza te dokumenty, składające się na umowę podwykonawczą. Pozwany ad. 2, ani też pozwany ad. 1 nie uwzględniali roszczeń dotyczących ilości prac przekraczającego ilość wskazaną w programie funkcjonalno-użytkowym, a także prac wskazanych w Rozbiciu Ceny Ofertowej uznając, że są one objęte wynagrodzeniem ryczałtowym. Jednocześnie pozwany ad. 1 oceniając to, czy roszczenia powoda dotyczą prac niewskazanych w umowie kierował się umową główną, zawartą przez siebie z konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2, nie zaś umową podwykonawczą zawartą przez pozwanego ad. 2 z powodem, tymczasem umowy te obejmowały zupełnie różne ryzyka. W szczególności Umowa główna obejmowała również projektowanie, a więc wszelkie ryzyka związane z tym projektowaniem, w tym także wynikające ze zwiększonego zakresu prac wynikającego z treści projektów, w stosunku do programu funkcjonalno-użytkowego, natomiast Umowa podwykonawcza obejmowała jedynie wykonanie przez powoda prac, których projektowanie leżało w zakresie obowiązków pozwanego. Strony Umowy podwykonawczej negocjowały przy tym między sobą ceny za wykonanie robót nieujętych w programie funkcjonalno-użytkowym, a koniecznych do wykonania prac zgodnie z dokumentacją projektową, jednakże nie mogły dojść do porozumienia w tym zakresie. Jednocześnie powód w miarę możliwości finansowych, wobec ponagleń ze strony pozwanego ad. 1, wykonywał we własnym zakresie te roboty wykraczające poza program funkcjonalno-użytkowy, które konieczne były do wykonania z uwagi na zachowanie komunikacji kolejowej, przewidzianej przy założeniu fazowości robót.

Z uwagi na to, że powód ponosił znaczne koszty związane z różnicami w zakresie robót oraz ich ilości, w stosunku do programu funkcjonalno-użytkowego, natomiast pozwany ad. 2 w dalszym ciągu negocjował z powodem zwiększenie umownego zakresu robót i zapłatę dodatkowego wynagrodzenia, przy czym negocjacje te pozostawały bezowocne, powód wezwał pozwanego ad. 2 do przedłożenia gwarancji płatności na sumę odpowiadającą wartości umowy podwykonawczej oraz roszczeń brutto powoda za wykonanie robót w zwiększonym zakresie i ilości. Wobec żądania powoda, pozwany ad. 1 zapewnił, że płatności będą dokonywane bezpośrednio przez niego oraz że przyspieszy płatności, jeżeli powód zrezygnuje z gwarancji płatności.

Ostatecznie pozwany ad. 2 uznał, że powód powinien wykonywać wszelkie prace – zarówno te, których zakres okazał się większy, aniżeli przewidziany w programie funkcjonalno-użytkowym, jak i te, które w ogóle nie zostały tam przewidziane – w ramach wynagrodzenia ryczałtowego wynikającego z zawartej z powodem umowy podwykonawczej.

Powód wzywał pozwanego ad. 2 do zlecenia mu prac, potrzebnych do wykonania ogółu robót, a które nie zostały przewidziane w ogóle w programie funkcjonalno-użytkowym lub też wskazano tam zaniżoną ich ilość w stosunku do dokumentacji projektowej, albo też – alternatywnie – do wykonania tych prac przez pozwanego ad. 2 lub zlecenia ich wykonania podmiotom trzecim, celem umożliwienia powodowi wykonywania robót w dalszej części, objętej umową podwykonawczą.

W piśmie z dnia 11 grudnia 2013 r. powód zwrócił się do pozwanego ad.2, wyznaczając mu siedmiodniowy termin na potwierdzenie, czy powód ma wykonać roboty wychodzące poza zakres umowy oraz odpowiedź czy pozwany ad. 2 uzyska zgodę od zamawiającego na podwykonawstwo powoda w zakresie robót uzupełniających i dodatkowych, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że w przypadku niepodjęcia przez pozwanego ad. 2 współdziałania w tym zakresie, koniecznego do należytego wykonania umowy i terminowego jej zakończenia odstąpi od umowy. Podobnie w piśmie z dnia 3 stycznia 2013 r. powód wezwał pozwanego ad.2 aby w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma przedstawił

jednoznaczne stanowisko w zakresie tego, czy wyraża zgodę na wykonanie przez powoda robót dodatkowych i uzupełniających niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy na warunkach i za wynagrodzeniem określonym przez powoda oraz czy podejmie działania w celu uzyskania zgody pozwanego ad. 1 na podwykonawstwo powoda w zakresie robót uzupełniających i dodatkowych. W tym piśmie powód wezwał do wykonania zobowiązań wynikających z umowy pod rygorem zaprzestania wykonywania dalszych robót na kontrakcie i odstąpienia od umowy z winy pozwanego ad. 2.

Z uwagi na straty finansowe, powód podejmował z pozwanym ad. 2 rozmowy w przedmiocie możliwości rozwiązania umowy za porozumieniem stron w okresie zimowym, w którym pozwany ad. 2 mógłby znaleźć innego podwykonawcę w miejsce powoda. Pozwany ad. 2 pozostawał na stanowisku, że powód powinien wykonać całość prac, także tych różnych ilościowo i rodzajowo od tych, opisanych w programie funkcjonalno-użytkowym, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, jednakże jego przedstawiciele wraz z przedstawicielami powoda rozpoczęły czynności inwentaryzacyjne odnoszące się do prac wykonanych przez powoda.

W międzyczasie na podstawie protokołu odbioru robót nr (...)z 31 grudnia 2013 r., powód wystawił fakturę VAT nr (...), za którą nie otrzymał zapłaty. Termin płatności oznaczony został w fakturze na 35 dni roboczych od dnia otrzymania faktury przez pozwanego ad. 2 i upływał dnia 5 marca 2014 r.

Mimo braku dalszej współpracy pozwanego ad. 2 w zakresie zlecenia wykonywania prac niezbędnych do prawidłowego ukończenia robót, powód wykonywał te roboty, które mimo to możliwe były do realizacji, a w tym przypadku były to roboty opisane w umowie podwykonawczej, programie funkcjonalno-użytkowym i Rozbiciu Ceny Ofertowej, realizowane w okresie od 26 grudnia 2013 r. do 17 stycznia 2014 r. Ilości oraz wartość tych prac została potwierdzona przez Inspektora nadzoru inwestorskiego S. W., a wartość ujęta została w fakturze nr (...) w dniu 31 stycznia 2014 r. Faktura wraz z protokołem zostały przekazane pozwanemu ad. 2 z 35-dniowym terminem zapłaty, jednak pozwany nie dokonał zapłaty mimo upływu terminu.

W dniu 23 stycznia 2014 r. powód oświadczył pozwanemu ad.2, że z przyczyn leżących po stronie pozwanego odstępuje od umowy podwykonawczej w zakresie prac niewykonanych do dnia złożenia pozwanemu ad.2 tego oświadczenia. Jako przyczynę odstąpienia powód wskazał, że pozwany ad.2 nienależycie wykonywał umowę podwykonawczą poprzez niezlecenie powodowi wykonania robót dodatkowych, niezbędnych do wykonania przez niego przedmiotu umowy lub zlecenia tych prac innemu wykonawcy.

Po złożeniu pozwanemu ad. 2 oświadczenia o odstąpieniu od umowy, strony kontynuowały spisy inwentaryzacyjne, przy udziale swoich przedstawicieli oraz geodety i inżyniera kontraktu. Ostatecznie spisy inwentaryzacyjne zakończono w lutym 2014 r. Obejmowały one zakresy prac wykonanych przez powoda na odcinku IV, V (do dnia 30 stycznia 2014 r.), VII (do dnia 31 stycznia 2014 r.), II (do dnia 3 lutego 2014 r.), VIII i IX (do dnia 4 lutego 2014 r.). Dla odcinka VIII i IX kierownik budowy powoda przestał pełnić obowiązki kierownika budowy w dniu 20 lutego 2014 r. i w dniu 25 lutego 2014 r. obowiązki kierownika budowy przejął pracownik pozwanego ad.2. Analogicznie dla odcinka V kierownik budowy powoda przestał pełnić obowiązki kierownika budowy w dniu 25 lutego 2014 r. i w dniu 25 lutego 2014 r. obowiązki kierownika budowy przejął pracownik pozwanego ad.2, natomiast dla odcinka II kierownik budowy powoda przestał pełnić obowiązki kierownika budowy w dniu 20 lutego 2014 r. a w dniu 25 lutego 2014 r. obowiązki kierownika budowy przejął pracownik pozwanego ad.2.

W międzyczasie – wobec tego, iż powód zaprzestał wykonywania prac i ograniczył się do zabezpieczania tych, które wykonał do dnia złożenia pozwanemu ad.2 oświadczenia o odstąpieniu od umowy, a pozwany ad.2 bezskutecznie wzywał powoda do kontynuacji prac.

(...) Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. dnia 22 stycznia 2014 r. wystawiło (...) S.A. fakturę VAT nr (...) z na kwotę 34.760,29 zł tytułem kosztów obsługi laboratoryjnej - zgodnie z § 5 ust. 11 umowy podwykonawczej.

(...)Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. dnia 22 stycznia 2014 r. wystawiło (...) S.A. fakturę VAT nr (...)z na kwotę 103.175,91 zł tytułem części kosztów obsługi geodezyjnej - zgodnie z § 5 ust. 1 umowy podwykonawczej.

(...) Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. dnia 10 lutego 2014 wystawiło (...) S.A. fakturę VAT nr (...) z na kwotę 91.697,39 zł tytułem wynagrodzenie za wynajęcie powodowi oczyszczarki tłuczni typy (...) wraz z 7 wagonami (...)do wykonywania robót ziemnych na szlaku (...)).

W dniu 17 lutego 2014 r.(...)Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu należności powoda wynikającej z faktury nr (...)z dnia 31 grudnia 2013 r. ze swoimi należnościami w wysokości 229.633,59 zł, wynikającymi z faktury VAT nr (...)z dnia 10 lutego 2014 na kwotę 91.697,39 zł (wynagrodzenie pozwanego ad. 2 za wynajęcie powodowi oczyszczarki tłuczni typy (...)wraz z 7 wagonami (...) do wykonywania robót ziemnych na szlaku (...)), nr (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. na kwotę 34.760,29 zł (koszty obsługi laboratoryjnej, które powinny być pokryte przez powoda zgodnie z § 5 ust. 11 umowy podwykonawczej) oraz nr (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. na kwotę 103.175,91 zł (część kosztów obsługi geodezyjnej, które zgodnie z § 5 ust. 1 umowy podwykonawczej powinny być pokryte przez powoda).

Pismem z dnia 19 lutego 2014 r. pozwany ad. 2 oświadczył powodowi, iż odstępuje od umowy podwykonawczej, a jako przyczynę wskazał nienależyte wykonanie umowy podwykonawczej przez powoda oraz zwłokę powoda w wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy podwykonawczej. W piśmie pozwany ad.2 wyznaczył powodowi termin na sporządzenie protokołu przejścia terenu budowy oraz protokołu inwentaryzacji dotychczas wykonanej części przedmiotu umowy podwykonawczej według stanu na dzień wygaśnięcia umowy podwykonawczej na skutek odstąpienia od niej przez pozwanego ad.2. Pozwany ad.2 wezwał również powoda do oddania całości efektów prawidłowo wykonanej części przedmiotu umowy podwykonawczej oraz wstrzymanie dalszej realizacji przedmiotu umowy podwykonawczej oraz zabezpieczenia terenu budowy.

W dniu 20 lutego 2014 r. pozwany ad. wystawił powodowi Notę księgową Nr (...) na kwotę 26.481.512,42 zł płatną w terminie 14 dni od doręczenia tytułem kary umownej zgodnie z §8 ust. 1 lit. c) Umowy nr (...)z dnia 14.05.2013 r. z uwzględnieniem aneksu nr (...) z 11.07.2013 r., w związku z odstąpieniem w dniu przez (...) od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi (...).

W dniu 10 marca 2014 r. (...)Przedsiębiorstwo (...)sp. z o.o. z siedzibą w G. złożył powodowi Oświadczenie o potrąceniu wraz z wezwaniem do zapłaty, dokonując potrącenia:

- wierzytelności (...) S.A. z siedzibą w P. objętej fakturą VAT nr (...) z dnia 31.12.2013 r. na kwotę brutto 23.844,142,06 PLN pomniejszonej o kwotę 229.633,59 PLN zgodnie z oświadczeniem o potrąceniu (...) nr (...)z dnia 17.02.2014 r., tj. w kwocie brutto 23.614.508,47 PLN, z wierzytelnością (...) wobec (...);
- w kwocie 26.481.512,42 PLN (słownie: dwadzieścia sześć milionów czterysta osiemdziesiąt jeden tysięcy pięćset dwanaście złotych i czterdzieści dwa grosze), objętą nota księgową nr (...)z dnia 20.02.2014 r., z tytułu kary umownej naliczonej zgodnie z §8 ust. 1 lit. c) Umowy nr (...)z dnia 14.05.2013 r. z uwzględnieniem aneksu nr (...) z 11.07.2013 r. ("Umowa"), w związku z odstąpieniem w dniu 20.02.2014 r. przez (...) od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi (...).

Według (...)Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o., obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, tj. do kwoty 23.614.508,47 zł. Tym samym według (...) Sp. z o.o., wierzytelność (...) objęta fakturą VAT nr (...) z dnia 31.12.2013 r. została zaspokojona w całości.

Opierając się na spisach inwentaryzacyjnych, pozwany ad. 2 sporządził we własnym zakresie protokoły inwentaryzacyjne dla wszystkich tych odcinków w dniu 29 kwietnia 2014 r., zestawiając w nim także wady, usterki, braki i roboty pozostałe powodowi do wykonania.

Powód w trakcie realizacji umowy podwykonawczej korzystał z usług podwykonawców, przy czym nie wszystkich tychże podwykonawców zgłaszał pozwanemu ad. 2, czy pozwanemu ad. 1 w trybie przewidzianym umową podwykonawczą.

Po odstąpieniu przez powoda od umowy i wykonaniu spisu inwentaryzacyjnego, pozwany ad. 2 zlecił wykonywanie prac – w miejsce powoda – innym podwykonawcom.

W okresie od 14 maja 2013 r. do 25 listopada 2013 r. (okres, który jest objęty miesięcznymi fakturami (...)) (...)S.A. wykonało na rzecz (...) Sp. z o. następujące roboty:

I. Dla odcinka II (...).

Układy torowe. p. odg. (...)

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Wykonanie robót ziemnych | Jakość wykonania |
|-------------|---|---------------------|--|---|
| II. 6 | (...) z 31.10.2013 r. Pr. (...)z 27.09.2013 r. | 18.100 18.104 | Roboty ziemne dla toru: T1, dł. 65 m T2, dł. 100 m | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| | Razem: | | 165,00 | |

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Warstwa ochronna z niesortu | Ułożenie geowłókniny | Ułożenie geosiatki | Jakość wykonania |
|----------------|---|--------------------------------------|-----------------------------|----------------------|--------------------|---|
| II. 7 II. 8 | (...) z 31.10.2013 r. Pr. (...) z 01.10.2013 r. (...) | 18.113 18.117 18.120 18.134 | 165,00 | 165,00 | 100,00 | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |

| | | | | | | |
|--|--|--|--------|--------|--------|--|
| | z 31.10.2013 r. Pr. / bez numeru / z 01.10.2013 r. | | | | | |
| | Razem: | | 165,00 | 165,00 | 100,00 | |

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Oczyszczenie, uzupełnienie i oprofilowanie podsypki dla torów T1 i T2 | Ułożenie rozjazdów nr (...)i (...) z robotami towarzyszącymi |
|-------------|---|------------------------|---|---|
| II.10 | (...) | 18.142 | 165,00 | kompletne |
| II. 12 | z 31.10.2013 r. (...) z 31.10.2013 r. | 18.151 | | |
| | Razem: | | 165,00 | |

I. Dla odcinka V Stacja (...).

Układy torowe

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Rozbiórka nawierzchni torowej |
|-------------|---|------------------------|---|
| II.51 | (...) z 31.10,2013 r. | 18.188 | Rozebrano rozjazdy 9 kpl.. (...) wraz z usunięciem tłucznia. Usunięto tłuczeń z wstawek międzyrozjazdowych 343,70 m. Rozebrano tory: |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | Nr (...)– 2230 m Nr (...) – 948 m Nr(...)– 74 m Nr (...)– 130 m Razem 3382 m Usunięto tłużeń z torów: 1360 m |
|--|--|--|--|

Kubatura i perony

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Budowa nastawni na stacji (...) |
|-------------|---|---------------------|---|
| X. 21 | (...) z 31.10.2013 r. | 18.283 | Wykonano wykop pod nastawnię 501,198 m ³ . |

II. Dla odcinków VIII i IX. (...).

Układy torowe. Szlak (...) Długość 5 700 m. Tor 2.

| Poz. RCO | Nr protokołu odbioru robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Warstwa ochronna [mb] | Ułożenie geowłókniny [mb] | Ułożenie geosiatki [mb] | Jakość wykonania |
|------------------|---|------------------------|-----------------------------------|---------------------------------|-------------------------------|--|
| II. 56 | (...) z 09.10.2013r. | 18.204 | 1 110,00 + stabilizacja | 1 110,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 02.10.2013r. | 18.315 | 750,00 | 750,00 | 150,00 | Prawidłowa. |

| | | | | | | |
|------------------|-------------------------|--------|------------------------------|----------|--------|--|
| | | | | | | Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 18.10.2013r. | 18.314 | 180,00 + stabilizacja | 180,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 18.10.2013r. | 18.313 | 605,00 | 605,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 22.10.2013r. | 18.312 | 265,00 | 265,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 24.10.2013r. | 18.311 | 900,00 | 900,00 | 200,00 | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 24.10.2013r. | 18.310 | 500,00 | 500,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 29.10.2013r. | 18.309 | 1 390,00 | 1 390,00 | | Prawidłowa. |

| | | | | | | |
|------------------|-------------------------|--------|--|----------|--------|--|
| | | | | | | Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 08.11.2013r. | 18.308 | 50,00 | 50,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 08.11.2013r. | 18.307 | 92,00 | 92,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| | Razem: | | 5 842,00 + 1 290,00 stabilizacji | 5 842,00 | 350,00 | |

Układy torowe. Szlak (...). Długość 3 800 m. Tor 2.

| Poz. RCO | Nr protokołu odbioru robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Warstwa ochronna z niesortu [mb] | Ułożenie geowłókniny [mb] | Ułożenie geosiatki [mb] | Jakość wykonania |
|------------------|---|------------------------|---|---------------------------------|-------------------------------|--|
| II. 56 II. 57 | (...) z 09.10.2013 r. | 18.205 | 550,00 | 550,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 | (...) z 24.09.2013 r. | 18.206 | 260,00 | 260,00 | 50,00 | Prawidłowa. |

| | | | | | | |
|------------------|-----------------------|--------|--------------------------|--------|--|---|
| II. 57 | | | | | | Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 24.09.2013 r. | 18.207 | 270,00 | 270,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 24.09.2013 r. | 18.208 | 270,00 | 270,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 24.09.2013 r. | 18.209 | 330,00 | 330,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 07.10.2013 r. | 18.210 | 570,00 + stabilizacja | 570,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 07.10.2013 r. | 18.211 | 230,00 + stabilizacja | 230,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 17.10.2013 r. | 18.306 | 670,00 | 670,00 | | Prawidłowa. |

| | | | | | | |
|------------------|--------------------------|--------|--------|--------|--|--|
| | | | | | | Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 17.10.2013 r. | 18305 | 150,00 | 150,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 24.10.2013 r. | 18304 | 50,00 | 50,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 24.10.2013 r. | 18.303 | 250,00 | 250,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 06.11.2013 r. | 18.302 | 50,00 | 50,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 08.11.2013 r. | 18.301 | 50,00 | 50,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 09.11.2013 r. | 18.300 | 80,00 | 80,00 | | Prawidłowa. |

| | | | | | | |
|------------------|--------------------------|--------|--------------------------------------|----------|-------|---|
| | | | | | | Nie stwierdzono braków i usterek |
| II. 56 II. 57 | (...) z 09.11.2013 r. | 18.299 | 50,00 | 50,00 | | jw. Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| | Razem: | | 3 830,00 + stabilizacja 800,00 | 3 830,00 | 50,00 | |

Układy torowe. (...). Długość 9 500 m. Tor 2.

| Poz. RCO | Nr protokołu odbioru robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Wykonanie robót ziemnych [mb] | Stabilizacja robót ziemnych [mb] | Jakość wykonania |
|-------------|--|------------------------|--|---|---------------------|
| II.55 | (...) z 13.08.2013 | 17.965 | 1 007,00 | 50,00 | Prawidłowa. |
| | (...)z 12.08.2013 | 17.964 | 948,00 | | Nie stwierdzono |
| | (...)z 12.08.2013 | 17.966 | 1 048,00 | | braków i usterek |
| II.55 | (...) z 28.08.2013 | 18.056 | 525,00 | | Prawidłowa. |
| | (...) z 28.09.2013 | 18.057 | 613,00 | | Nie stwierdzono |
| | (...) z 30.08.2013 | 18.058 | 345,00 | | braków i usterek |
| | (...) z 19.09.2013 | 18.059 | 1 950,00 | | |
| | (...) z 30.08.2013 | 18.055 | 383,00 | | |
| | (...) z 30.08.2013 | 18.054 | 528,00 | | |

| | | | | | |
|-------|--------------------|--------|--------|--------|--|
| | (...) z 30.08.2013 | 18.053 | 448,00 | | |
| | (...) z 05.09.2013 | 18.052 | 217,00 | | |
| | (...) z 05.09.2013 | 18.051 | 194,00 | | |
| II.55 | (...) z 09.10.2013 | 18.428 | 150,00 | 150,00 | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II.55 | (...) z 14.09.2013 | 18.429 | 360,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II.55 | (...) z 08.11.2013 | 18430 | 20,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II.55 | (...) z 03.10.2013 | 18.431 | 104,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II.55 | (...) z 07.09.2013 | 18.432 | 51,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II.55 | (...) z 07.10.2013 | 18.433 | 163,00 | 163,00 | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II.55 | (...) z 08.11.2013 | 18.434 | 40,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| II.55 | (...) z 08.11.2013 | 18.435 | 20,00 | | Prawidłowa. |

| | | | | | |
|-------|--------------------|--------|----------|--------|--|
| | | | | | Nie stwierdzono braków i usterek |
| II.55 | (...) z 09.11.2013 | 18.436 | 40,00 | | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| | Razem: | | 9 154,00 | 363,00 | |

Kubatúra i perony. Odcinek (...).

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru. Protokół przejęcia robót do eksploatacji | Strona akt sądowych | p.o. (...) km 50.032 | p.o. (...) km 52.082 |
|-------------|--|---------------------------|--|-------------------------|
| X. 26 | (...) Brak daty. | 17.898 | Rozbiórka peronu dwukrawędziowego | |
| X. 27 | Protokół nr (...)z 20.06.2013 r. | 17.903 | Budowa peronu jednokrawędziowego przy torze nieparzystym. Humusowanie 1700 m ² . Wykop pod ławę peronu i pochylnię 103 m ³ . Ława betonowa 42 m ³ . Ułożenie prefabrykatów L1 227 szt. | |

| | | | | |
|-------|--------------------------|--------|--|--|
| | | | <p>Zasyпка piaskowa 1800 m³.</p> <p>Nawierzchnia z kostki brukowej 670 m².</p> <p>Płyta peronowa 200 m.</p> <p>Wiata peronowa 2 szt.</p> <p>Barierka ochronna 26 m.</p> | |
| X. 28 | (...) z 31.08.2013 r. | 18.014 | <p>Budowa peronu jednokrawędziowego przy torze parzystym.</p> <p>Wykop pod ławę 100 m³.</p> <p>Ława betonowa 42 m³.</p> <p>Ułożenie prefabrykatów</p> <p>L1 200 szt.</p> <p>Zasyпка piaskowa 1800 m³.</p> | |
| X. 28 | (...) z 31.10.2013 r. | 18.527 | <p>Budowa peronu jednokrawędziowego przy torze parzystym.</p> <p>Zasyпка peronu z zagęszczeniem.</p> <p>Ułożenie prefabrykatów L2.</p> <p>Nawierzchnia z kostki brukowej.</p> | |

| | | | Montaż malej architektury. Montaż wiaty peronowej. | |
|-------|--------------------------|--------|---|--|
| X. 29 | (...) Z 31.07.2013 r. | 17.954 | | Rozbiórka peronu jednokrawędziowego na peronie (...). |
| X. 31 | (...) z 31.08.2013 r. | 17.988 | | Budowa peronu jednokrawędziowego przy torze parzystym. Wykop pod ławę peronu i pochylnię 100 m ³ . Ława betonowa 42 m ³ . Ułożenie prefabrykatów L1 200 szt. Zasyпка piaskowa 1800 m ³ . |
| X. 31 | (...) z 30.11.2013 r. | 18.557 | . | Budowa peronu jednokrawędziowego przy torze parzystym. Zasyпка peronu z zagęszczeniem. Ułożenie prefabrykatów L2. Nawierzchnia z kostki brukowej. Montaż malej architektury. Montaż wiaty peronowej. |

Ochrona środowiska. Odcinek (...).

| Poz. RCO | Nr. protokołu odbioru przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Wbudowanie mat antywibracyjnych [mb] | Jakość wykonania |
|-------------|--|------------------------|--|--|
| X. 36 | (...) z 06.11.2013 | 9814 | 150,00 | Prawidłowa. Nie stwierdzono braków i usterek |
| | Razem: | | 150,00 | |

W okresie od 26 listopada 2013 r. do 25 grudnia 2013 r. (okres, który jest objęty miesięczną fakturą (...)S.A. z 31.12.2013 r.) (...) S.A. wykonało na rzecz (...) Sp. z o. następujące roboty:

I. Dla odcinka II (...).

Układy torowe.

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Roboty ziemne | Roboty rozbiórkowe nawierzchni torowej |
|-------------|--|------------------------|---|---|
| II. 13 | (...) z 27.12.2013 r. | 18.591 | Wykonano roboty ziemne przy torze T1 km 7100 - 9400 | |
| II. 17 | (...) z 27.12.2013 r. | 18.595 | | Rozebrano tor T1 na km 9 100 - 9 400 |
| II. 29 | (...) z 27.12.2013 r. | 18.599 | | Rozebrano tor T1 na km 13 800 – 15 000 |

II. Dla odcinka IV (...).

Układy torowe.

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Roboty rozbiórkowe nawierzchni torowej |
|-------------|---|------------------------|---|
| II. 39 | (...) z 27.12.2013 r. | 18.603 | Wybrano i wywieziono pospółkę w km 18 000 -28 000 dla jednego toru |

III. Dla odcinka V Stacja (...).

Układy torowe.

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Roboty rozbiórkowe nawierzchni Torowej |
|-------------|---|------------------------|--|
| II. 41 | (...) z 27.12.2013 r. | 18.607 | Rozebrano tory nr (...) i (...), w km. 28 950 – 29 300 |

IV. Dla odcinka VII Stacja(...).

Układy torowe.

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru. Protokół przejęcia robót do eksploatacji. | Strona akt sądowych | Budowa nawierzchni torowej | Jakość wykonania |
|-------------|--|------------------------|---|---------------------|
| II. 52 | (...) z 27.12.2013 r Protokół nr (...) | 18.624 18.629 | Wykonano tor główny zasadniczy: T2 dł. 1 369 m. | dobra |

| | | | | |
|--------|---|--------|--|-------|
| | z 14.12.2013 r. | | | |
| II. 53 | (...) | 18.832 | Wykonano tor | dobra |
| II. 54 | z 27.12.2013 r. Protokół nr (...) z 14.12.2013 r. | 18.629 | główny dodatkowy: T4 dł. 374 m. i pozostałe z rozjazdami: (...) | |

Kubatura i perony.

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru. Protokół przekazania robót do eksploatacji | Strona akt sądowych | Budowa nastawni km. 43,141 | Rozbiórka peronu dwukrawędziowego | Budowa peronu dwukrawędziowego |
|-------------|--|--------------------------------------|---|---|--|
| X.21 | (...) z 27.12.2013r. Protokół odbioru technicznego z 17,12,2013r. | 18.642 18.646 | Wykonano: Ściany konstrukcyjne: parteru, piętra i dachu z ociepleniem | | |
| X.23 | (...) z 27.12.2013r. | 18.651 | | Wykonano rozbiórkę peronu nr (...), km. 43,141 | |
| X. 25 | (...) z 27.12.2013 r. Protokół przekazania do | 18.655 18.659 18.662 18.665 | | | Wykonano peron nr (...)w km: 42 923 – 42 953 43 186 – 43 216 |

| | | | | | |
|--|--|--|--|--|-----------------|
| | eksploatacji tymczasowej nr (...) z 13.12.2013r. Zał. nr (...) Zał. nr (...) Zał. nr (...) | | | | 42 967 – 43 186 |
|--|--|--|--|--|-----------------|

V. Dla odcinka VIII+IX (...).

Układy torowe.

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru. Protokół przejęcia robót do eksploatacji. | Strona akt sądowych | Budowa nawierzchni torowej | Jakość wykonania |
|-------------|--|----------------------------|---|---------------------|
| II. 60 | (...) z 27.12.2013 r. Protokół nr (...) z 14.12.2013 r. Protokół nr (...) z 14.12.2013 r. | 18.611 18.615 18.619 | Wykonano tor T2 dł. 9 800 m. Wykonano tor T2 km. 44 600 – 50 300 dł. 5 700 m. Wykonano tor T2 km. 50 300 – 54 400. dł. 4 100 m. | dobra dobra |

W okresie od 26 grudnia 2013 r. do 19 lutego 2014 r. (...) S.A. wykonało na rzecz (...)Sp. z o.o. następujące roboty:

I. Dla odcinka II (...)

Układy torowe.

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Rozebranie nawierzchni torowej na p.odg. (...) | Rozebranie nawierzchni torowej odcinek (...) | Rozebranie nawierzchni torowej odcinek (...) (...) |
|-------------|---|-----------------------------------|--|--|--|
| II.23 | (...) z 28.01.2014 r. (...) z 28.02.2014 r. | 18.699 18.717 | Rozebrano tor T1 km 11720-12222 dł. 502 m. Rozebrano tor T1 km 11720-12240 12445-12455 dł. 530 m. | | |
| II. 29 | (...) z 31.01.2014 r. (...) z 28.02.2014 r. | 18.671 18.721 | | Rozebrano tor T1 km 12680 -13800 dł. 1120 m. Rozebrano tor T1 km 12445 -15000 dł. 2545 m. | |
| II. 17 | (...) z 28.01.2014 r. (...) z 28.02.2014 r. | 17.193 Zał. nr (...) 18.713 | | Rozebrano tor T1, km. 11422-11720 dł. 298 m. | Rozebrano tor T1, km. 7100-11300 11450-11720 dł. 4540 m. |

II. Dla odcinka V Stacja (...).

Układy torowe.

| Poz. RCO | Dokument | Strona | Rozebranie nawierzchni torowej | Wykonanie torów głównych zasadniczych |
|-------------|--------------------------|--------|---------------------------------|--|
| II. 41 | (...) z 31.01.2014 r. | 18.675 | Rozebrano tor T6 dł. 1032 m. | |
| II. 42 | (...) z 31.01.2014 r. | 18.679 | | Wykonano tor T1 km. 28950-29300 dł. 350 m. |

III. Dla odcinka VII Stacja (...).

Kubatúra i perony.

| Poz. RCO | Dokument potwierdzający obmiar robót przez inspektora nadzoru | Strona akt sądowych | Budowa nastawni na stacji (...) |
|-------------|---|---------------------|--|
| X. 21 | (...) z 28.02.2014 r. | 18.726 | Wykonano stropy nad parterem i pierwszym pięciem |

Zakres wykonanych przez (...) S.A. na rzecz (...)Sp. z o.o. prac został udokumentowany w protokołach odbioru poszczególnych etapów robót sporządzanych przez zespół Inżyniera Kontraktu w celu miesięcznych rozliczeń finansowych lub potwierdzeniach wykonania tzw. robót zanikających, a także protokołów komisyjnego odbioru w przypadkach, kiedy ukończony zakres robót był przekazywany do eksploatacji. Inspektor nadzoru odbierając zakres wykonanych robót, tam gdzie było to konieczne zwłaszcza w robotach związanych z budową tzw. układów torowych, brał pod uwagę inwentaryzacje geodezyjne, wyniki badań geotechnicznych i pomiarów modułów odkształcenia podłoża gruntowego opracowanych przez Instytut Badawczy (...). Ustalał procent wykonania robót, oceniał ich jakość i zgodność z zatwierdzonym projektem wykonawczym. W przypadku robót zanikających, po dokonaniu pozytywnym odbiorze zapisem w dzienniku budowy zezwalał na wykonywanie kolejnej warstwy technologicznej. W robotach związanych z wykonaniem peronów i obiektów kubaturowych oceniał ich procentowe zaawansowanie i zgodność wykonania z projektem wykonawczym. Komisje odbioru, które powoływał Zamawiający w celu przejścia ukończonych części robót do eksploatacji, również potwierdzały wykonany zakres i ilości robót. Jakość robót generalnie oceniana była przez zespół Inżyniera Kontraktu jako prawidłowa, bez braków i usterek. Jedynie w protokołach odbioru i przekazania do eksploatacji Komisje ustaliły wykazy usterek, które nie limitowały przekazania odbieranych robót Użytkownikowi.

W dniu 20 listopada 2014 r. na zlecenie (...)Sp. z o.o. złożone zgodnie z § 11 ust. 6 Umowy podwykonawczej (...) Sp. z o.o. jako uprawniony rzeczoznawca dokonał rozliczenia robót pomiędzy Stronami w oparciu o protokoły inwentaryzacji z dnia 29 kwietnia 2014 r.

W robotach budowlanych i pracach wykonanych przez (...) S.A. wystąpiły wady, nieprawidłowości i braki w następujących pozycjach opisanych w Załączniku nr (...)do „Protokołu inwentaryzacji robót budowlanych i innych czynności wykonanych przez (...) S.A. na modernizowanej linii kolejowej nr (...) na odcinku (...)” z dnia 29.04.2014 r.:

I. Odcinek nr V

(i) Pozycja nr (...), których koszt usunięcia opiewa na kwotę łączną 204.500,66 zł netto według cen rynkowych na IV kwartał 2014 r., z czego kwota w wysokości 204.500,66 zł netto dotyczy robót i prac wykonanych w okresie od dnia 26.12.2013 do dnia 20.02.2014.

II. Odcinek nr VII

(i) Pozycja nr (...), których koszt usunięcia opiewa na kwotę łączną 202.191,78 zł netto według cen rynkowych na IV kwartał 2014 r., z czego kwota w wysokości 202.191,78 zł netto dotyczy robót i prac wykonanych w okresie od dnia 26.11.2013 do dnia 25.12.2013 (tj. do za okres, który jest objęty miesięczną fakturą (...) S.A. z 31.12.2013 nr (...)),

III. Odcinek nr VIII i IX

(i) Pozycja nr (...) których koszt usunięcia opiewa na kwotę łączną 1.249.393,20 zł netto według cen rynkowych na IV kwartał 2014 r., z czego kwota w wysokości 624.696,60 zł netto dotyczy robót i prac wykonanych w okresie od dnia 14.05.2013 do dnia 25.11.2013 (tj. za okres, który jest objęty miesięcznymi fakturami (...) S.A. z następujących dat: 31.07.2013, 31.08.2013, 30.09.2013, 31.10.2013, 30.11.2013) a kwota w wysokości 624.696,60 zł netto dotyczy robót i prac wykonanych w okresie od dnia 26.11.2013 do dnia 25.12.2013 (tj. do za okres, który jest objęty miesięczną fakturą (...)S.A. z 31.12.2013 nr (...)).

Podwykonawca nie otrzymał zapłaty należnego mu wynagrodzenia w łącznej kwocie 27.668.449,75 zł z tytułu:

a) Robót wynikających z zawartej Umowy Podwykonawczej w kwocie 26.069.531,14 zł brutto, na którą składają się:

b) Robót dodatkowych w kwocie 198.789,74 zł brutto, na którą składają się:

a) Robót uzupełniających w kwocie 1.400.129,88 zł brutto, na którą składają się:

Łącznie koszt usunięcia faktycznych wad, nieprawidłowości i braków w robotach wykonanych przez Podwykonawcę według cen rynkowych na IV kwartał 2014 r. wynosi 1.656.085,64 zł netto (2.036.985,34 zł brutto), z czego:

a)kwota w wysokości 1.656.085,64 zł netto dotyczy robót i prac wykonanych w okresie od dnia 14.05.2013 r. do dnia 20.02.2014 r.,

b) kwota w wysokości 624.696,60 zł netto dotyczy robót i prac wykonanych w okresie od dnia 14.05.2013 r. do dnia 25.11.2013 r. (tj. za okres, który jest objęty miesięcznymi fakturami (...) S.A. z następujących dat: 31.07.2013, 31.08.2013, 30.09.2013, 31.10.2013, 30.11.2013),

c) kwota w wysokości 826.888,38 zł dotyczy robót i prac

d) wykonanych w okresie od dnia 26.11.2013 r. do dnia 25.12.2013 r. (tj. do za okres, który jest objęty miesięczną fakturą (...) S.A. z 31.12.2013 nr (...)),

e) kwota w wysokości 204.500,66 zł dotyczy robót i prac wykonanych w okresie od dnia 26.12.2013 r. do dnia 20.02.2014r.

Koszty usunięcia poszczególnych wad przypisane do danego okresu w cenach IV kwartał 2014 r. przedstawiają się następująco

| | Wada | Koszt [zł] | W okresie 14.05.2013 - 20.02.2014 [zł] | W okresie 14.05.2013 - 25.11.2013 [zł] | W okresie 26.11.2013 - 25.12.2013 [zł] | W okresie 26.12.2013 - 20.02.2014 [zł] | Uwagi Zespołu Biegłych |
|--|---|-----------------------|---|---|---|---|---------------------------------------|
| | Odcinek V Stacja (...) | | | | | | |
| | II. Układy torowe | | | | | | |
| | Konieczność wymiany szyn staroużytecznych w nowym torze nr (...) na nowe szyny zgodne z projektem | 189 686,56 | 189 686,56 | 0,00 | 0,00 | 189 686,56 | |
| | Konieczność wykonania regulacji toru nr (...) w planie i w profilu przed odbiorem końcowym | 14 089,60 | 14 089,60 | 0,00 | 0,00 | 14 089,60 | |
| | Konieczność wykonania oprofilowania pryzmy podsypki po ostatecznej | 724,50 | 724,50 | 0,00 | 0,00 | 724,50 | |

| | | | | | | | |
|---------------------------------|--|------------|------------|------|------------|------------|--|
| | regulacji toru nr (...) w planie i w profilu | | | | | | |
| | RAZEM ODCINEK V: | 204 500,66 | 204 500,66 | 0,00 | 0,00 | 204 500,66 | |
| | | | | | | | |
| Odcinek VII Stacja (...) | | | | | | | |
| II. Układy torowe | | | | | | | |
| | Przekroczenie wartości dopuszczalnej szerokości toru, gradientu szerokości toru i nierówności poziomych - zgodnie z wynikami z dnia 13.01.2014 i 20.01.2014 (dotyczy nowowybudowanego toru nr (...), km 42.500 - 43.130, (rozjazd (...)) - do podbicia | 25 361,28 | 25 361,28 | 0,00 | 25 361,28 | 0,00 | |
| | Konieczność rozprężenia toru nr (...) - układka i zgrzewania toru | 122 540,61 | 122 540,61 | 0,00 | 122 540,61 | 0,00 | |

| | | | | | | | |
|--|---|-----------|-----------|------|-----------|------|--|
| | <p>bezstykoweo wykonano poza temperaturami neutralnymi, Dotyczy nowowbudowanego toru nr (...), km 42.500 - 43.130 (rozjazd (...)) - do rozprężenia</p> | | | | | | |
| | <p>Konieczność podbicia rozjazdów - różnica między projektowaną a rzeczywistą niweletą torów w rozjazdach (...)i (...)ponad 30 mm.</p> | 42 064,00 | 42 064,00 | 0,00 | 42 064,00 | 0,00 | |
| | <p>Różnice położenia toru nr(...) w stosunku do znaków regulacji dochodząca do 40 mm. Dotyczy nowo wybudowanego toru nr (...), km 42.962 - 43.260 - do podbicia</p> | 11 996,29 | 11 996,29 | 0,00 | 11 996,29 | 0,00 | |
| | <p>Uszkodzony łącznik międzytokowy</p> | 229,60 | 229,60 | 0,00 | 229,60 | 0,00 | |

| | | | | | | | |
|--|---|------------|------------|------------|------------|------|--|
| | (...) podczas podbijania toru (...)w rejonie semafora wjazdowego B | | | | | | |
| | RAZEM ODCINEK VII: | 202 191,78 | 202 191,78 | 0,00 | 202 191,78 | 0,00 | |
| | | | | | | | |
| | Odcinek VIII i IX (...) | | | | | | |
| | II. Układy torowe | | | | | | |
| | Przekroczenie wartości dopuszczalnej szerokości toru, gradientu szerokości toru i nierówności poziomych - zgodnie z wynikami z dnia 11.12.2014. Dotyczy nowo wybudowanego toru nr (...), km 44.600 - 54.100 - do podbicia | 382 432,00 | 382 432,00 | 191 216,00 | 191 216,00 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w równych częściach, w związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych przez Podwykonawcę. |
| | Km 48.228 tok (...) - uszkodzenie wykryte deteskopem | 30 975,00 | 30 975,00 | 15 487,50 | 15 487,50 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w |

| | | | | | | | |
|--|--|------------|------------|-----------|-----------|------|--|
| | - wymiana szyny | | | | | | równych częściach, w związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych przez Podwykonawcę. |
| | Km 48.228 tok (...) - uszkodzenie wykryte deteskopem – spawy | 4 160,00 | 4 160,00 | 2 080,00 | 2 080,00 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w równych częściach, w związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych przez Podwykonawcę. |
| | Konieczność poprawienia mocowania szyn na całej długości toru nr (...) | 108 224,00 | 108 224,00 | 54 112,00 | 54 112,00 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w równych częściach, w związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych |

| | | | | | | | |
|--|---|------------|------------|------------|------------|------|--|
| | | | | | | | przez Podwykonawcę. |
| | Doszlifować zgrzeiny szt. 28 zgodnie z protokołem odbioru zgrzein (od km 50.300 do km 54.100) | 17 623,20 | 17 623,20 | 8 811,60 | 8 811,60 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w równych częściach, w związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych przez Podwykonawcę. |
| | Doszlifować zgrzeiny szt. 28 zgodnie z protokołem odbioru zgrzein (od km 44.600 do km 50.300) | 18 882,00 | 18 882,00 | 9 441,00 | 9 441,00 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w równych częściach, w związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych przez z Podwykonawcę. |
| | Konieczność regulacji toru w planie i w profilu przed | 382 432,00 | 382 432,00 | 191 216,00 | 191 216,00 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w równych częściach, w |

| | | | | | | | |
|--|--|------------|------------|------------|------------|------|---|
| | odbiorem końcowym | | | | | | związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych przez Podwykonawcę. |
| | Konieczność wykonania mechanicznego sprofilowania pryzmy podsypki po ostatecznej regulacji toru w planie i w profilu | 19 665,00 | 19 665,00 | 9 832,50 | 9 832,50 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w równych częściach, w związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych przez Podwykonawcę. |
| | Konieczność wykonania szlifowania szyn w torze (...) | 285 000,00 | 285 000,00 | 142 500,00 | 142 500,00 | 0,00 | Biegli przyporządkowali kwotę do poszczególnych okresów w równych częściach, w związku z wykazaniem takiego właśnie procentowego zaawansowania finansowania robot wykonanych |

| | | | | | | | |
|--|---|-------------------------|-------------------------|-----------------------|-----------------------|-----------------------|------------------------|
| | | | | | | | przez Podwykonawcę. |
| | RAZEM ODCINEK VIII i IX: | 1 249 393,20 | 1 249 393,20 | 624 696,60 | 624 696,60 | 0,00 | |
| | RAZEM: | 1 656 085,64 | 1 656 085,64 | 624 696,60 | 826 888,38 | 204 500,66 | |

Nieuiszczone na rzecz podwykonawcy wynagrodzenie w łącznej kwocie 27.668.449,75 zł pomniejszone o koszt usunięcia wad, nieprawidłowości i braków w robotach wykonanych przez podwykonawcę według cen rynkowych na IV kwartał 2014 r. w kwocie 2.036.985,34 zł brutto wynosi 25.631.464,41 zł brutto.

Stan faktyczny w przedmiotowej sprawie Sąd a quo ustalił w znacznej mierze w oparciu o zaferowane przez strony dokumenty prywatne, stanowiące dowód tego, że osoby, które je podpisały, złożyły oświadczenia w nich zawarte (art. 245 k.p.c.), a także inne dokumenty w rozumieniu art. 243¹ k.p.c., które nie były przez strony kwestionowane co do autentyczności, a Sąd I instancji także z urzędu nie znalazł podstaw, by taką autentyczność kwestionować.

W szczególności Sądowi Okręgowemu posłużyły umowy zawarte między pozwanym ad. 1 a członkami konsorcjum, w którego skład wchodził pozwany ad. 2 (Umowa główna), a także umowa zawarta z pozwanym ad 2 przez powoda, wraz z załącznikami, a ponadto dokumentacja przedkładana przez strony oraz Inżyniera Projektu Kontraktu (...), odnosząca się do realizacji wskazanych umów oraz ich rozliczenia.

Sąd meriti miał na uwadze, iż powód kwestionował w toku postępowania protokoły z inwentaryzacji, przedstawiane przez pozwanego ad. 2 na okoliczność rzeczywistego zakresu prac wykonanych przez powoda, jak też dokumenty pozwanego ad. 2 obejmujące zestawienia rzekomych wad, nieprawidłowości i braków w pracach powoda, na których to dokumentach bazowała wydana w sprawie opinia zespołu biegłych (Protokół inwentaryzacji robót budowlanych i innych czynności wykonanych przez powoda na modernizowanej linii kolejowej nr (...)na odcinku (...)) z dnia 29 kwietnia 2014 r., który to protokół zawierał – w formie załącznika – wykazy robót wykonanych przez powoda). W ocenie Sądu a quo nie zasługiwały na uwzględnienie sugestie powoda, iż podstawą ustaleń zakresu robót wykonanych przez powoda, ich wartości i jakości powinny być przejściowe świadectwa płatności, skoro dokumenty te – co wynikało już tylko z samej umowy między powodem a pozwanym ad.2, ale także z zeznań słuchanych w sprawie świadków – miały charakter jedynie poglądowy i wystawiane były na potrzeby bieżących rozliczeń. Umowa przewidywała jednak ostateczne rozliczenia w oparciu o inwentaryzację przeprowadzoną po zakończeniu robót. Ostatecznie zatem Sąd I instancji uznał wspomniane – kwestionowane przez powoda dokumenty, za jedyny materiał dowodowy dostępny w sprawie, pozwalający na możliwie najbardziej dokładne ustalenie zakresu robót wykonanych ostatecznie przez powoda na rzecz pozwanego ad.2, jak też wad i usterek występujących w tychże robotach. Świadkowie, którzy brali udział w czynnościach inwentaryzacyjnych, w tym spisach inwentaryzacyjnych oraz późniejszej ich weryfikacji wskazywali zgodnie, że same spisy sporządzano w okresie styczeń-luty 2014 r., w obecności przedstawicieli powoda, pozwanego ad. 2 oraz geodetów i ujęty tam zakres odpowiadał zakresowi prac ówczesnie wykonanemu przez powoda, gdzie celem spisu pierwotnie było oszacowanie robót pozostałych do wykonania w związku z negocjacjami stron co do ograniczenia zakresu jego prac. Spisy te były następnie aktualizowane przez przedstawiciela pozwanego ad. 2 o wskazanie wad i usterek w wykonanych pracach. Stąd też nie mogło ostać się twierdzenie powoda, iż wady i usterki w wykonanych przez niego pracach nie istniały. Zarówno bowiem ich istnienie, jak i ostateczne nieusunięcie przez powoda, potwierdzali słuchani w sprawie świadkowie, w tym świadkowie, którzy w trakcie obowiązywania między powodem a pozwanym umowy podwykonawczej uczestniczyli w czynnościach inwentaryzacyjnych po stronie powoda, tj. M. G., B. J. i W. B.,

jak też po stronie pozwanego ad. 2 (K. C. i L. B.), a także wykonywali prace po zejściu powoda z budowy, jak choćby K. B..

Sąd Okręgowy miał na względzie, iż biegli dokonali merytorycznej oceny treści protokołów z inwentaryzacji w oparciu o pozostały materiał dowodowy i w robotach budowlanych i pracach wykonanych przez (...) S.A. wystąpiły wady, nieprawidłowości i braki jedynie w niektórych pozycjach opisanych w Załączniku nr (...) do „Protokołu inwentaryzacji robót budowlanych i innych czynności wykonanych przez (...) S.A. na modernizowanej linii kolejowej nr (...) na odcinku(...)” z dnia 29.04.2014 r. Biegli szczegółowo odnieśli się do każdej z tych pozycji i wskazali podstawę swoich wniosków, co zostało opisane w treści opinii i ma odzwierciedlenie w stanie faktycznym ustalonym przez Sąd a quo.

Przy czym dokumenty odnoszące się stricte do aspektów technicznych powierzonych powodowi do wykonania i wykonanych przez niego robót budowlanych nie stanowiły dla Sądu Okręgowego samodzielnych dowodów co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Właściwa interpretacja rzeczonych dokumentów oraz wyciągnięcie prawidłowych wniosków z ich treści wymagało uprzedniego zasięgnięcia wyjaśnień osób posiadających wiedzę specjalistyczną we właściwych dziedzinach, a więc przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, względnie zespołu biegłych lub instytutu. Dopiero ten ostatni dowód oparty na dogłębnej analizie wspomnianych dokumentów pozwalał na poczynienie ustaleń w kwestiach spornych istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Sąd meriti dokumenty te potraktował zatem jako materiał stanowiący źródło informacji o stanie faktycznym na potrzeby wydania w sprawie opinii, a także jako materiał pozwalający następnie na weryfikację wydanej w sprawie opinii w aspekcie prawidłowości przyjętych w niej podstaw faktycznych, z których następnie wywodziło wnioski.

Sąd Okręgowy uznał za niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia przedłożony przez pozwanego ad.2 w załączeniu do pisma z dnia 14 lipca 2020 r. dokument oznaczony jako „Memorandum (...)” (k. 22.329 -22.331v.), stanowiący oświadczenie pełniące w dacie sporządzenia dokumentu rolę pełnomocnika powodowej spółki R. N., co do jego poglądów na zasadność stosowanej przez powoda w niniejszej sprawie argumentacji. Pozwany ad.2 wnosił o przeprowadzenie dowodu z tegoż dokumentu na fakt „braku podstaw (...) do odstąpienia od umowy podwykonawczej”, przy czym kwestia ta ma charakter stricte prawny, podczas gdy zgodnie z zasadą iura novit curia, to Sąd samodzielnie stosuje i dokonuje wykładni prawa. Opinie poszczególnych prawników, nawet związanych ze stroną powodową, nie mają natomiast dla ocen prawnych żadnego znaczenia. Stąd też dokument należało pominąć na podstawie art. 235⁽²⁾ pkt 1 k.p.c., jako nieodnoszący się do faktów, a obejmujący jedynie ocenę prawną, podczas gdy przedmiotem dowodu mogą być jedynie fakty (art. 227 k.p.c.), zaś prowadzenie dowodu na okoliczność ocen tychże faktów jest niedopuszczalne.

Sąd I instancji oddalił jako spóźnione wnioski dowodowe powoda złożone na rozprawie 4 listopada 2020 r., a opisane w załączniku do protokołu z tej rozprawy. Powód powołał wtedy okoliczność rzekomego uzyskania przez pozwanego ad. 2 zaspokojenia z tytułu wad, usterek, nieprawidłowości i braków w robotach wykonanych przez powoda w ramach realizacji gwarancji należytego wykonania umowy podwykonawczej wystawionej przez ubezpieczycieli, wobec których pozwany wystąpił na drogę postępowania sądowego i uzyskał wobec nich tytuły egzekucyjne. W ocenie Sądu a quo twierdzenia i dowody w tym zakresie po pierwsze należało uznać jako spóźnione, gdyż pochodziły z okresu 2014 r. – 2017 r., a więc co najmniej 3 lata przed ich powołaniem. Ponadto dowody te nie odnosiły się w sposób szczegółowy do pozycji uznanych przez biegłych w niniejszej sprawie jako koszt usuwania wad i nieprawidłowości w pracach powoda. Trudno byłoby zatem dokonać ich weryfikacji, a gdyby taka była możliwa, to wymagałaby ona uzupełnienia opinii biegłych sporządzonej w niniejszej sprawie, co niewątpliwie miałoby wpływ na okres trwania niniejszego postępowania.

Sąd Okręgowy uznał, iż dowody te nie świadczyły o faktycznym uzyskaniu zaspokojenia należności w ramach gwarancji, a jedynie o uzyskaniu tytułów egzekucyjnych wobec wystawcy gwarancji należytego wykonania umowy. Warto też zwrócić uwagę, iż powód nie wniósł w trybie art. 162 k.p.c. zastrzeżenia do protokołu odnośnie oddalenia tych wniosków.

Poza dowodami z dokumentów Sąd I instancji dopuścił i przeprowadził dowód z zeznań świadków J. K., P. R., J. F., K. P., W. B., M. G., B. J., M. S., T. T., M. C., M. B., M. D., A. W., P. B., K. C., L. B., K. P. (1), M. T., K. K., P. K., P. Z., D. W., M. E., S. L., D. D., S. K., M. S. (1), J. R., B. R., J. S., K. B., W. D., W. K., J. D., M. P., M. J., Z. W., D. K., M. B. (1), K. S., J. Ł., P. K. (1), G. Z., M. M., M. C. (1), J. Ś., R. S. czy K. G..

Oceniając wiarygodność zeznań świadków Sąd I instancji brał pod uwagę tę okoliczność, czy są oni aktualnie związani z którąkolwiek ze stron, co mogłoby rzutować choćby pośrednio na ich interes w korzystnym dla tejże strony rozstrzygnięciu sprawy. Ponadto Sąd meriti brał pod uwagę przy ocenie zeznań także to, czy zeznania te były wewnętrznie spójne i wzajemnie niesprzeczne, a także czy korespondują z pozostałym, zebrany w sprawie materiałem dowodowym. Sąd Okręgowy zważał przy tym, że każdy ze świadków zapamiętał zdarzenia, na okoliczność których zeznawał z własnej perspektywy, co wyjaśniać mogło ewentualne drobne różnice w zeznaniach, czy też nieznaną okoliczność określonych faktów przez poszczególnych świadków. Sąd a quo pomijał przy tym zeznania świadków w takim zakresie, w jakim stanowiły subiektywne oceny danych faktów, czy komunikowanie o ocenach wyrażonych przez inne osoby. Sąd dąży bowiem do ustalenia obiektywnie istniejących faktów, a oceny świadków są dla rozstrzygnięcia sprawy irrelewantne.

Pominał również Sąd Okręgowy te wypowiedzi świadków, jakie w swoim wyrazie stanowiły komunikaty o faktach, jeżeli dla ustalenia tychże faktów konieczne było uprzednie zasięgnięcie wyjaśnień osoby lub osób, dysponujących wiedzą specjalistyczną, a więc przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub też zespołu biegłych, który to dowód został ostatecznie w sprawie przeprowadzony. Świadkowie bowiem w swoich zeznaniach niejednokrotnie stwierdzali, co uznawać należało za kolizję robót lub które roboty – leżące ich zdaniem w zakresie prac zleconych powodowi przez pozwanego ad.2 – możliwe były do wykonania i mogły być przez powoda wykonywane mimo nie zlecenia powodowi czy też podmiotom trzecim dodatkowych prac przez pozwanego ad.2, a których to zdaniem powoda niemożność wykonania wobec braku współdziałania pozwanego ad.2 w postaci zlecenia ów dodatkowych prac przemawiała za skutecznością odstąpienia przez powoda od umowy zawartej z pozwanym. Obiektywna ocena w tym zakresie wymagała jednak tego, by uwzględniać techniki wykonania poszczególnych robót, warunki, w jakich roboty te musiały być prowadzone i wpływ tychże warunków na możliwość prowadzenia prac, a także całą złożoność robót wynikającą z projektów budowlanych i wykonawczych, w oparciu o które roboty te miały być realizowane. Tym samym nieodzownym było oparcie się przy obiektywnej ocenie wspomnianych możliwości wykonywania prac tak na szeregu technicznych dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy i informacjach o warunkach występujących w miejscu prowadzenia robót, jak i na wiedzy z zakresu sztuki budowlanej. Zeznania świadków w żaden sposób nie mogły zastąpić przy dokonywaniu ustaleń w powyższym zakresie opinii zespołu biegłych specjalistów. Sąd I instancji uwzględniał te zeznania jedynie w takim zakresie, w jakim ewentualnie wynikały z nich okoliczności prowadzenia prac i warunki, w jakich prace te musiały być prowadzone, zaś ocenę wpływu tychże okoliczności i warunków na obiektywną możliwość realizacji robót Sąd pozostawił biegłym. Z tożsamyh przyczyn Sąd a quo pominał również zeznania świadków w zakresie, w jakim wypowiadali się oni o tym, które prace należało uznawać za dodatkowe w stosunku do umówionych, jak również o przyczynach opóźnień w pracach powoda. Sąd Okręgowy miał na uwadze okoliczności wynikające z zeznań świadków, jakie ich zdaniem prowadziły do tychże opóźnień, jednakże ocenę co do tego, czy rzeczywiście uznać można, że opóźnienia były skutkiem tychże okoliczności Sąd pozostawił biegłym sądowym.

Sąd meriti nie dał wiary zeznaniom K. K. w zakresie, w którym twierdziła ona, iż wszelkie prace wykonywane przez powoda mieściły się w ryczałcie i negocjacje z powodem stanowiły jedynie wyraz „dobrej współpracy”. Gdyby rzeczywiście strony podchodziły w ten sposób do różnic zakresu rzeczowego i ilościowego robót między projektami a programem funkcjonalno-użytkowym, to oczywiście zbędne byłoby uwzględnianie możliwości dodatkowych rozliczeń już na etapie zawierania umowy podwykonawczej. Zeznania K. K. w powyższym zakresie stały ponadto w sprzeczności z korespondującymi ze sobą zeznaniami takich niezwiązanych ze sobą świadków jak w szczególności M. S. (1), M. T., czy A. W., których to zeznania Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne.

Poza powyższym Sąd a quo nie znalazł podstaw, aby odmówić wiarygodności i mocy dowodowej zeznaniom słuchanych w sprawie świadków. Zeznania te były w znakomitej większości wzajemnie zgodne i spójne, uzupełniały się

wzajemnie, a także nie pozostawały w sprzeczności z treścią zebranych w sprawie dokumentów. Pozorne sprzeczności dawało się wyjaśnić wpływem na stwierdzenia świadków co do faktów, ich subiektywnych ocen o tym, jak należało oceniać dane fakty czy też zespoły faktów, lub też jak należało rozumieć określone pojęcia do których odwoływano się w zadawanych świadkom pytaniach, jednakże głębsza analiza zeznań interpretowanych łącznie pozwalała na czynienie ustaleń spójnych.

Poza dokumentami i zeznaniami świadków Sąd Okręgowy w toku postępowania przeprowadził także dowód z opinii zespołu biegłych ze Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR), ekspertów w zakresie realizacji umów opartych na tzw. regułach FIDIC, w tym tzw. żółtym FIDIC, na którym oparta była umowa główna, której część realizował powód, jako podwykonawca. Biegli sporządzili obszerną, kilkusetstronicową opinię bazującą na dowodach zebranych w aktach sprawy, w szczególności dokumentach w nich się znajdujących, w której to odnieśli się do okoliczności wskazanych przez Sąd meriti. Biegli szczegółowo opisywali przy tym w każdym punkcie opinii zawierającym odpowiedź na pytania sformułowane przez Sąd jako teza dowodowa, w sposób szczegółowy, metodologię, o jaką opierali się udzielając odpowiedzi, w tym w szczególności to, na czym bazowali i jakie czynności podejmowali, jak również szczegółowo wyjaśniali, w jaki sposób doszli ostatecznie do wniosków zawartych w opinii.

Sąd Okręgowy zważył przy tym, iż choć biegli w swojej opinii przesądzali, że dana praca mieściła się bądź nie mieściła się w zakresie objętym umową podwykonawczą, to nie można uznać tego za ustalenie przez nich stanu faktycznego, co do którego to ustalania w judykaturze przyjmuje się, iż nie jest to rolą biegłych, gdyż biegli powinni jedynie udzielić sądowi wyjaśnień co do okoliczności, wymagających wiedzy specjalistycznej. Sąd I instancji miał bowiem na uwadze, że o ile Sąd dysponował tekstem umowy podwykonawczej, w tym programem funkcjonalno-użytkowym i dokumentem – Rozbicie Ceny Ofertowej oraz pytaniami i odpowiedziami z przetargu przeprowadzonego przez pozwanego ad. 1, to jednak dla ustalenia tego, czy dane prace wykonane przez powoda mieściły się w zakresie umowy podwykonawczej konieczne było także odwołanie się do zasad sztuki budowlanej, a także doświadczenia biegłych w zakresie stosunków panujących przy realizacji umów, zwłaszcza z tego względu, że pozwany ad. 2 wykonywał umowę na zasadach odpowiadających tzw. żółtemu FIDIC (zaprojektuj i wybuduj), a powód – odmiennie – na zasadzie wybudowania obiektu określonego w projektach przygotowanych przez pozwanego ad. 2.

Powołaną opinię biegłych Sąd a quo w zakresie odpowiedzi udzielonych przez biegłych traktuje zatem jako podstawę własnych ustaleń faktycznych i wyciągniętych z nich wniosków.

Po wszechstronnej analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, z uwzględnieniem jego oceny, wyżej opisanej, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo w znacznej części zasługuje na uwzględnienie.

Sąd I instancji miał na uwadze, iż rozstrzygnięcie niniejszej sprawy wymagało w pierwszej kolejności ustalenia, jaki był rzeczywisty zakres umowy podwykonawczej zawartej przez powoda z pozwanym ad. 2 w dniu 14 maja 2013 r., tj. do wykonania jakich robót – zgodnie z tą umową – zobowiązany był powód. Kwestia ta miała o tyle istotne znaczenie, że w dalszej kolejności pozwalała na ustalenie, czy zlecenie przez pozwanego ad. 2 prac, co do których powód twierdził, że miały charakter dodatkowy względem tych, ujętych w umowie i których wykonanie było niezbędne dla umożliwienia powodowi realizacji przez niego robót, do jakich wykonania obowiązała go zawarta z pozwanym ad.2 umowa, rzeczywiście mogło mieć – zgodnie z twierdzeniami powoda – charakter obowiązkowego współdziałania pozwanego ad. 2, jako wierzyciela, z powodem, który to brak współdziałania uzasadniać by mógł odstąpienie przez powoda od umowy zawartej z pozwanym ad. 2. To zaś, czy odstąpienie dokonane przez powoda było skuteczne w powyższym kontekście, umożliwiało przesądzenie o braku skuteczności późniejszego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, złożonego powodowi przez pozwanego ad. 2, a tym samym o nieskutecznym naliczeniu powodowi przez pozwanego ad. 2 z tytułu tegoż odstąpienia kar umownych, które to pozwany ad. 2 przedstawił do potrącenia z wynagrodzeniem powoda dochodzonym w niniejszym postępowaniu.

Nie budziło wątpliwości Sądu meriti, że Umowa podwykonawcza z dnia 14 maja 2013 r. miała charakter umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. Świadczy o tym już choćby opis przedmiotu umowy, wskazujący na charakter powierzonych prac.

Zgodnie z § 1 ust. 1 umowy podwykonawczej, jej przedmiotem było wykonanie robót budowlanych i innych czynności, których zakres wskazany jest w Rozbiciu Ceny Ofertowej Podwykonawcy dla odcinków oznaczonych: II, IV, V, VII, VIII i IX. Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 2, przedmiot umowy określały także: umowa główna wraz z aneksami od nr (...) do nr (...)i wszelkimi innymi dokumentami stanowiącymi jego część, w tym Warunkami Ogólnymi i Warunkami Szczególnymi; b) Program Funkcjonalno – Użytkowy wraz z załącznikami; pytania i odpowiedzi do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z okresu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; harmonogram robót; oferta powoda z 20 marca 2013 r. wraz z załącznikami.

O ile zgodnie z art. 647 k.c. przedmiotem umowy o roboty budowlanej po stronie wykonawcy (podwykonawcy) jest oddanie obiektu wykonanego w sposób zgodny z projektem i zasadami wiedzy technicznej, zaś w dacie zawarcia przez powoda z pozwanym ad.2 umowy podwykonawczej z dnia 14 maja 2013 r., projekty budowlane i wykonawcze dotyczące powierzanych powodowi robót nie były gotowe i nie stanowiły załączników do umowy, będących jej integralną częścią, to w żaden sposób nie uniemożliwia to uznania umowy podwykonawczej za ważnie zawartej umowy o roboty budowlane. W judykaturze przyjmuje się, iż dostarczenie projektu i wykonanie robót na jego podstawie nie jest przedmiotowo istotnym elementem umowy o roboty budowlane [por. np. wyrok SN z dnia 17 listopada 2016 r., sygn. IV CSK 57/16; wyrok SA w Białymstoku z dnia 20 marca 2020 r., sygn. I AGa 140/18].

Jednocześnie przyjmuje się także, że jeżeli roboty objęte umową zawartą z podwykonawcą stanowią część robót budowlanych realizowanych przez wykonawcę w ramach umowy zawartej z inwestorem, to taka umowa z podwykonawcą podlega kwalifikacji identycznej jak umowa pomiędzy inwestorem a głównym wykonawcą [por. wyrok SN z dnia 17 lipca 2008 r., sygn. II CSK 112/08].

O ile bowiem – z uwagi na to, że w dacie zawarcia umowy brak było właściwych projektów – niedookreślony pozostawał szczegółowo obiekt, w tym zakres i technologia wykonania robót składający się na rezultat w postaci obiektu, o tyle nie budziło wątpliwości, że roboty rodzajowo i ilościowo określone przez powoda i pozwanego ad. 2 w programie funkcjonalno-użytkowym składać się miały na obiekt, do którego zaprojektowania i wykonania zobowiązało się względem pozwanego ad. 1 konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2. Umowa zawarta między powodem a pozwanym ad. 2 w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym w sposób precyzyjny określała rodzajowo roboty, które powód zobowiązany będzie wykonać, a także wskazywała na zakres i ilość tychże robót, a wiadomym było, że tak określone roboty składać się będą na rezultat w postaci obiektu budowlanego, realizowanego przez konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2, na zlecenie pozwanego ad. 1, w oparciu o projekty budowlane i wykonawcze przygotowane przez pozwanego ad. 2 w ramach umowy zawartej przez wspomniane konsorcjum z pozwanym ad.1. Obowiązek przygotowania rzeczonych projektów, jako świadczenie z umowy pozwanego ad.1 z konsorcjum, a także obowiązek następczego przekazania ich powodowi stanowił zatem ujęty w art. 647 k.c. obowiązek inwestora (wykonawcy) „dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu”. Nie budziło przy tym wątpliwości Sądu I instancji, iż wykonanie przez powoda robót, podobnie jak ich wykonanie na rzecz pozwanego ad. 1 przez konsorcjum w skład którego wchodził pozwany ad. 2, odbywać się miało stosownie do wymogów ustawy – prawo budowlane, w oparciu o pozwolenie na budowę, a nad tym wykonaniem pieczę sprawował zinstytucjonalizowany nadzór i wykonanie przez powoda prac uzależnione było od przekazania mu terenu budowy (por. § 3 ust. 1 umowy).

Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż judykaturze wskazuje się przy tym właśnie, że o tym, czy umowa ma charakter umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. decyduje ocena realizowanego zamierzenia stosownie do wymogów prawa budowlanego. Należy zatem rozważyć, czy są to prace o charakterze nie wymagającym spełnienia wymogów prawa budowlanego, czy też chodzi o prace wymagające zezwolenia budowlanego, warunkujące dopuszczenie obiektu do użytkowania, objęte specjalistycznym nadzorem inwestycyjnym [por. np. wyrok SA w Gdańsku z dnia 20 września 2016 r., sygn. I ACa 152/16; wyrok SA w Katowicach z dnia 1 marca 2016 r., sygn. V ACa 1007/15].

O ile zatem umowa zawarta przez powoda z pozwanym ad. 2 miała charakter umowy o roboty budowlane i ostatecznie rezultat prac powoda oceniany był przez pryzmat przepisów Prawa budowlanego, o tyle zakres robót powierzonych

powodowi przez pozwanego ad. 2 na mocy Umowy podwykonawczej z dnia 14 maja 2013 r., objęty ceną umowną, określał stanowiący załącznik do tejże umowy Program Funkcjonalno-Użytkowy, nie zaś – jak sugerowali to pozwani – wykonane następnie po zawarciu umowy projekty budowlane i wykonawcze. Oczywistym było bowiem, że essentialia negotii umowy powoda z pozwanym ad. 2 musiały zostać przez strony ustalone już w dacie zawarcia samej umowy, a do takich przedmiotowo istotnych postanowień umowy podwykonawczej o roboty budowlane – co wynika już z treści art. 647 k.c., a także z postanowień art. 647¹ k.c., jak również nie budzi wątpliwości w judykaturze (por. np. wyrok SA w Gdańsku z dnia 16 stycznia 2014 r., sygn. V ACa 757/13) - zalicza się wynagrodzenie za wykonanie robót, przy czym sposób określenia takiego wynagrodzenia wobec nieuregulowania tej kwestii w przepisach tytułu XVI księgi III k.c., został pozostawiony stronom, które zgodnie z wyrażoną w art. 353¹ k.c. zasadą swobody umów, mogą go ukształtować według swojego uznania z ograniczeniami wynikającymi z właściwości stosunku prawnego, ustawy lub zasad współżycia społecznego [idem]. Za mieszczący się w powyższych ograniczeniach uznać należy przy tym taki sposób ustalenia wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, w ramach którego strony ustalają między sobą rodzajowo zakres robót, jakie powód wykonywał będzie w ramach umowy, a dla każdego z tych rodzajów, w odniesieniu do przewidywanej ilości i zakresu rodzajów robót przewidują określone wynagrodzenie jednostkowe, którego to suma składa się na wynagrodzenie umowne.

Wynagrodzenie zostało w umowie podwykonawczej między powodem a pozwanym ad. 2 ustalone jako ryczałtowe, w oparciu o sumę wskazaną przez powoda w załączonym do złożonej przez niego oferty Rozbiciu Ceny Ofertowej, opracowanym na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego udostępnionego powodowi na etapie ofertowym. Oznaczało to w sposób oczywisty, że powód szacował cenę za wykonanie umowy właśnie w odniesieniu do rodzajów, zakresu i ilości prac opisanych Programie Funkcjonalno-Użytkowym i cenę tę należało odnosić właśnie do tychże rodzajów, zakresu i ilości robót, a więc jedynie rodzaje robót, ich zakresy i ilości przyjęte w oparciu o Program Funkcjonalno-Użytkowy uznać należało za objęte wynagrodzeniem ryczałtowym.

Sąd Okręgowy miał względzie, że umowa podwykonawcza w § 1 ust. 7 wprost stanowiła przy tym, iż zasady ustalania wynagrodzenia należnego powodowi z tytułu wykonania zakresu robót nieobjętych Programem Funkcjonalno – Użytkowym określać miał załącznik nr (...) do umowy (nieistniejący w dacie zawarcia umowy) i wspomniane postanowienie oczywiście wskazuje na to, iż punktem odniesienia dla ustalenia zakresu robót objętych umownym wynagrodzeniem ryczałtowym był Program Funkcjonalno-Użytkowy, zaś wszelkie roboty poza ten program wykraczające, oceniać należało jako dodatkowe.

W ocenie Sądu a quo biorąc pod uwagę pozostałe, ujawnione w sprawie okoliczności towarzyszące zawarciu umowy, jak również treść samej umowy oraz przewidziany przez strony sposób jej wykonania uznać należało, że jako roboty dodatkowe traktować należy wszystkie te, które nie zostały opisane w Programie Funkcjonalno-Użytkowym i opartym na nim Rozbiciu Ceny Ofertowej, opracowanym przez powoda na potrzeby postępowania ofertowego – tak co do rodzaju, jak i co do zakresu lub ilości.

Choć zgodnie § 5 ust. 3 umowy podwykonawczej strony postanowiły, iż nie gwarantuje się powodowi, że będzie wymagane od niego wykonanie ilości robót wskazanych w programie funkcjonalno - użytkowym i związanej z tym poszczególnej pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej, ani też że ilości nie będą się różniły w swojej wielkości od tych, które są podane w programie funkcjonalno – użytkowym, a ich niedokładność czy niewłaściwe oszacowanie w Rozbiciu Ceny Ofertowej nie miało mieć żadnego wpływu na ważność umowy zawartej w oparciu o program funkcjonalno - użytkowy i Rozbicie Ceny Ofertowej, to jednak ów zapis traktować należało jedynie jako takie zastrzeżenie, że ostatecznie roboty mogą mieć zakres lub ilość mniejszy aniżeli przyjęty we wspomnianych dokumentach, nie zaś jako postanowienie wedle którego powód obowiązany byłby do wykonania wszelkich ilości i zakresu robót opisanych rodzajowo w Programie Funkcjonalno-Użytkowym w ramach ceny kontraktowej i w ramach zobowiązania wynikającego z umowy.

Sąd I instancji zaznaczył, iż Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowiący składową umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy powodem a pozwanym ad.2 i będący podstawą opracowania przez powoda Oferty wraz z Rozbiciem Ceny Ofertowej nie różnił się od programu, który to stosowany był kilka lat wcześniej w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2 (co wynika z porównania

umów wraz z załącznikami oraz co podkreślali słuchani w sprawie świadkowie jak choćby K. P., J. K., Z. W. i P. R.), podczas gdy charakter prac powierzony temuż konsorcjum znacząco różnił się od tego, jakie prace zostały powierzone ostatecznie powodowi. Konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2 zawarło z pozwanym ad. 1 umowę w systemie zaprojektuj i wybuduj (opartej na tzw. żółtym FIDIC-u), natomiast pozwany ad. 2 poszukiwał, rozsyłając zapytania ofertowe, jedynie wykonawcy robót budowlanych, w oparciu o gotowe projekty, za których wykonanie zgodnie z umową główną odpowiedzialny był pozwany ad. 2. Sam powód w odpowiedzi na zapytanie ofertowe – jak podkreślała to świadek Z. W. - wyceniał prace jak dla tych w systemie „wybuduj”, w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy i Rozbicie Ceny Ofertowej, a więc skupiał się jedynie na przedstawionych dotychczas przez pozwanego ad. 2 rodzajach i zakresach robót, których wykonania pozwany oczekiwał i co do których przewidywał, że trzeba będzie je wykonać. O ile zatem w relacji umownej między pozwanym ad.1 a konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2, uzasadnionym byłoby przerzucenie na wykonawcę (konsorcjum) ryzyka co do ilości i zakresu robót niezbędnych do wykonania zamówienia (skoro to konsorcjum odpowiedzialne było za wykonanie projektów dotyczących realizowanych robót, to wykonując takie projekty konsorcjum samo – w granicach swobody określonych przez treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego uszczegóławiało zakres i ilość robót niezbędnych do wykonania zamówienia mając na uwadze zaproponowaną przez siebie pozwanemu ad.1 cenę umowną), o tyle obarczanie takim ryzykiem powoda, jako podwykonawcy konsorcjum, realizującym stricte roboty budowlane, nie znajdowało już żadnego uzasadnienia. Oczywiście jest bowiem, że umowa

o roboty budowlane w dacie zawarcia określać powinna wynagrodzenie jako element przedmiotowo istotny, zaś z wynagrodzeniem tym skorelowane były określone roboty. Za dopuszczalne Sąd I instancji uznał przy tym określenie z góry wynagrodzenia za roboty, których szczegółowym projektowaniem i wykonywaniem zająć się miało konsorcjum. Konsorcjum projektując roboty ze świadomością należnego za całość prac wynagrodzenia brało na siebie ryzyko opłacalności swojego świadczenia, przy czym opłacalność, wiążąca się z kosztami robót, wiązała się także ze sposobem ich zaprojektowania przez samo konsorcjum. Konsorcjum zatem – poza zakresem świadczenia wynikającym z Programu Funkcjonalno-Użytkowego, samodzielnie doprecyzowało tenże zakres znając wysokość swojego wynagrodzenia i w tym sensie nie może być mowy o tym, by umowa nie dookreślała wynagrodzenia za wykonanie obiektu. Nie sposób jednak rozciągać takiego ryzyka opłacalności na powoda, który zobowiązany był jedynie do wykonania robót budowlanych sprecyzowanych rodzajowo i co do zakresu oraz ilości w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, bazując na danych tam zawartych dla określenia swojego wynagrodzenia w granicach opłacalności, a który to nie miał żadnego wpływu na to, jak ostatecznie wykonane zostaną przez pozwanego ad. 2 projekty i jaką ostatecznie postać przybierze świadczenie konsorcjum w skład którego wchodził pozwany ad. 2.

Sąd a quo zaznaczył, że o ile wykonawca (podwykonawca) zawierając umowę o roboty budowlane bierze na siebie ryzyko takiego określenia ceny, aby wykonanie robót objętych umową było dla niego opłacalne, o tyle inwestor (generalny wykonawca), ponosi ryzyko prawidłowego oznaczenia przedmiotu świadczenia, w tym ryzyko związane z prawidłowością projektów budowlanych i wykonawczych. Skoro natomiast pozwany ad. 2 zobowiązany był do wykonania projektów, to ryzyko z tym związane obciążało go tak w stosunku do pozwanego ad. 1, który zlecił mu ich wykonanie oraz wykonanie robót w oparciu o projekty, jak w stosunku do powoda, od którego pozwany ad. 2 żądał wykonania robót rodzajowo określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym zgodnie z projektem. Ryzyko to dotyczyło w szczególności tego, iż zakres i ilość tych rodzajowo określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym robót, w przypadku realizacji prac zgodnie z opracowanymi przez siebie i dostarczonymi projektami, przekroczy wartości ujęte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, a tym samym zakres, w ramach którego zgodnie z umową podwykonawcą powód zobowiązany był do wykonania robót.

Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Sąd meriti, treść programu stanowiącego podstawę opracowania oferty i będącego załącznikiem do Umowy podwykonawczej nie uwzględniała zmian wynikających z częściowo przygotowanej już przez konsorcjantów, do których należał pozwany ad.2, dokumentacji projektowej, a dokumentacja ta nie została również przed zawarciem umowy przekazana osobom decyzyjnym po stronie powoda, tj. osobom uprawnionym po jego stronie do składania oświadczeń woli. Tym samym ryzyko związane z tymi zmianami, w tym skutki z nich wynikające w postaci zakresów robót niezbędnych do realizacji robót zgodnie z projektami, obciążały pozwanego ad. 2. Jak podkreślał to zespół biegłych w swojej opinii wydanej w sprawie – dopiero analiza rozwiązań przyjętych w

gotowych, zatwierdzonych projektach budowlanych i wykonawczych pozwalała w istocie na pozyskanie wiedzy o tym, jaki obiekt budowlany miał ostatecznie powstać w wyniku robót, co przekładało się na możliwość ustalenia rodzaju i zakresu prac potrzebnych do jego wykonania. Sąd miał przy tym na uwadze, iż z zeznań słuchanych w sprawie świadków, jak K. C., L. B., P. Z., J. S. i P. B. wynikało, że o ile pozwany ad. 2 przekazywał powodowi dokumentację projektową „sukcesywnie”, w miarę jej opracowywania i zatwierdzania, po zawarciu umowy, o tyle powód miał dostęp do niezatwierdzonej jeszcze dokumentacji elektronicznej biura projektowego, które te projekty wykonywało i powodowi przedstawiano określone projekty w formie papierowej do akceptacji. To jednak, że projekty udostępniane były powodowi przed ich zatwierdzeniem, a zatem przed tym, jak stały się one wiążącą podstawą do wykonywania robót w sposób w nich opisany, nie mogło prowadzić do uznania, że powód jakkolwiek mógł przewidzieć ostateczny zakres robót ujęty w tychże projektach, po ich zatwierdzeniu, ani też by był jakkolwiek odpowiedzialnym za kształt projektów, w tym także by miał wpływ na ten kształt, a tym samym zakres robót niezbędnych do wykonania.

Z zeznań świadka B. J. wynikało, iż okazywanie powodowi projektów „do akceptacji” sprowadzało się w zasadzie do tego, że w przypadku, gdy pracownicy powoda zauważali w przekazywanych im projektach problemy z realizacją określonych rozwiązań projektowych, zgłaszali się do projektanta określonego rozwiązania i z nim je konsultowali, przy czym konsultacje ograniczały się do wyjaśniania określonych rozwiązań inżynierskich, nie polegając na wpływaniu na kształt samych projektów. Konsultacje te konieczne były przecież dla zrozumienia wprowadzonych w projektach rozwiązań, zaś rozumienie ich – konieczne dla wykonania odpowiedniej dokumentacji powykonawczej, której obowiązek sporządzenia obciążał powoda i którą wykonać powód musiał już po realizacji samych robót zgodnie z przekazanymi mu projektami. Również na potrzeby późniejszej dokumentacji powykonawczej uzasadnione było także – wskazywane przez świadków – nanoszenie przez powoda zmian w przekazanych mu projektach, tj. zmian wynikających z wykonania robót w sposób odmienny od tego, przyjętego w danym projekcie. Zmiany te znajdować musiały wyraz w dokumentacji powykonawczej, co wynika już choćby z treści art. 3 pkt 14 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zgodnie z którym przez dokumentację powykonawczą rozumieć należy dokumentację budowy z naniesionymi zmianami dokonanymi w toku wykonywania robót oraz geodezyjnymi pomiarami powykonawczymi. Zeznania te korespondowały więc ze sobą oraz z treścią umowy podwykonawczej, która przewidywała nanoszenie zmian wprowadzanych w trakcie realizacji robót przez powoda

w projektach wykonawczych i przekazanie ich pozwanemu ad. 2 wraz

z podpisem Inspektora Nadzoru w celu wykonania dokumentacji powykonawczej. Uznać należało za prawdziwe twierdzenia pozwanych, iż powód konsultował z pozwanym ad. 2 (a w zasadzie jego podwykonawcami) kwestie projektowe po zawarciu umowy podwykonawczej, przy czym z zeznań świadków wynikało, iż konsultacje powoda z projektantami nie miały charakteru współprojektowania rozwiązań, jako takich, w szczególności też dlatego, że jak podkreślał to zespół biegłych sporządzających opinię w przedmiotowej sprawie – dokumentacja wykonawcza i podwykonawcza, którą konsultował powód, miała jedynie charakter uzupełniający i uszczegóławiający w stosunku do projektów budowlanych. Zespół biegłych podkreślał ponadto, że zmiana zakresu i ilości poszczególnych robót w stosunku do założeń programu funkcjonalno-użytkowego, wynikająca z projektów miała miejsce już na etapie podpisywania Umowy Podwykonawczej oraz uzgadniania projektów budowlanych, tak więc w istocie powód nie miał wpływu na zasadnicze kwestie projektowe.

Reasumując, za nieuzasadnione Sąd Okręgowy uznał sugestie pozwanego, wyrażane w ramach jego stanowiska procesowego, jakoby powód partycypować miał w ryzyku związanym z tym, jaki ostatecznie zakres prac konieczny będzie do wykonania zgodnie z projektami budowlanymi i wykonawczymi oraz że powód miał wpływ na te zakresy poprzez wpływanie na ostateczną formę projektów, skoro konsultacje powoda z projektantami nie były dla tychże projektantów w żaden sposób wiążące, sprowadzały się do sprecyzowania kwestii zastosowanych w projektach rozwiązań dla celów należytego wykonania robót, zaś poprawki nanoszone ze strony powoda odzwierciedlać miały ostateczny sposób wykonania prac na potrzeby późniejszego wykonania dokumentacji powykonawczej.

Jednocześnie w ocenie Sądu meriti nie może być mowy o tym, by strony zawierając umowę podwykonawczą, inaczej rozumiały jej postanowienia, co ewentualnie mogłoby prowadzić do wniosku o nieskutecznym zawarciu samej umowy z uwagi na brak zgodnych oświadczeń woli. Potwierdzenie, iż strony rozumiały zapisy umowy co do tego, co stanowi przedmiot robót objętych umową, w sposób wyżej już opisany, stanowią już choćby poszczególne postanowienia

umowy, jak wspomniany § 1 ust. 7, z którego to wynikało, że wynagrodzenie ryczałtowe ujęte w umowie, obejmujące przecież ze swej istoty koszty wykonania wszystkich prac, niezależnie od tego, jak wysokie koszty te by się okazały po zawarciu umowy oraz że zakres robót okazałby się wyższy, niż zakładany (por. art. 632 k.c.), dotyczyło jedynie robót ujętych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym nie tylko ujętych tam rodzajowo, ale również co do zakresu. To właśnie w przypadku zwiększonego zakresu robót w stosunku do założonego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, zgodnie z § 1 ust. 7 umowy podwykonawczej ustalać należało dla powoda odrębne wynagrodzenie, na zasadach wynikających z załącznika nr (...) do umowy. To, iż załącznik ten nie istniał w dacie zawarcia umowy w żaden sposób nie pozbawia znaczenia dla wykładni umowy samego jej § 1 ust. 7. Załącznik określać miał jedynie zasady rozliczania robót wykraczających zakresem i rodzajem poza te, ujęte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, a jeżeli strony nie doszły do porozumienia w sprawie takich zasad, należałoby dokonywać rozliczeń na zasadach ogólnie przyjętych (zasadami tymi, w przypadku robót ujętych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym rodzajowo, nie powinny być jednak zdaniem Sądu Okręgowego te, wynikające z przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, o czym w dalszej części uzasadnienia). Postanowienia te w kontekście zawartego w dniu 14 czerwca 2021 r. wspólnego oświadczenia stron przemawiają w za przyjętą przez Sąd koncepcją, iż roboty wykraczające poza zakres ujęty w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, a wykonane przez powoda w oparciu o uzupełnioną dokumentację projektową za wiedzą i bieżącą akceptacją (choćby konkludentną) pozwanych również mają swoją podstawę prawną w umowie głównej, a jedynie ich rozliczenie wymagało dodatkowych uzgodnień, zgodnie z treścią wspólnego oświadczenia stron. Nie ulega żadnym wątpliwości Sądu, iż roboty te w zakresie w jakim przez powoda zostały wykonane były akceptowane przez obu pozwanych. Nie stoi to w sprzeczności z ustaleniami, iż pozwany ad. 2) uchylał się od sformalizowania z powodem zakresu i sposobu ich rozliczenia licząc prawdopodobnie na to, iż w ten sposób wymusi na powodzie wykonywanie wszystkich tych prac w ramach wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie podwykonawczej. W tych okolicznościach w pełni zrozumiałe jest konsekwentne wzywanie pozwanego przez powoda do wywiązania się z obowiązku współpracy i sformalizowania zakresu i rozliczenia kolejnych robót niezbędnych do wykonania prac objętych umową podwykonawczą. Dopóki, bowiem pozwany z tego obowiązku nie wywiązywał się, dopóty powód pozostawał w niepewności co do ich rozliczenia. Nie można przy tym wyciągać ujemnych konsekwencji z pierwotnie przyjętej postawy powoda, który wykonywał kolejne takie prace, mimo niedopełnienia formalności przez pozwanego. Powód zapewniał w tym wypadku możliwość wykonania całej umowy podwykonawczej i przejawiał w stosunku do pozwanego chęć współpracy. Akceptacja przez przedstawicieli obu pozwanych robót już tak wykonanych mogła początkowo utwierdzać powoda w przekonaniu, iż strony ostatecznie rozliczą te prace, co niewątpliwie powinno było nastąpić. Brak współdziałania ze strony pozwanych w tym zakresie w pełni usprawiedliwia stanowisko powoda, który zdecydował się na zakreślenie pozwanemu ad 2. terminu wywiązania się z obowiązku współpracy pod rygorem odstąpienia od umowy.

W kontekście zgodnego rozumienia przez strony postanowień umowy, co do zakresu robót powierzonego nią do wykonania powodowi w ramach umownego wynagrodzenia ryczałtowego, Sąd I instancji miał również na względzie postanowienie § 1 ust. 5 umowy podwykonawczej. Postanowienie to rozróżniało bowiem pojęcie robót dodatkowych w rozumieniu umowy głównej, zawartej przez pozwanego ad.1 z konsorcjum w skład którego wchodził pozwany ad.2, a robót dodatkowych w rozumieniu umowy zawartej przez pozwanego ad.2 z powodem. Przewidywało ono, że w sytuacji, gdyby dla należytego wykonania umowy koniecznym okazało się wykonanie robót dodatkowych nie wchodzących w zakres przedmiotu umowy, powód przekazać miał pozwanemu ad.2 „należycie uzasadnione i udokumentowane roszczenie” dotyczące tych robót, w szczególności obejmujące kosztorys ich wykonania, które to roszczenie pozwany ad. 2 przekazać miał pozwanemu ad. 1. W sytuacji, gdyby pozwany ad. 1 uznał zgłoszone roboty za dodatkowe i zlecił ich wykonanie pozwanemu ad. 2, pozwany ad. 2 zlecić miał ich wykonanie powodowi za wynagrodzeniem zaakceptowanym przez pozwanego ad.1, jako należnym pozwanemu ad. 2 za wykonanie takich robót. Jednakże w przypadku, gdyby takie roboty pozwany ad. 1 uznał za niestanowiące robót dodatkowych w rozumieniu umowy zawartej z konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2, § 1 ust. 5 umowy podwykonawczej przewidywał, iż pozwany ad. 2 mimo to mógł zlecić wykonanie tych robót powodowi albo innemu podmiotowi.

Co prawda §1 ust. 5 umowy podwykonawczej uzależniał wówczas obowiązek pozwanego ad. 2 zapłaty powodowi wynagrodzenia od tego, czy następnie pozwany ad. 1 uznałby tak zleczone i wykonane roboty za dodatkowe, jednakże

zastrzeżenie takie w sposób oczywisty nie mogło prowadzić do tego, by ocena, czy wspomniane roboty wykroczyły poza umowę i miały charakter dodatkowy, dokonywana była post factum (po zleceniu i wykonaniu robót), subiektywnie i zależnie od woli pozwanego ad. 1. Strony we wspomnianym zapisie kwalifikowały zatem roboty jako dodatkowe, rozróżniając roboty dodatkowe w ramach stosunku między powodem a pozwanym ad. 2 oraz stosunku między pozwanym ad. 1 a konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2 (prace mogły mieć charakter dodatkowych nawet jeżeli nie miałyby takiego charakteru w ramach umowy między pozwanym ad. 1 a konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2), a jedynie w sposób sztuczny – oderwany od przesłanek obiektywnych – starały się ograniczyć prawo powoda do wynagrodzenia za takie dodatkowe roboty od tego, czy środki na to wynagrodzenie wypłaciłby konsorcjum pozwany ad. 1 uznawszy roboty za dodatkowe. Ograniczenie prawa powoda do wynagrodzenia w sposób wyżej przewidziany ocenić należało jako nieważne z mocy art. 58 § 1 i 2 k.c., jako sprzeczne z ustawą i zasadami współżycia społecznego, a dodatkowo z uwagi na to, że cel wprowadzonego ograniczenia stał w sprzeczności z naturą stosunku łączącego strony. Sprzeczność z ustawą widoczna jest już choćby przy konfrontacji treści § 1 ust. 5 umowy podwykonawczej w zakresie przewidującym wspomniane ograniczenie z art. 647 k.c., stanowiącym, iż obowiązkiem inwestora (tu wykonawcy w stosunku do powoda, jako podwykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane) jest zapłata wykonawcy (podwykonawcy) wynagrodzenia za oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego przez tego ostatniego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

Sąd Okręgowy miał również na względzie, iż powszechnie akceptowaną społecznie, jako zgodna z regułami moralności, jest zasada, zgodnie z którą każdemu należy się zapłata za wykonaną pracę (czy też szerzej – wykonanie na rzecz innego podmiotu czynności prowadzących do przysporzenia po stronie tego podmiotu) – czy to zapłata wyrażająca się w konkretnej sumie ustalonej przez strony za realizację konkretnie określonych czynności w umowie, czy to zapłata za czynności, jakie prowadziły do przysporzenia po stronie innego podmiotu nawet w przypadku braku jakiegokolwiek podstawy, gdzie normatywnym wyrazem tejże zasady w ostatnim przypadku są chociażby przepisy Kodeksu cywilnego o obowiązku zwrotu korzyści bezpodstawnie uzyskanych (art. 405 k.c.). Jedynie wyjątkowo ustawodawca polski w sposób zgodny ze społecznym poczuciem moralności dopuszcza dokonywanie przysporzeń bez ekwiwalentu (czynności prawne pod tytułem darmym, jak w szczególności darowizna), jednakże w przypadku takich czynności strona dokonująca przysporzenia działa właśnie w takim celu, by przysporzenie nie było połączone z obowiązkiem świadczenia po stronie tego, na rzecz którego doszło do przysporzenia. Zdaniem Sądu a quo o takiej zaś sytuacji nie może być mowy w rozpoznawanym przypadku, gdyż w sposób oczywisty z treści umowy wynika, iż umowa podwykonawcza między powodem a pozwanym ad. 2 miała charakter umowy wzajemnej i powodowi przysługiwał ekwiwalent za wykonane roboty w postaci wynagrodzenia. Z powyższych względów, skoro strony przewidziały, że świadczenia powoda będą miały charakter wzajemnych, nie do pogodzenia ze społecznym poczuciem sprawiedliwości jest takie zastrzeżenie umowne, które z jednej strony zezwalałoby pozwanemu ad. 2 na zlecenie powodowi dodatkowych robót (wykraczających poza ustalony umową zakres, do którego to zakresu powód dostosował cenę), a jednocześnie warunkowałoby obowiązek pozwanego ad. 2 zapłaty wynagrodzenia za takie roboty od tego, czy sam otrzymałby na nie wynagrodzenie od pozwanego ad.1, co z kolei wiązało się z wyrazem woli pozwanego ad. 1, jako podmiotu trzeciego, spoza stosunku umownego łączącego powoda i pozwanego ad. 2.

Wobec wspomnianej wzajemności świadczeń w umowie podwykonawczej, jako umowie o roboty budowlane, która to wzajemność wynika z natury tegoż stosunku, postanowienia umowne warunkujące prawo powoda do otrzymania wynagrodzenia za wykonane roboty od woli osoby trzeciej stoją w rażącej sprzeczności ze wspomnianą już naturą stosunku prawnego.

Strony także po zawarciu umowy dawały wyraz tego, jak rozumieją jej postanowienia w omawianym zakresie. W szczególności wskazać tu należy na oświadczenie przedstawicieli stron z dnia 14 czerwca 2013 r., w którym to zaznaczono, że w przypadku, gdyby realizując roboty zgodnie z dokumentacją projektową (projektami budowlanymi i wykonawczymi) okazało się, że zakres potrzebny do takiej realizacji jest większy co do ilości lub zakresu określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, pozwany ad.2 zleci powodowi prace w ilości i zakresie potrzebnym do wykonania zaprojektowanych robót za wynagrodzeniem w wysokości ustalonej przez strony w trakcie negocjacji przeprowadzonych przed rozpoczęciem wykonania takich robót.

Nadto – jak wynikało z zeznań świadków, w szczególności J. K., P. R., J. F., M. S., B. J., W. B., K. P., M. C., M. B., M. T., A. W., P. K., M. S. (1), po zawarciu umowy podwykonawczej, wobec sukcesywnego przekazywania powodowi przez pozwanego ad. 2 projektów i ujawniania się różnic w zakresie robót (zarówno co do ilości prac wskazanych w programie funkcjonalno-użytkowym i Rozbiciu Ceny Ofertowej, jak też co do rodzaju prac, które konieczne były do wykonania w realizacji dokumentacji projektowej, a które nie były wskazywane w programie funkcjonalno-użytkowym ani w Rozbiciu Ceny Ofertowej), powód i pozwany podejmowali między sobą negocjacje co do zapłaty za roboty dodatkowe, jako nieobjęte Umową podwykonawczą. Zgodnie z zeznaniami świadek M. B. i M. D. na etapie kontraktowania pozwany ad. 2 przesyłał powodowi projekt umowy do uzgodnienia, a z projektu tego wynikało, iż zawierać on ma załącznik nr (...), który to załącznik ostatecznie nigdy nie został powodowi przekazany. Pozwany ad. 2 nawet wówczas, gdy odesłał powodowi podpisany przez siebie skan umowy, nie dołączył do niego tegoż załącznika, a zgodnie z zeznaniami świadka K. K. (pracownik pozwanego ad. 2) i P. K. (byłego prezesa zarządu pozwanego ad. 2) – strony miały wynegocjować treść tego załącznika po zawarciu umowy i takie negocjacje były prowadzone. Z kolei świadek A. W., który od lipca 2012 r. do końca 2013 r. pełnił funkcję członka zarządu pozwanego ad. 1 twierdził, że z rozmowy z przedstawicielami powoda i pozwanego ad. 2 zrozumiał, że wspólne oświadczenie powoda i pozwanego ad. 2 z 14 czerwca 2013 r., miało na celu ustalenie kwestii spornych kontraktu i dotyczyło prac spornych, nie objętych ryczałtem, a które to prace miały być przez powoda wykonane w ramach realizacji umowy głównej. Świadek ten był obecny w trakcie spotkania, na którym podpisano oświadczenie, a więc powziął wiedzę o celu i treści oświadczenia niejako w chwili jego zawarcia.

Powyższe niewątpliwie świadczyło o tym, że strony w dacie zawarcia umowy oraz krótko po jej zawarciu – w dacie podpisania oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013 r., rozumiały umowę jednolicie i zdawały sobie sprawę, iż zakres prac objęty umową i wynagrodzeniem ryczałtowym w niej przewidzianym dotyczy tylko tych robót, które zostały co do ilości i rodzaju przewidziane w stanowiącym załącznik do umowy programie funkcjonalno-użytkowym, natomiast w toku ich wykonywania, może dojść do zwiększenia tego zakresu, co spowoduje dodatkowe rozliczenia, ponad ryczałt.

Co prawda świadek M. T. – członek zarządu (...) w toku swoich zeznań twierdziła, że strony zupełnie odmiennie rozumiały umowę i podpisane w dniu 14 czerwca 2013 r. oświadczenie, jednakże powzięła ona wiedzę o treści oświadczenia na długo po podpisaniu go przez powoda i pozwanego ad. 2, a co za tym idzie nie mogła wiedzieć, jak rozumiały je strony w chwili podpisania i jej wypowiedzi sprowadzały się w tej kwestii do subiektywnych interpretacji, nieprzydatnych dla ustaleń rzeczywistego sensu oświadczeń powoda i pozwanego ad. 2. Zeznania M. T. zwracały jednak uwagę Sądu a quo na inną kwestię, a mianowicie skoro M. T., która to – jak sama twierdziła – starała się pełnić między powodem a pozwanym ad. 2 funkcję mediatora, pozwany w późniejszym czasie przedstawiał odmienne rozumienie podpisanego z powodem oświadczenia, sugerujące także inne aniżeli wyżej przedstawione rozumienie zapisów zawartej z powodem umowy, to w istocie interpretacja przedstawiana przez pozwanego w tymże późniejszym czasie miała charakter następczy i powstała w związku z perspektywą konieczności zapłaty powodowi dodatkowego wynagrodzenia. Nie mogło ująć tu uwadze Sądu, iż jak wskazywał A. W. – umowa zawarta przez pozwanego ad. 1 z konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2, z realizacji której (z wynagrodzenia otrzymywanego w związku ze stopniowej jej realizacją) pozwany ad. 2 finansował następnie roboty wykonywane przez powoda, była niedoszacowana, w związku z czym pozwany ad. 1 liczył się także w jej ramach z koniecznością zlecenia robót dodatkowych. Na etapie, w jakim pozwany ad. 2 zaczął wygłaszać twierdzenia o odmiennym rozumieniu umowy oraz oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013 r., konsorcjum nie doszło z pozwanym ad. 1 do porozumienia w kwestii zwiększenia wynagrodzenia i zlecenia prac dodatkowych, toteż zmiana stanowiska pozwanego ad. 2 zdaniem Sądu meriti poczytywana powinna być jako taktyka nakierowana na próbę uniknięcia konieczności poniesienia w związku z realizacją niedoszacowanej umowy między pozwanym ad. 1 a konsorcjum, dodatkowych jeszcze kosztów, zmniejszających zyskowność samej umowy dla pozwanego ad. 2. Jawi się to jako tym bardziej prawdopodobne, że świadek A. W., obecny przecież przy podpisaniu oświadczenia powoda i pozwanego ad. 2 w dniu 14 czerwca 2013 r., twierdził w toku zeznań, iż początkowo, w chwili jego podpisywania, strony były zgodne w rozumieniu treści oświadczenia, co potwierdzał także M. S. (1) – członek zarządu powoda w dacie podpisywania wspólnego oświadczenia. Następnie różnice sprowadzały się do tego, że pozwany ad. 2 w ocenie świadka M. T. uważał,

że oświadczenie nie wywołuje skutków prawnych w sferze rozliczeń stron, a powód – że zmienia sposób rozliczenia w oparciu o obmiary robót, co wskazuje właśnie na to, że podstawą do dalszych – ponad wynagrodzenie ryczałtowe – rozliczeń oraz przedmiotem tych rozliczeń miały być rodzaje i ilości robót nieujęte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. M. S. (1) (członek zarządu powoda) w ramach swoich zeznań twierdził właśnie, że ryczałt wskazany w umowie podwykonawczej obejmował całość prac przy założeniu, że dokumentacja projektowa i warunki wykonywania umowy będą zgodne z programem funkcjonalno-użytkowym.

Sąd Okręgowy uznał przy tym, także w oparciu o zeznania takich świadków jak P. B., K. C., czy L. B., iż rozumienie zakresu umowy odmienne aniżeli wyżej przez Sąd zaaprobowane, zakładające, że w zakresie umowy mieściły się także roboty co do rodzaju i ilości (zakresów) nie uwzględnione w programie funkcjonalno-użytkowym, forsowane było przez stronę pozwaną (pозwanego ad.2) odpowiedzią na roszczenia kierowane do tegoż pozwanego przez powoda o zlecenie robót dodatkowych za wynagrodzeniem. Oceniając jednak zasadność tych roszczeń – co wynikało z zeznań tych ostatnich świadków – po stronie pozwanego ad. 2 nie brano pod uwagę różnic między Umową główną („zaprojektuj i wybuduj”) oraz Umową podwykonawczą („wybuduj”), w szczególności, czy dana praca ma charakter pracy dodatkowej przez pryzmat Umowy głównej. Zróznicowanie jednak charakteru tychże umów i tym samym ryzyk spoczywających na pozwanym ad. 2 i powodzie nie dawało podstaw do tego, by roszczenia powoda oceniać przez pryzmat Umowy głównej, z czego niewątpliwie powinien sobie zdawać sprawę pozwany ad. 2, jako profesjonalista i z czego zdaniem Sądu Okręgowego zdawał sobie sprawę w dacie zawierania umowy i podpisywania późniejszego oświadczenia dotyczącego robót dodatkowych. Powyższe, następcze utożsamianie po stronie pozwanego ad. 2 w kontaktach z powodem charakteru roszczeń zgłaszanych przez powoda oraz roszczeń w rozumieniu Umowy głównej zawartej między pozwanym ad. 1, a konsorcjum, zdaniem Sądu I instancji świadczyło właśnie o tym, iż pozwany starał się unikać negatywnych konsekwencji tegoż niedoszacowania, wynikających ze sposobu, w jaki opracowano projekty budowlane i wykonawcze, starając się przerzucić to ryzyko na powoda już po zawarciu z nim umowy, w ramach której rozliczenie umówiono na innych zasadach. Wynikało to, zdaniem Sądu a quo ze wskazywanego przez wspomnianych wyżej świadków niedoszacowania kosztów realizacji umowy wynikłych z robót, jakie niezbędne były do wykonania by wykonać obiekt zgodnie z przygotowywanymi następczo projektami, za których to opracowanie odpowiadał przecież pozwany, biorąc na siebie ryzyko, że sposób wykonania zgodny z przygotowanymi przez niego projektami może generować koszty wyższe, niż zakładane na etapie przetargowym.

Ostatecznie natomiast – co wynikało z szeregu dokumentów w postaci umów zawartych między pozwanymi na wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających (t. XXIV-XXIX, XLVIII-LIV), jak również zgodnie z zeznaniami słuchanych w sprawie świadków – pozwany ad.1 uznał w części roboty zgłoszone w ramach roszczeń przez konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2, za dodatkowe i uzupełniające, zlecając ich wykonanie za dodatkowym wynagrodzeniem członkom konsorcjum. Świadkowie zgodnie zeznawali, iż w zakresie tychże zleconych odrębnie przez pozwanego ad. 1 prac znajdowały się te, jakie wykonał powód poza zakresem ujętym w programie funkcjonalno-użytkowym, a zatem pozwany ad. 2 mając świadomość, że stanowią one – także zdaniem pozwanego ad. 1 – roboty dodatkowe i uzupełniające, wykraczające poza umowę, a jednocześnie pozwany ad. 1 wyrażając zgodę na ich wykonanie, całkowicie pomijał tę kwestię w relacji z powodem i w prowadzonych z nim negocjacjach. Podstawa odmowy uznania przynajmniej części roszczeń powoda, przywoływana – na co wskazywali świadkowie - przez pozwanego ad. 2, iż nie stanowią one robót dodatkowych w rozumieniu umowy głównej, okazała się zatem iluzoryczna, skoro pozwany mimo powyższego w dalszym ciągu odmawiał powodowi dodatkowego wynagrodzenia. Potwierdza to zdaniem Sądu meriti, iż pozwany – zmieniając zdanie co do tego, jak należy rozumieć umowę w stosunku do tego, jak rozumiał ją w dacie zawarcia – w istocie miał na celu jedynie uniknięcie obowiązku dodatkowej zapłaty, a więc zwiększenia kosztów, co wiązało się ze zmniejszeniem dla pozwanego korzyści płynących z realizacji umów zawartych z pozwanym ad. 1. Nie miało to jednak nic wspólnego z tym, jak pozwany rzeczywiście rozumiał zapisy umowne, skoro pozwany następczo dostosowywał to – prezentowane przez siebie - rozumienie do swoich bieżących potrzeb. O ile przy tym już stanowisko pozwanego ad. 2, wedle którego pojęcia robót dodatkowych na gruncie kontraktu głównego („zaprojektuj i wybuduj”) i umowy zawartej z powodem („wybuduj”) są tożsame, nie znajdowało jakiegokolwiek uzasadnienia, a pozwany opierał je jedynie na literalnych tekstach umów, o tyle wobec tego, że nawet pozwany ad. 1 uznał część rodzajów i zakresów robót zgłaszanych przez powoda jako wykraczające poza program

funkcjonalno-użytkowy za roboty dodatkowe i uzupełniające, w istocie stanowisko pozwanego pozostawało już w całkowitym oderwaniu od umów i stanowiło wyraz starania, by zarobić na kontrakcie głównym (i kontraktach na roboty dodatkowe i uzupełniające) kosztem powoda i na jego ryzyko. Dawało się zatem zauważyć swoisty modus operandi pozwanego ad.2, który to:

- początkowo nie zdając sobie do końca sprawy z realnych kosztów realizacji kontraktu głównego i nie dysponując jeszcze gotowymi i zatwierdzonymi projektami budowlanymi oraz wykonawczymi, w oparciu o które prowadzone będą następnie roboty, jakie koszty ponieść miał w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, zawiera z powodem umowę na wykonanie samych tylko robót zgodnie z przygotowywanymi projektami, przy czym z uwagi na nieznajomość rodzajów i zakresów robót niezbędnych do wykonania, zleca powodowi realizację jedynie tych rodzajów i zakresów, które oszacowane zostały w Programie Funkcjonalno-Użytkowym i jedynie dla tychże zakresów prosi o przygotowanie oferty, przewidując jednocześnie, że roboty wykraczające poza ten zakres zlecone zostaną powodowi lub innemu podmiotowi za dodatkowym wynagrodzeniem (taki mechanizm wprost przewidywała zawarta przez powoda z pozwanym ad.2 umowa),
- następnie – wobec przygotowania projektów i z uwagi na potrzebę realizacji robót zgodnie z nimi, a w związku z tym, ujawnienia się potrzeby wykonania robót rodzajowo i w zakresie zwiększonym w stosunku do przewidywanego w programie funkcjonalno-użytkowym – pozwany uzależnia dodatkową zapłatę na rzecz powoda za prace wykraczające poza przewidziane w programie (uznanie robót za roboty dodatkowe lub uzupełniające) od tego, czy za takie uzna je pozwany ad.1, a tym samym – czy pozwany ad. 1 sfinansuje ich wykonanie, co pozwoli pozwanemu na zachowanie w miarę możliwości realizacji kontraktu na opłacalnym poziomie,
- by w końcu, mimo tego, iż pozwany ad.1 część robót wykonywanych już przez powoda ponad zakres ujęty w programie funkcjonalno-użytkowym uznał za roboty dodatkowe lub uzupełniające w ramach kontraktu głównego i zgodził się na dodatkową zapłatę za nie – odmówić powodowi zapłaty podnosząc – na co wskazywali w szczególności świadkowie L. B. i K. C., a także K. K., P. K. – że powód nieprawidłowo zgłasza roszczenia (tj. wymawiając się od zapłaty stricte formalnymi kwestiami), albo też, że wszelkie roboty jakie przewidują projekty budowlane i wykonawcze mieszczą się w ramach umówionego z powodem wynagrodzeniem, a tym samym – uzyskać korzyść płynącą z wykonania przez powoda tychże robót bez konieczności dzielenia się z powodem uzyskanym w związku z tymże wykonaniem wynagrodzeniem, tj. zwiększyć po swojej stronie poziom opłacalności realizowanego kontraktu, zawartego z pozwanym ad.1.

Zmiana nastawienia pozwanego ad. 2 do tego, jak rozumieć zapisy umowy zawartej z powodem niewątpliwie przemawiała zatem przeciwko uznaniu forsowanego przez niego rozumienia umowy zawartej z powodem za wiarygodny, a jednocześnie – za przyjęciem za rzeczywistego tego rozumienia, jakie ostatecznie przyjął Sąd i które zostało opisane powyżej.

Sąd Okręgowy mając na uwadze powyższe uznał, że skoro zakres robót powierzonych do wykonania powodowi przez pozwanego ad.2 na mocy umowy podwykonawczej z dnia 14 maja 2013 r. zdefiniowany został opisem zawartym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym i tylko co do tego zakresu zastosowanie znajdowało ustalone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe, to wszelkie roboty wykraczające poza ramy Opisu Przedmiotu Zamówienia uznać należało za roboty dodatkowe, podlegające rozliczeniu niezależnemu od ceny ryczałtowej, ale w oparciu o umowę główną i konkludentną ich akceptację przez pozwanych w toku ich wykonywania. Słusznie zatem ostatecznie w swojej opinii zespół biegłych ustalił zakres prac powoda, jako umownych, w oparciu o treść zapytania ofertowego skierowanego do niego przez pozwanego ad.2 i dokumentów w postaci Rozbicia Ceny Ofertowej, programu funkcjonalno-użytkowego, pytań i odpowiedzi pozwanego ad.1 z etapu przetargu, które wygrało konsorcjum w skład którego wchodził pozwany ad.2, ramowego harmonogramu robót oraz oferty złożonej temu pozwanemu ad. 2 przez powoda, które to dokumenty stanowiły ostatecznie nie tylko podstawę szacowania przez powoda ceny umownej, lecz załączniki do umowy podwykonawczej między powodem a pozwanym ad. 2, stanowiące jej integralną część. Biegli sądowi zauważali przy tym, iż dokumentacja projektowa w postaci projektów wykonawczych w wielu

przypadkach wprowadzała dodatkowe rozwiązania niezbędne dla zmodernizowania linii zgodnie z wymaganiami jednostek opiniujących i uzgadniających oraz wskutek zmian technicznych i technologicznych akceptowanych czy też wymaganych przez pozwanego ad. 1. Powyższe skutkowało właśnie znacznymi zmianami ilościowymi poszczególnych robót w stosunku do ilości przewidzianych w programie funkcjonalno-użytkowym, a konieczność ich kompleksowego wykonania w wymaganej kolejności technologicznej zmieniała warunki wykonania prac, zwiększając ich zakres. Obejmowało to również konieczność reorganizacji prowadzonych robót, zaangażowania większych zasobów lub prowadzenia prac w odmiennych warunkach atmosferycznych. Zmieniony zakres jak i ilości określone projektem wykonawczym zatwierdzonym do realizacji stanowiły jedno spójne rozwiązanie modernizowanej linii, które musiało być realizowane kolejnymi, następującymi po sobie, etapami technologicznymi. Zatem dostarczona dokumentacja projektowa skutkować musiała koniecznością wykonania przez powoda większego zakresu i związanej z tym zakresem większej ilości poszczególnych robót, niż wynikało to z programu funkcjonalno-użytkowego i Rozbicia Ceny Ofertowej umowy podwykonawczej. W szczególności odnosiło się to do zakresu i ilości robót związanych z odwodnieniem i wzmocnieniem podtorza warstwą ochronną z niesortu kamiennego ułożonego na geowłókninie na posterunku odgałęźnym (...), które to roboty ostatecznie należało wykonać na całej długości posterunku, a także robót związanych z wykonaniem torów głównych zasadniczych linii kolejowej nr (...) na stacji kolejowej (...), których modernizacja nie mogła być i nie była pierwotnie przewidziana do wykonania w ramach realizowanej Inwestycji. Biegli doszli przy tym do wniosku, że przedmiot umowy podwykonawczej mógł zostać zrealizowany wyłącznie po zleceniu robót nieprzewidzianych w programie funkcjonalno-użytkowym powodowi lub innemu podwykonawcy.

Kwestią zależną od woli pozwanego ad. 2 – co wynikało wprost z § 1 ust. 5 i 6 umowy podwykonawczej, było to, czy zleci on powodowi (lub innemu podmiotowi) wykonanie robót dodatkowych, tj. wykraczających poza zakres ujęty w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, albo też czy sam roboty te wykona.

Co oczywiste - biorąc pod uwagę § 1 ust. 5 i 6 umowy, pozwany ad.2 nie miał obowiązku zlecenia wykonania wspomnianych robót dodatkowych powodowi. Niemniej jednak, skoro były one niezbędne dla realizacji przez powoda robót objętych zawartą z pozwanym ad. 2 umową, zlecenie wykonania robót dodatkowych czy to powodowi, czy to podmiotowi trzeciemu, albo też samodzielne wykonanie tychże robót, oceniać należało jako wyraz współdziałania pozwanego ad. 2, jako wierzyciela, z powodem, jako dłużnikiem. Obowiązek takiego współdziałania wynika wprost z art. 354 § 2 k.c. i obowiązek ten należy traktować jako obowiązek kontraktowy wierzyciela. Jak wskazali biegli powód, wobec wskazanych wyżej okoliczności (że przedmiot umowy podwykonawczej mógł zostać zrealizowany wyłącznie po zleceniu robót nieprzewidzianych w programie funkcjonalno-użytkowym powodowi lub innemu podwykonawcy), nie miał de facto możliwości realizacji przedmiotu umowy podwykonawczej na warunkach i w zakresie uzgodnionym w ofercie powoda z dnia 19 marca 2013 r.

W ocenie Sądu a quo, w przedstawionych powyżej okolicznościach, pismo powoda z dnia 11 grudnia 2013 r., w którym powód wyznaczył pozwanemu ad. 2 siedmiodniowy termin na potwierdzenie, czy powód ma wykonać roboty wychodzące poza zakres umowy oraz odpowiedź czy pozwany ad. 2 uzyska zgodę od zamawiającego na podwykonawstwo powoda w zakresie robót uzupełniających i dodatkowych, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że w przypadku niepodjęcia przez pozwanego ad. 2 współdziałania w tym zakresie, koniecznego do należytego wykonania umowy i terminowego jej zakończenia odstąpi od umowy, spełniało wymogi określone w art. 491 k.c. Jednostronne oświadczenia woli tłumaczyć należy tak, jak to przewiduje art. 65 § 1 k.c. - jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Jak już wyżej zaznaczano, w przypadku robót ujętych rodzajowo w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik do umowy podwykonawczej zawartej przez powoda z pozwanym ad.2, roboty takie w zakresie wykraczającym poza ten, ujęty w programie nie powinny podlegać rozliczeniu na zasadach właściwych dla bezpodstawnego wzbogacenia.

W przypadku tychże robót nie może być bowiem mowy o tym, by ich wykonanie nie miało podstawy prawnej, skoro strony wykonanie takie (co do rodzaju prac) uwzględniły w umowie, zaś w przypadku, gdyby zakres lub ilość robót wykraczały poza te, ujęte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, strony ustaliły, że roboty wykonane ponad

taką ilość i zakres objęte będą dodatkowym – poza tym, określonym w umowie ryczałtowo na konkretną kwotę – wynagrodzeniem. Choć literalnie umowa przewidywała, że zasady rozliczeń takich robót określać będzie załącznik nr (...) do umowy, który to załącznik nie istniał w dacie jej zawarcia, nie oznacza to, że do wspomnianych rozliczeń nie znajdują zastosowania pozostałe postanowienia umowy, w szczególności zaś jej § 5 ust. 2, zgodnie z którym wartość robót opisanych rodzajowo w danej pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej określały właśnie ceny i stawki zawarte w tymże Rozbiciu łącznie ze wszystkimi wydatkami i kosztami, które mogą być niezbędne przy wykonywaniu i dla wykonania opisanych robót, wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami, które mogą być konieczne, oraz wszelkim ryzykiem, odpowiedzialnością i zobowiązaniami. Co istotne, w zakresie ustalonym przez biegłych pozwani zaakceptowali roboty wykonane przez powoda, co w kontekście powołanych postanowień umownych, pozwala uznać te roboty za wynikające ze stosunku prawnego.

W odniesieniu do zarzutów pozwanych co do braków i nieprawidłowości w robotach wykonanych przez powoda, które to wpływać miałyby na obniżenie wynagrodzenia należnego powodowi za ich wykonanie, Sąd Okręgowy podzielił zdanie biegłych, iż za wady, nieprawidłowości i braki robót budowlanych i prac wykonanych przez powoda nie można było uznać wskazywanych w „Protokole inwentaryzacji robót budowlanych i innych czynności wykonanych przez (...) S.A. na modernizowanej linii kolejowej nr (...) na odcinku (...)” z dnia 29 kwietnia 2014 r. braku protokołów przekazania materiałów z rozbiórki, braku kart przekazania odpadów z rozbiórki, braku wyników badań fizyko-chemicznych wybranej podsypki kwalifikujących ją jako materiał staroużyteczny bądź odpad, braku Aprobata Materiałowych, braku kopii Certyfikatów Zgodności, braku Opisu załączonych DZ partii materiałów zabudowanych, braku protokołu naprawy geokraty w strefie przejściowej, braku dokumentów materiałowych, braku protokołu potwierdzającego naprawę uszkodzonej warstwy ochronnej jako, że w ogóle nie dotyczyło to braków robót budowlanych i prac wykonanych przez powoda. Powodowi należało jednak, zgodnie z opinią biegłych, przypisać wady, nieprawidłowości i braki w robotach budowlanych i pracach przez niego wykonywanych opisane w Tabeli (...) Opinii, wymienione w opisanym powyżej stanie faktycznym. Biegli szczegółowo odnieśli się do takiej kwalifikacji wad i kosztu ich usunięcia w Tabelach (...) Opinii z powołaniem się na stosowną dokumentację.

Sąd I instancji miał na uwadze, iż zespół biegłych, w zakresie ustalenia czy istniały wady, nieprawidłowości i braki robót budowlanych i prac wykonanych przez (...) S.A., a jeśli to jaki był koszt ich usunięcia, odnosił się tylko i wyłącznie do wad, usterek, braków i robót do wykonania wykazanych w Załączniku nr (...) w tabelach podpisanych przez inż. S. W. – inspektora nadzoru, czyli w tabelach na kartach 7105, 7106, 7107 jako najbardziej wiarygodnych i znajdujących potwierdzenie w postaci podpisu osoby z zespołu Inżyniera, a więc Personelu Zamawiającego. Następnie biegli zweryfikowali zasadność kwalifikacji poszczególnych pozycji z tego załącznika jako wady, nieprawidłowości i braki. Przyczyny takiego ujęcia wyjaśniono na k. 154-155 Opinii.

Zespół Biegłych zwrócił uwagę na fakt, iż w Przejściowych Świadectwach Płatności Inżynier w każdym przypadku potwierdzał prawidłowość wykonanych robót oraz, że nie wykazał istnienia wad w odbieranych robotach. Niemniej jednak, zdaniem Zespołu Biegłych należało się odnieść merytorycznie do wykazów wad, usterek, braków i robót do wykonania wskazanych w Załączniku nr (...), biorąc pod uwagę fakt, iż roboty wykonywane przez Podwykonawcę były systematycznie odbierane i eksploatowane.

Na podstawie Załączników nr (...) do „Protokołu inwentaryzacji robót budowlanych i innych czynności wykonanych przez (...) S.A. na modernizowanej linii kolejowej nr (...) na odcinku (...)” z dnia 29.04.2014 r. a także wystawionego przez Inżyniera PŚP nr (...) października 2014 r. za okres od 25 maja 2013 do 19 października 2014 r, Zespół Biegłych sporządził własną tabelę (Tabele (...) k-156-172 Opinii) uwzględniającą zakres wykonanych przez Podwykonawcę robót oraz wady, ustereki w robotach wykonanych oraz braki i roboty do wykonania. W kolumnie „Uwagi Zespołu Biegłych” biegli zawarli komentarze do poszczególnych pozycji wykazu wad, usterek, braków i robót do wykonania wskazanych w Załączniku nr (...).

W oparciu o powołaną powyżej treść opinii biegłych Sąd Okręgowy uznał, iż łącznie koszt usunięcia wad, nieprawidłowości i braków w robotach wykonanych przez Podwykonawcę według cen rynkowych na IV kwartał 2014 r. wynosi 1.656.085,64 zł netto tj. 2.036.985,34 zł brutto (k. 21.936-21-938). Sąd meriti przyjął przy tej

wycenie ceny rynkowe na IV kwartał 2014 r. kierując się datą ostatnich dokumentów podsumowujących zakres prac wykonanych przez powoda, a uznanych przez biegłych za wiarygodne, w tym wystawionym przez Inżyniera PŚP nr (...) października 2014 r. Dodatkowo Sąd I instancji miał na uwadze, iż zgodnie z § 11 ust. 5 i 6 Umowy podwykonawczej w przypadku odstąpienia od umowy, prawidłowo wykonana i przyjęta przez pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 część robót stanowiących przedmiot umowy miała zostać rozliczona pomiędzy stronami w oparciu o stan zaawansowania prawidłowo wykonanych i przejętych przez pozwanego ad. 1 i pozwanego ad. 2 robót wchodzących w zakres przedmiotu umowy oraz o ceny wskazane w kosztorysie ofertowym, a w przypadku gdyby rozliczenie nie było możliwe na zasadach określonych wyżej, wynagrodzenie należne za wykonanie robót wchodzących w zakres przedmiotu umowy zostanie określone przez rzeczoznawców wskazanych przez pozwanego ad. 2. Pozwany w niniejszej sprawie uruchomił tę procedurę, uzyskując w dniu 20 listopada 2014 r. wykonane przez prywatnego rzeczoznawcę rozliczenie robót pomiędzy stronami (k. 4073- 4095), jednak z uwagi na spór stron konieczna stała się weryfikacja tego rozliczenia przez powołany w niniejszej sprawie zespół biegłych sądowych.

Dalej Sąd meriti miał na względzie, iż zespół biegłych w swojej opinii sporządzonej na potrzeby sprawy wskazywał – odwołując się do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jak również oceniając okoliczności towarzyszące realizacji robót przez powoda – że na budowie występowało co najmniej kilka przyczyn, które wpływały na opóźnienia w realizacji prac w stosunku do harmonogramów, przy czym nie sposób było w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego uznać, że bezpośrednimi przyczynami opóźnień miały być okoliczności zależne od powoda. W szczególności nie sposób było stwierdzić, że wobec istnienia wielu innych przyczyn wpływających na opóźnienia, wskazywanych przez świadków, brak potencjału powoda miał znaczenie zasadnicze. Kontekst, w jakim wypowiadali się świadkowie K. C., L. B., P. B., K. K., P. K. wskazywał na to, iż wspomniany „brak potencjału” był w ich ocenie zagrożeniem dla terminowej realizacji umowy w obliczu już istniejących opóźnień, a zatem nie sposób określić, czy w przypadku, gdyby jedynym czynnikiem był „brak potencjału”, to do takich opóźnień by dochodziło. Zespół biegłych, którzy przygotowywali opinię w przedmiotowej sprawie zwracał przy tym uwagę, że terminową realizację umowy podwykonawczej uniemożliwiały przede wszystkim opóźnienia w otrzymaniu dokumentacji wykonawczej, wejścia na plac budowy, brak możliwości realizacji przedmiotu umowy podwykonawczej w pierwotnym zakresie i konieczność realizacji robót na warunkach i w zakresie wynikającym z dokumentacji projektowej (a więc w zakresie znacząco szerszym). Okoliczności te wpływały przy tym na konieczność poniesienia przez powoda dodatkowych nakładów rzeczowych, finansowych i czasowych, co w kontekście twierdzeń świadków o tym, że powód nie posiadał odpowiedniego potencjału (rzecowego i osobowego) dla terminowej realizacji umowy poddaje w wątpliwość to, czy za taką sytuację, w warunkach wykonywania umowy podwykonawczej w ogóle można obarczać winą powoda.

Podobnie Sąd a quo miał wątpliwości co do tego, czy powoda obarczać można było za zaistniałe ostatecznie w trakcie wykonywania robót kolizje. Jak wskazywali na to świadkowie K. P. i W. B. – powód przeprowadzał wizję lokalną na terenie inwestycji, natomiast zgodnie z twierdzeniami W. B., który za wizję taką był odpowiedzialny wedle zeznań K. P. – ograniczało się to do sfilmowania przez pracownika powoda terenu budowy z perspektywy jadącego pociągu. Choć w świetle doświadczenia życiowego taka wizja terenu inwestycyjnego niewątpliwie uznana musi zostać za niewystarczającą, to świadkowie P. R., K. P. i W. B. wskazywali zgodnie na to, że ograniczenia w tym zakresie stawał krótki termin, jaki powód miał na przygotowanie oferty (10 dni), w którym to terminie dokonana musiałby zostać także wizja lokalna. Biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe nie sposób było wykonać dokładnych oględzin całego terenu, na którym miałyby być prowadzone prace. Jak wskazywał na to K. P., powód miał z poprzedniego przetargu organizowanego przez pozwanego ad. 1 na roboty w systemie „zaprojektuj i wybuduj” informacje dotyczące inwestycji, tj. – poza programem funkcjonalno-użytkowym, także zdjęcia obrazujące stan torów na odcinkach objętych ostatecznie pracami w ramach umowy podwykonawczej, zanieczyszczenie i gatunek tłuczni, niemniej jednak w świetle doświadczenia życiowego kolizje możliwe byłyby do przewidzenia – z uwagi na ich charakter – dopiero po otrzymaniu przez powoda dokumentacji projektowej, gdyż dopiero wtedy powód powziął wiedzę w jaki sposób będzie wykonywał konkretne prace i mógł był ocenić, czy na danym wycinku robót takie kolizje mogą wystąpić. Świadkowie wskazując na charakter kolizji, jakie występowały, zwracali przy tym uwagę, że mogły one zostać odkryte dopiero na etapie wykonywania robót, jako że dotyczyły choćby niezainwentaryzowanej infrastruktury podziemnej, której powód obiektywnie rzecz biorąc nie miał czasu poszukiwać przed złożeniem oferty i zawarciem umowy, ani też – w

ocenie Sądu – obowiązku poszukiwać, skoro jego obowiązki sprowadzały się jedynie do wykonania robót zgodnie z dostarczonymi przez pozwanego ad. 2 projektami.

Powyższe pozwalało Sądowi Okręgowemu dojść do przekonania, że nawet jeżeli niektóre z czynników wpływających na terminowość robót związane były z osobą powoda, to jednak nie były one decydujące dla powstania opóźnień lub też nie wynikały z jego winy.

Oceniając żądanie pozwu w rozszerzonym zakresie Sąd oparł się w całości na opinii biegłych, którzy odnosili się szczegółowo do prac, za które powód domagał się zapłaty w zakresie obejmującym rozszerzenie powództwa, każdorazowo analizując, czy prace te mieściły się w programie funkcjonalno-użytkowym i były konieczne do wykonania dla realizacji umowy podwykonawczej, w tym w szczególności do prac polegających na usuwaniu kolizji z ciepłociągami na stacji (...), usuwaniu kolizji z komorą zawierającą nieczynny zawór wody, prac związanych z wymianą gruntu, tymczasowym wydłużeniem peronu nr(...) w Ż., stabilizacji cementem podłoża na odcinku (...), regulacją toru T.1 w s. (1), a także do kwestii zasadności żądania zapłaty za przestoje w pracy oczyszczarki torowej.

Zespół biegłych przygotowujących na potrzeby przedmiotowej sprawie opinię ostatecznie zakwestionował w ogóle zasadność użycia przez powoda oczyszczarki tłuczni (...), wskazując, że w warunkach terenowych możliwe było wykorzystanie innego rozwiązania technologicznego, przy czym świadek K. P. w toku zeznań wskazywał, że w oparciu o dostępną sobie dokumentację zdjęciową z uprzedniego postępowania przetargowego organizowanego przez pozwanego ad. 1 powód miał wiedzę na temat warunków terenowych wykonywania pracy. To powód wybierał urządzenia, którymi wykonywać będzie prace już w trakcie ich realizacji (a więc po zawarciu umowy) i przed najęciem oczyszczarki tłuczni mógł zweryfikować, czy jej zastosowanie będzie najlepszym z punktu widzenia ekonomiki rozwiązaniem, gdzie ostatecznie takim rozwiązaniem się nie okazało, na co wskazywali także świadkowie K. C. i L. B.. Tym samym, zdaniem Sądu I instancji, nie sposób było uznać, iżby koszty związane z zastosowaniem wspomnianego urządzenia i czasem, w jakim powód zmuszony był go używać w związku z warunkami terenowymi na których wykonywał roboty (w tym przestojami), nie stanowiły ryzyka powoda w ramach umowy zawartej z pozwanym ad.2, a więc że koszty związane z użyciem wspomnianego urządzenia powinny zostać powodowi zwrócone. W tym zakresie roszczenie powoda Sąd uznał zatem za nieuzasadnione.

Ostatecznie Sąd meriti za zespołem biegłych przyjął następujące rozliczenia dochodzonych przez powoda roszczeń za podstawę orzeczenia:

Opierając się na analizie wszystkich roszczeń, dokonanej przez zespół biegłych w oparciu o zgromadzoną w sprawie dokumentację i fachową wiedzę, niezbędną do oceny zasadności tych roszczeń, Sąd Okręgowy z roszczeń opisanych przez powoda literami od A do I, ostatecznie uznał za uzasadnione jedynie przedstawione powyżej należności.

Jak to już Sąd a quo podnosił na wstępie rozważań, treść opinii jest na tyle wyczerpująca, jasna i szczegółowa, iż nie ma podstaw do jej podważania. Ewentualne wątpliwości zostały w ocenie Sądu I instancji wyjaśnione podczas szczegółowych wyjaśnień ustnych do opinii złożonych na rozprawie w dniu 6 marca 2019 r. oraz w stanowisku pisemnym biegłych datowanym również na 6 marca 2019 r. Zauważyć tu wypada, iż na tej rozprawie pełnomocnicy nie składali już wniosków o uzupełnienie tego dowodu.

Podtrzymując stanowisko, iż wszystkie roszczenia powoda w stosunku do pozwanego ad. 1, uznane przez Sąd meriti w niniejszym postępowaniu za słuszne mają swe źródło w umowie podwykonawczej z dnia 14 maja 2013 r., co pozwala uznać za ich podstawę prawną wspomniany już wcześniej art. 647 k.c. Odnośnie roszczeń zasądzonych od pozwanego ad. 1 podstawą prawną będzie w art. 647¹ § 5 k.c. (w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia umowy stanowiącej podstawę żądania pozwu - umowy podwykonawczej w dniu 14.05.2013 r.). Jak bowiem stanowił art. 12 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz. U. poz. 933 z późn. zm.), który wprowadzał obecne brzmienie przepisu art. 647¹ k.c. - do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane

wykonane przez podwykonawcę na podstawie takich umów stosuje się art. 647¹ ustawy, o której mowa w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym.

W myśl tego przepisu w umowie o roboty budowlane zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Zgodnie z § 2 tego przepisu do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, 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, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Natomiast w myśl § 5 tego przepisu, zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. W świetle tych postanowień nie budziło wątpliwości Sądu I instancji, iż przesłanką solidarnej odpowiedzialności inwestora jest wyrażenie przez niego zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, która to zgoda może być wyrażona przez określone zachowanie się nakierowane na taki skutek bądź przez milczenie przejawiające się niezgłoszeniem przez inwestora w terminie sprzeciwu lub zastrzeżeń do umowy z podwykonawcą lub jej projektu.

Co istotne, zgoda ta nie stanowi przesłanki ważności umowy wykonawcy z podwykonawcą, lecz jedynie warunkuje solidarną odpowiedzialność inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

Jednocześnie przepis ten przypisuje milczeniu inwestora sens równoznaczny z dorozumianym wyrażeniem zgody, bowiem z przypadku nie zajęcia przez inwestora stanowiska w tym przedmiocie, przyjmuje się, że inwestor wyraził zgodę. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia z dnia 28 czerwca 2006 r. (sygn. akt III CZP 6/08, OSNC 2008, nr 11, poz. 121), podkreślił, że krótki termin wynoszący 14 dni na podjęcie przez inwestora decyzji determinuje konieczność oparcia zgody obejmującej ryzyko zapłaty na pełnym rozeznaniu przez inwestora przesłanek faktycznych, bowiem powinien mieć pełne szczegółowe rozeznanie postanowień podmiotowych i przedmiotowych umowy zawieranej przez wykonawcę z podwykonawcą, jeżeli z jego zachowania chce się wywodzić zgodę, której skutkiem jest solidarna odpowiedzialność względem podwykonawcy.

Sąd Okręgowy miał na uwadze, że okolicznością bezsporną jest, iż powód wprost został zaakceptowany przez inwestora - pozwanego ad. 1 jako podwykonawca robót objętych umową podwykonawczą z dnia 14 maja 2013 r. Jak już wcześniej wspomniano, przedstawiciel inwestora powziął też wiedzę o treści wspólnego oświadczenia stron z dnia 14 czerwca 2013 r. bezpośrednio w dniu jego zawarcia, następnie dokonywał akceptacji i odbioru robót wykonywanych przez powoda. Z pozwanym ad. 2 pozwany ad. 1 zawarł też umowy uzupełniające obejmujące te roboty, co szczegółowo przeanalizowali biegli i co Sąd uwzględnił już we wcześniejszych rozważaniach. Podtrzymując zatem stanowisko, iż wszystkie uwzględnione przez Sąd roboty mają swoje źródło w umowie podwykonawczej, o której wiedzę miał pozwany ad. 1, Sąd I instancji na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. w konsekwencji zobligowany był przyjąć solidarną odpowiedzialność pozwanego ad. 1 za zasądzone zobowiązania pozwanego ad.2.

Przyjmując umowną odpowiedzialność pozwanego ad.2 i ustawową pozwanego ad. 1, Sąd Okręgowy uznał jednocześnie za niesłuszne żądanie ewentualne powoda z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Tę bowiem rozpatrywać by należało jedynie w sytuacji uznania, iż żądania pozwu nie znajdują podstaw w umowie podwykonawczej.

W oparciu o powyższą analizę przedstawionego wcześniej stanu faktycznego Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, iż nieuiszczone na rzecz podwykonawcy wynagrodzenie w łącznej kwocie 27.668.449,75 zł pomniejszone o koszt usunięcia wad, nieprawidłowości i braków w robotach wykonanych przez podwykonawcę według cen rynkowych na IV kwartał 2014 r. w kwocie 2.036.985,34 zł brutto wynosi 25.631.464,41 zł brutto.

Uznając natomiast za skuteczne odstąpienie powoda od umowy podwykonawczej Sąd a quo przesądził bezskuteczność wypowiedzenia tej umowy złożonego przez pozwanego ad. 2, jako późniejszego. Tym samym roszczenia pozwanego

z tytułu kar umownych przedstawione do potrącenia z dochodzonymi w niniejszym postępowaniu wierzytelnościami również uznać należało za nieuzasadnione i w konsekwencji wszelkie dowody na ich istnienie za zbędne. Wobec nie wykazania przez pozwanego posiadania wierzytelności z tytułu kar umownych w stosunku do powoda, która mogłaby zostać potrącona z wierzytelnością powoda dochodzoną w toku niniejszego postępowania, podniesiony przez pozwanego zarzut potrącenia nie zasługuje na uwzględnienie w świetle art. 498 § 1 k.c., zgodnie z którym to przepisem, gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelnością drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym, jest istnienie wierzytelności, która nadawały się do potrącenia.

W tych okolicznościach, tylko na marginesie, Sąd meriti wskazał, iż w pełni słuszne jest stanowisko powoda wyrażone w załączniku do protokołu rozprawy z dnia 4 listopada 2020 r. odnośnie konieczności miarkowania kar umownych, gdyby doszło do uznania wypowiedzenia pozwanego za skuteczne. Powód zasadnie powołał się na okoliczności świadczące o nielojalnym potraktowaniu go przez pozwanego ad. 2 na etapie zawierania umowy podwykonawczej i w toku jej wykonywania, co Sąd a quo szerzej opisał już we wcześniejszej części rozważań. Taka postawa niewątpliwie ma znaczenie przy stosowaniu instytucji miarkowania kar umownych.

Odnośnie pozostałych (poza karami umownymi) należności przedstawionych przez pozwanego oświadczeniem z dnia 17 lutego 2014 r. do potrącenia z należnością powoda wynikającą z faktury nr (...)z dnia 31 grudnia 2013 r. tj. należności w łącznej wysokości 229.633,59 zł, wynikających z faktur VAT: nr (...) z dnia 10 lutego 2014 na kwotę 91.697,39 zł, nr (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. na kwotę 34.760,29 zł oraz nr (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. na kwotę 103.175,91 zł, wobec treści umowy łączącej powoda z pozwanym ad.2 oraz udokumentowania ich powołanymi fakturami i mając na uwadze okoliczność, iż powód w żaden sposób nie wypowiedział się co do ich zasadności, Sąd Okręgowy uznał je za udowodnione. Tym samym za skuteczne Sąd I instancji uznał potrącenie tych wierzytelności w łącznej wysokości 229.633,59 zł dokonane oświadczeniem z dnia 17 lutego 2014r., przy czym na skutek omyłki Sąd nie uwzględnił tego w ostatecznym rozliczeniu zawartym w niniejszym wyroku.

Reasumując, Sąd Okręgowy na podstawie art. 647 k.c. i 647¹ k.c. oraz przy zastosowaniu art. 491 k.c. i art. 498§1 k.c. w oparciu o fachową weryfikację biegłych i treść sporządzonych przez nich opinii z dochodzonej przez powoda kwoty łącznej w wysokości 34.423.902,42 zł, zasądził od pozwanych kwotę 25.631.464,41 zł oddalając powództwo w pozostałym zakresie wyrokiem uzupełniającym, co oznacza wygraną powoda w części 74%.

Oceniając żądanie odsetek ustawowych za opóźnienie, Sąd I instancji oparł się na obowiązujących przepisach kodeksu cywilnego, zgodnie z którymi sam fakt opóźnienia dłużnika w spełnieniu świadczenia pieniężnego daje wierzycielowi prawo do żądania odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 481 § 1 k.c.).

W przedmiotowej sprawie termin spełnienia świadczenia

w uwzględnionej kwocie 23.844.142,06 zł był ściśle oznaczony w fakturze VAT nr (...)z 31 grudnia 2013 r. – dla pozwanego ad. 2 i wezwaniu do zapłaty z dnia 6 marca 201 r. dla pozwanego ad. 1. Sąd zasądził więc od pozwanych od tej kwoty ustawowe odsetki od dnia 6 marca 2014 r. do dnia 31 marca 2015 r., a za dalszy okres odsetki ustawowe za opóźnienie w związku ze zmianą regulacji art. 481 k.c. obowiązującą od dnia 1 stycznia 2016 r. Odnośnie kwoty 1.652.257,18 zł Sąd meriti uwzględnił termin płatności w oznaczony w fakturze nr (...)w dniu 31 stycznia 2014 r. na 5 maja 2014 r. i zasądził ustawowe odsetki od dnia 6 maja 2014 r. do dnia 31 marca 2015 r., a za dalszy okres odsetki ustawowe za opóźnienie w związku ze zmianą regulacji art. 481 k.c. obowiązującą od dnia 1 stycznia 2016 r. W pozostałej części Sąd zasądził ustawowe odsetki od dnia następnego po dniu doręczenia pozwanym rozszerzonego powództwa tj. od 1 kwietnia 2016 r. , zgodnej z żądaniem powoda.

W ustalonym powyżej stosunku (74%/36%) Sąd Okręgowy na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. rozdzielił koszty procesu należne stronom. I tak:

Koszty procesu poniesione przez powoda, uwzględnione przez Sąd:

| TYTUŁ | KWOTA |
|---|---|
| Opłata od pozwu | 100.000 zł |
| Koszty zastępstwa procesowego | 28.800 zł |
| Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłych | 10.000 zł |
| Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłych | 35.000 zł |
| Zaliczka na poczet stawienia świadka | 500 zł |
| SUMA | 1473 zł |
| | $174.300 \times 74 \% = 128.982 \text{ zł}$ |

Koszty procesu poniesione przez pozwanego (...)Sp. z o.o., uwzględnione przez Sąd:

| TYTUŁ | KWOTA |
|---|---|
| Koszty zastępstwa procesowego | 28.800 zł |
| Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłych | 10.000 zł |
| Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłych | 35.000 zł |
| SUMA | 873 zł |
| | $73800 \times 26\% = 19.188 \text{ zł}$ |

Koszty procesu poniesione przez pozwanego (...)S.A. uwzględnione przez Sąd:

| TYTUŁ | KWOTA |
|--------------|--------------|
|--------------|--------------|

| | |
|---|-------------------------|
| Koszty zastępstwa procesowego | 28.800 zł |
| Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłych | 10.000 zł |
| Zaliczka na poczet wynagrodzenia biegłych | 35.000 zł |
| SUMA | 873 zł |
| | 73800 x 26% = 19.188 zł |

Koszty zastępstwa procesowego w niniejszej sprawie wyliczone zostały na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 2 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 w zw. z § 21 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu w zw. z § 21 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie. Sąd wziął pod uwagę niezbędny nakład pracy pełnomocników, a także charakter sprawy i wkład pracy w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia. Trzeba bowiem zauważyć, iż sprawa była bardzo obszerna i wielowątkowa. Dotyczyła inwestycji ogromnych rozmiarów. Sama dokumentacja zajmowała ok. 100 tomów akt. W sprawie przeprowadzono kilkanaście wielogodzinnych rozpraw. Opinia zespołu biegłych sporządzana była ponad rok czasu i dodatkowo uzupełniana. Biegli składali także wyjaśnienia na rozprawie. Pełnomocnicy wielokrotnie zajmowali stanowiska zarówno na piśmie jak i na rozprawach. Podstawę zasądzenia tej opłaty stanowi stawka minimalna określona w powołanych przepisach, która na dzień wniesienia pozwu w niniejszej sprawie wynosiła 7.200 zł. Opłata ta nie może być wyższa niż sześciokrotna stawka minimalna ani przekraczać wartości przedmiotu sprawy. Biorąc pod uwagę powyższe kryteria Sąd Okręgowy, uwzględniając stanowiska pełnomocników stron, przyznał im czterokrotność tej stawki. Ostatecznie natomiast zasądzone zostały należności wynikające ze stosunkowego rozkładu kosztów, co opisane zostało powyżej.

Zgodnie z przedstawionymi powyżej danymi oraz stosunkowym rozdziałem, łączne koszty procesu należne powodowi wynoszą 128.982 zł, a pozwanym po 19.188 zł. Różnica tych kwot wynosi 90.606 zł na korzyść powoda (128.982 zł - 19.188 zł - 19.188 zł). Taką też kwotę zasądził od pozwanych na rzecz powoda w punkcie II wyroku.

Na wydatki sądowe powstałe w niniejszej sprawie składają się koszty wynagrodzenia biegłych oraz koszty stawiennictwa świadków według następujących zestawień:

Koszty SIDIR

| <i>Data postanowienia/zarządzenia</i> | <i>Przyznana kwota</i> |
|---------------------------------------|------------------------|
| 10 maja 2018 | 40.000 zł |
| 31 października 2018 | 95.300 zł |

| | |
|------------------|--------------|
| 22 marca 2019 | 15.081,70 zł |
| 22 marca 2019 | 300 zł |
| 22 marca 2019 | 210 zł |
| 22 marca 2019 | 210 zł |
| 9. kwietnia 2019 | 300 zł |
| | PLN 15.52 |

Koszty świadków

| Świadek | Data postanowienia | Przyznana kwota |
|----------------|---------------------------|------------------------|
| J. F. | 20 sierpnia 2015 r. | 515,45 zł |
| K. P. | 20 sierpień 2015 r. | 280 zł |
| K. P. | 20 sierpnia 2015 r. | 300 zł |
| K. P. | 20 sierpień 2015 r. | 81,26 zł |
| J. K. | 20 sierpnia 2015 r. | 578,37 zł |
| M. B. | 16 grudzień 2015 r. | 85,60 zł |
| M. D. | 16 grudzień 2015 r. | 501,58 zł |
| A. W. | 16 grudzień 2015 r. | 379,40 zł |
| M. C. | 29 grudzień 2015 r. | 498,17 zł |
| D. D. | 8 kwiecień 2016 r. | 48 zł |
| D. D. | 8 kwiecień 2016 r. | 81,26 zł |

| | | |
|-----------|----------------------|-----------|
| S. K. | 8 kwiecień 2016 r. | 48 zł |
| S. K. | 8 kwiecień 2016 r. | 81,06 zł |
| M. E. | 8 kwiecień 2016 r. | 30,50 zł |
| S. L. | 8 kwiecień 2016 r. | 48 zł |
| S. L. | 8 kwiecień 2016 r. | 81,26 zł |
| P. Z. | 8 Kwiecień 2016 r. | 521,24 zł |
| D. W. | 8 kwiecień 2016 r. | 323 zł |
| K. P. (1) | 9 maj 2016 r. | 618,49 zł |
| M. J. | 4 sierpień 2016 r. | 610,13 zł |
| J. S. | 4 sierpień 2016 r. | 575,03 zł |
| M. B. (1) | 4 lipiec 2017 r. | 90 zł |
| Z. W. | 19 lipiec 2017 r. | 360 zł |
| Z. W. | 19 lipiec 2017 r. | 82,31 zł |
| G. Z. | 19 lipiec 2017 r. | 415,20 zł |
| M. B. (2) | 17 listopada 2017 r. | 392,40 zł |
| W. T. | 17 listopada 2017 r. | 630 zł |
| | | PLN82.56 |

Suma kosztów sądowych

| TYTUŁ | KWOTA |
|-------|-------|
|-------|-------|

| | |
|------------|------------|
| Świadkowie | 8255,71 |
| Biegli | 151.401,70 |
| SUMA | 8808 |

Biorąc pod uwagę powyższe dane, koszty wynagrodzenia biegłych oraz koszty stawiennictwa świadków należne Skarbowi Państwa, które nie zostały pokryte przez zaliczki uiszczone przez strony Sąd a quo wyliczył według powyższych zestawień w następujący sposób:

| | |
|--|---------------|
| Koszty sądowe powstałe | 159.657,41 zł |
| Uiszczone zaliczki | -135.500 zł |
| | 1181 zł |
| $24157,41 \times 74\% = 17.877 \text{ zł}$ | |
| $24157,41 \times 26\% = 6.281 \text{ zł}$ | |

W punkcie III sentencji wyroku Sąd Okręgowy kierując się również zasadą stosunkowego rozdziału kosztów nakazał zatem ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa-Sądu Okręgowego w Gdańsku od powoda kwotę 6.281 zł, a od pozwanych kwotę 17.877 zł tytułem zwrotu poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa wydatków na podstawie art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 98 § 1 k.p.c.

Sąd wydał niniejszy wyrok na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 15 zzs² Ustawy z dnia 2 marca 2020r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID- 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, zgodnie z którym, jeżeli w sprawie rozpoznawanej według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone w całości, sąd może zamknąć rozprawę i wydać orzeczenie na posiedzeniu niejawnym po uprzednim odebraniu od stron lub uczestników postępowania stanowisk na piśmie. Jako, że postępowanie dowodowe niezbędne do rozstrzygnięcia, a opisane w powyższych rozważaniach w całości zostało przeprowadzone, Sąd na podstawie art. 15 zzs² powołanej powyżej Ustawy zobowiązał najpierw pełnomocników stron do zajęcia ostatecznych stanowisk, a następnie postanowieniem z dnia 30 stycznia 2021 r. zamknął rozprawę i wydał niniejszy wyrok.

Apelację od wyroku uzupełniającego Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 24 kwietnia 2021 r. do wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2021 r. wywiódł powód, zaskarżając wyrok uzupełniający w części, tj. w zakresie jego pkt. I. co do oddalenia powództwa w zakresie kwoty 5.345.806,03 zł.

Przedmiotowemu wyrokowi skarżący zarzucił:

1. naruszenie przez Sąd I instancji przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

- w szczególności przepisu art. 227 k.p.c., art. 232 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, dokonanej wybiórczo, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego polegającej na zupełnym pominięciu dowodu z dokumentów, tj.

- Sprawozdania z komisyjnego spisu inwentaryzacyjnego robót wykonanych przez (...) wykonanego w dniach 30 stycznia – 04 lutego 2014 roku i załączonych do niego obmiarów geodezyjnych (bez skreśleń i poprawek naniesionych przez nieznaną osobę, - płyta CD),

- a także pisma (...) do (...) z dnia 20 grudnia 2013 roku numer: (...),

jednoznacznie wskazujących na faktyczną (rzeczywistą) ilość wykonanych przez powoda robót ziemnych na odcinku nr: II - (...), a co powinno mieć bezpośrednie przełożenie na ustalenie należnego powodowi wynagrodzenia z tego tytułu, i tym samym na błędnym oddaleniu żądania powoda co do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia w kwocie: 3.308.820,69 zł brutto pozostałego do zapłaty za wykonanie przedmiotowych robót (objętego żądaniem pkt. 1. h pisma powoda z dnia 23 marca 2016 roku stanowiącego rozszerzenie powództwa),

- oraz przepisu art. 286 k.p.c. co miało istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez oddalenie przez Sąd I Instancji powództwa w zakresie dochodzonego przez powoda dodatkowego wynagrodzenia w kwocie: 3.308.820,69 zł brutto za wykonane dodatkowo przez powoda (a niezafakturowane) roboty ziemne na odcinku nr: II - (...) objętego żądaniem powoda wskazanym w pkt. 1. h) pisma powoda z dnia 23 marca 2016 roku stanowiącego rozszerzenia powództwa; poprzestanie przez Sąd I Instancji w zakresie oceny przedmiotowego żądania powoda wyłącznie na pisemnej opinii i wyjaśnieniach zespołu biegłych, a która to opinia i wyjaśnienia są w tym zakresie (w świetle wyżej powołanych dowodów, tj. Sprawozdania z komisyjnego spisu inwentaryzacyjnego robót wykonanych przez (...), wykonanego w dniach 30 stycznia do 4 lutego 2014 roku i załączonych do niego obmiarów geodezyjnych (bez skreśleń i poprawek naniesionych przez nieznaną osobę, - płyta CD) oraz w/w pisma (...) do (...) z dnia 20 grudnia 2013 roku numer: (...), ewidentnie błędne, przyczyniło się bezpośrednio do oddalenia przez Sąd I Instancji żądania powoda w tym zakresie; wskazać należy, iż przy ocenie ilości robót ziemnych faktycznie wykonanych przez powoda na powyższym odcinku nr: II zespół biegłych, a w efekcie Sąd I Instancji nie wziął w ogóle pod uwagę łącznej ilości przedmiotowych robót faktycznie wykonanych przez powoda wskazanej w dokumencie podpisanym przez przedstawicieli stron stanowiącym: Sprawozdanie z komisyjnego spisu inwentaryzacyjnego robót wykonanych przez (...) wykonanego w dniach 30 stycznia - 04 lutego 2014 roku (i załączonych do niego obmiarów geodezyjnych) bez skreśleń i poprawek naniesionych przez nieznaną osobę, - płyta CD (który do dokument jako dowód w sprawie stanowi załącznik nr (...) do pisma powoda z dnia 02 marca 2015 roku – stanowiącego replikę powoda na odpowiedź na pozew), a który to dokument w zakresie ustalenia rzeczywistej ilości robót ziemnych wykonanych przez powoda na powyższym odcinku nr: II powinien mieć podstawowe, a zarazem decydujące znaczenie dla ustalenia należnego powodowi z tego tytułu wynagrodzenia, a tym samym dla oceny zasadności żądania powoda w tym zakresie;

- a także przepisu art. 203¹ k.p.c., przepisu art. 204 k.p.c., a także przepisów prawa materialnego w tym w szczególności przepisu art. 498 k.c. w związku z przepisem art. 499 k.c. przez ich niezastosowanie, czy też przez ich błędną wykładnię co miało istotny wpływ na wynik sprawy, poprzez błędne oddalenie przez Sąd I Instancji powództwa w zakresie kwoty: 2.036.985,34 zł brutto, o którą to kwotę Sąd I Instancji bezpodstawnie obniżył ustalone i zarazem należne powodowi wynagrodzenie w kwocie: 27.668.449,75 zł do kwoty: 25.631.464,41 zł; w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym w świetle prezentowanych przez pozwanych stanowisk zawartych w złożonych pismach procesowych, a co najistotniejsze w świetle ustalonego przez Sąd I Instancji stanu faktycznego sprawy zarówno pozwany: (...) jak i pozwany: (...) nie złożyli zarzutu potrącenia, a który to zarzut dotyczył miałby należnego, czy to pozwanemu: (...), czy to pozwanemu: (...) od powoda odszkodowania z tytułu kosztów usunięcia wad (czy też nieprawidłowości i braków) w robotach wykonanych przez powoda. Żaden z w/w pozwanych nie złożył również powództwa wzajemnego w powyższym zakresie. Skoro zatem żaden z pozwanych nie złożył w toku sprawy skutecznego zarzutu potrącenia dotyczącego odszkodowania należnego od powoda z tytułu kosztów usunięcia wad (czy też nieprawidłowości i braków) w robotach wykonanych przez powoda, a także skoro żaden z pozwanych nie złożył

powództwa wzajemnego w powyższym zakresie, to zdaniem powoda Sąd I Instancji nie miał jakichkolwiek podstaw prawnych do obniżenia ustalonego i zarazem należnego powodowi wynagrodzenia w kwocie: 27.668.449,75 zł do kwoty: 25.631.464,41 zł; Powyższe zdaniem powoda stanowi rażące naruszenie prawa przez Sąd I Instancji i w związku z tym koniecznym jest zmiana wydanego orzeczenia w powyższym zakresie.

Skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku uzupełniającego Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 24 kwietnia 2021 roku (do w/w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2021 roku) w jego zaskarżonym zakresie poprzez uwzględnienie żądania powoda i zasądzenie na rzecz powoda od pozwanych solidarnie dodatkowej kwoty 5.345.806,03 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od dnia 01 kwietnia 2016 roku do dnia zapłaty;

1. zasądzenie na rzecz powoda od pozwanych solidarnie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

ewentualnie skarżący wniósł o:

2. uchylenie zaskarżonego wyroku uzupełniającego z dnia 24 kwietnia 2021 roku (do wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2021 roku) w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi I Instancji, z rozstrzygnięciem także o kosztach procesu łącznie z kosztami postępowania apelacyjnego.

3. Jednocześnie skarżący wniósł o przeprowadzenie rozprawy.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2021 r., sygn. akt IX GC 320/14 złożył pozwany (...)S.A. zaskarżając go w całości, zarzucając:

I. naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni umowy podwykonawczej i wywiedzeniu, że do jej wykonania przez powoda jest konieczna realizacja niezdefiniowanych zakresowo robót dodatkowych i tym samym przyjęcie, że pozwany ad.2) był zobowiązany do zlecenia ich wykonania powodowi, czy też podmiotowi trzeciemu, podczas gdy zapisy Umowy podwykonawczej obligowały powoda do wykonania wszelkich robót koniecznych do osiągnięcia celu w niej opisanego;

1) art. 491 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że powód dopełnił wymogów ustawowego odstąpienia od umowy podwykonawczej tj.:

a) dokonał uprzedniego wezwania pozwanego ad2) z określeniem, mu odpowiedniego terminu na podjęcie przez niego działań w piśmie powoda z 11 grudnia 2013 r.,

b) 7-dniowy termin wskazany w piśmie powoda z 11 grudnia 2013 r. był odpowiednim zważywszy na zakres wezwania powoda dotyczący zlecenia wykonania robót dodatkowych,

c) oświadczenie o odstąpieniu powoda z 23 stycznia 2014 r. zawiera precyzyjną i jednoznaczną przyczynę odstąpienia od Umowy podwykonawczej,

d) pozwany ad2) ponosił odpowiedzialność za okoliczności leżące u podstaw oświadczenia o odstąpieniu powoda z 23 stycznia 2014 r. od Umowy podwykonawczej, w tym był on zobligowany do zlecenia wykonania robót dodatkowych;

2) art. 65 § 1 i § 2 k.c., polegające na dokonaniu błędnej interpretacji Umowy podwykonawczej oraz przyjęciu, że chociaż wykonane przez powoda roboty „dodatkowe” i „uzupełniające” wykraczały poza Program Funkcjonalno-Użytkowy i Rozbicie Ceny Ofertowej Umowy podwykonawczej, w konsekwencji wykraczały poza zakres robót objęty Umową podwykonawczą, to jednak roboty „dodatkowe” i „uzupełniające” mają źródło w Umowie podwykonawczej i

podlegają rozliczeniu na podstawie załączników do Umowy podwykonawczej, w tym Rozbicia Ceny Ofertowej, ponad kwotę wynagrodzenia ryczałtowego określonego w Umowie podwykonawczej;

3) art. 647¹ § 2, § 4 i § 5 k.c. w brzmieniu obowiązującym przed 1 czerwca 2017 r., polegające na przyjęciu, że Zamawiający (pozwany ad.1) ponosi solidarną odpowiedzialność za zapłatę należności dotyczących robót „dodatkowych” i „uzupełniających”;

4) art. 498 § 2 k.c., polegające na nieuwzględnieniu w obliczeniu kwoty podlegającej zasądzeniu na rzecz powoda dokonanego oświadczeniem z 17 lutego 2014 r. potrącenia kwoty 229 633,59 zł, mimo że Sąd Okręgowy uznał potrącenie za udowodnione i skuteczne;

5) art. 481 § 1 k.c. i art. 647¹ § 5 k.c., polegające na zasądzeniu od Zamawiającego (pozwanego ad.1) odsetek za opóźnienie od dnia następnego po terminach płatności wynikających z faktur wystawionych przez powoda na pozwanego ad.2), a w zakresie rozszerzonego powództwa – od dnia następnego od dnia doręczenia pozwanemu ad.1) rozszerzonego powództwa, podczas gdy odsetki mogą być ewentualnie zasądzone najwcześniej od daty wyrokowania albo od daty doręczenia pozwanemu ad.1) opinii Zespołu Biegłych, ponieważ wysokość należności podlegających zasądzeniu została ustalona przez Sąd na podstawie tej opinii, po zebraniu materiału dowodowego, ponadto pozwany ad.1) nie ponosi solidarnej odpowiedzialności za odsetki za opóźnienie należne powodowi od pozwanego ad.2);

I. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy:

1) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie, że pozwany ad.2) ponosi odpowiedzialność za okoliczności leżące u podstaw oświadczenia powoda z dnia 23 stycznia 2014 r. o odstąpieniu od Umowy podwykonawczej i uznanie, że wskazane oświadczenie było skutecznym, w sytuacji, gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy prowadzi do odmiennych wniosków, a to:

a) powód wadliwie wykonywał roboty budowlane, w sposób uniemożliwiający funkcjonowanie danego elementu i powodujący konieczność jego rozbioru i ponownego wykonania na co wskazują zeznania świadka J. S. (protokół z rozprawy z 19 lipca 2016 r., 01:17:01 i 01:25:31), P. K. (1) (protokół z rozprawy z 26 czerwca 2017 r., 02:37:56) i G. Z. (protokół z rozprawy z 26 czerwca 2017 r., 02:49:49);

a) powód nie dochował procedury zgłaszania robót dodatkowych określonych w Umowie podwykonawczej, o czym pozwany ad.2) informował go na bieżąco, zaś przedkładane zgłoszenia rzekomych robót dodatkowych, uzupełniających nie zawierały informacji koniecznych do potwierdzenia ich charakteru oraz przeprowadzenia weryfikacji ich wartości, a powód nie dokonywał uzupełnienia tych zgłoszeń, co wprost wynika z zeznań świadków L. L. (protokół z rozprawy z 18 października 2017 r., 02:11:12 i 02:20:20), K. C. (protokół z rozprawy z 21 marca 2016 r., 00:18:53, 00:20:08), L. B. (protokół z rozprawy 21 marca 2016 r., 02:45:09, 02:46:20 i 02:58:04), K. K. (protokół z rozprawy z 22 marca 2016 r., 00:33:49, 00:36:16, 00:41:16) i P. K. (protokół z rozprawy 22 marca 2016 r., 01:51:10, 01:52:55, 01:55:32);

b) powód wysuwał roszczenia co do rzekomo dodatkowych robót, które były robotami objętymi Umową podwykonawczą, zaś wyłącznie nieznaczna ilość robót określonych przez Powoda jako dodatkowe została za takowe uznane przez Zespół Biegłych co potwierdzają zeznania świadków L. L. (protokół z rozprawy z 18 października 2017 r., 02:11:12 i 02:21:26) oraz opinia Zespołu Biegłych z 30 września 2018 r.;

c) roboty dodatkowe zostały wykonane przez powoda przed złożeniem przez niego oświadczenia o odstąpieniu z 23 stycznia 2014 r., a powód nie wykazał, że pozostały do wykonania dalsze roboty dodatkowe co potwierdza opinia Zespołu Biegłych z 30 września 2018 r.;

d) powód miał dostęp do dokumentacji określającej zakres Umowy podwykonawczej, tj. pozwany ad.2) doręczył mu niezatwierdzoną dokumentację projektową i tym samym powód mógł dokonać prawidłowej wyceny jej przedmiotu

przed zawarciem Umowy podwykonawczej tj. w dniu 13 maja 2014 r. co wynika z zeznań Pani Z. W. (protokół z rozprawy 27 czerwca 2017 r., 00:14:38 i 00:43:04 i 00:44:35);

1) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że 7 - dniowy termin zawarty w piśmie powoda z 11 grudnia 2013 r. jest odpowiednim, tj. wystarczająco długim do zlecenia przez pozwanego ad.2) powodowi lub podmiotowi trzeciemu wykonania robót dodatkowych, w sytuacji, gdy wymaga to podjęcia szeregu czynności, a w szczególności ustalenia zakresu tych robót, wyceny ich oraz skoordynowania ich realizacji z robotami głównymi;

2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie, że 7 - dniowy termin wskazany w piśmie powoda z 11 grudnia 2013 r. jest terminem określonym pozwanemu ad.2) do wykonania zobowiązania zlecenia wykonania robót dodatkowych, tj. do udzielenia zlecenia realizacji takich robót, podczas gdy był to termin do przekazania informacji przez pozwanego ad.2) powodowi, czy zamierza on zlecić ich wykonanie i komu, zatem działanie w tym terminie przez pozwanego ad.2) nie miało skutkować zawarciem umów o wykonanie robót dodatkowych;

3) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak ustalenia jakie roboty dodatkowe miałyby być zlecone powodowi przez pozwanego ad.2), a założenie to legło u podstaw przyjęcia przez Sąd, że powód był uprawnionym do odstąpienia od Umowy podwykonawczej;

4) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak ustalenia właściwego zakresu Umowy podwykonawczej i przyjęcie, że do jej wykonania koniecznym było zrealizowanie robót dodatkowych wykraczających ponad treść obowiązków z niej wynikających w sytuacji, gdy takowych nie stwierdzono;

5) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na dokonaniu błędnego ustalenia, że załącznik nr (...) do Umowy podwykonawczej miał określać jedynie zasady rozliczania robót wykraczających zakresem i rodzajem poza te, ujęte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz że wobec braku porozumienia stron w sprawie takich zasad (nieistnienia załącznika nr (...) w dacie zawarcia Umowy podwykonawczej) należy dokonać rozliczeń na zasadach ogólnie przyjętych, na podstawie Rozbicia Ceny Ofertowej Umowy podwykonawczej;

6) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na błędnym ustaleniu, że po podpisaniu wspólnego oświadczenia stron z 14 czerwca 2013 r. powód doszedł do przekonania o braku przeszkód dla wykonywania robót koniecznych do realizacji prac, wskazanych w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, ponieważ pozwany ad.2) zapłaci za te roboty w ramach rozliczeń zadeklarowanych w ww. oświadczeniu;

7) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na błędnym ustaleniu, że postanowienia Umowy podwykonawczej i wspólne oświadczenie stron z 14 czerwca 2013 r. przemawiają za koncepcją, że roboty wykraczające poza zakres ujęty w Programie Funkcjonalno-Użytkowym a wykonane przez powoda mają swoją podstawę prawną w tej umowie;

8) art. 233 § 1 k.p.c. polegające na nieustaleniu, że w przypadku wystąpienia robót „dodatkowych” lub „uzupełniających”, miała zostać zawarta odrębna umowa pomiędzy powodem i pozwanym ad.2) oraz, że taka umowa nie została zawarta;

9) art. 229 k.p.c., art. 230 k.p.c., art. 231 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c., polegające na dokonaniu błędnego ustalenia dotyczącego akceptacji przez Zamawiającego (Pozwanego ad.1) robót „dodatkowych” i „uzupełniających” wykonanych przez Powoda, uznaniu tej okoliczności za bezsporną;

10) art. 229 k.p.c., art. 230 k.p.c., art. 231 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c., polegające na dokonaniu błędnego ustalenia dotyczącego zaakceptowania powoda przez Zamawiającego (pozwanego ad.1) jako podwykonawcy w zakresie robót „dodatkowych” i „uzupełniających” oraz w zakresie rozszerzenia tych robót na podstawie Rozbicia Ceny Ofertowej Umowy Podwykonawczej, uznaniu tej okoliczności za bezsporną na podstawie faktów ustalonych przez Sąd, dotyczących wiedzy Zamawiającego o treści wspólnego oświadczenia stron z 14 czerwca 2013 r. oraz dokonywania akceptacji i odbioru robót wykonywanych przez Powoda;

11) art. 233 § 1 k.p.c., polegające na nieustaleniu, czy Zamawiającemu (pozwanemu ad.1) została przedłożona umowa zawarta pomiędzy powodem i pozwanym ad.2) obejmująca roboty „dodatkowe”, „uzupełniające”, jeżeli tak – czy, kiedy i w jaki sposób Zamawiający wyraził zgodę na zawarcie takiej umowy, zaakceptował postanowienia takiej umowy dotyczące zakresu robót i wynagrodzenia;

12) art. 233 § 1 k.p.c., polegające na nieustaleniu, że wierzytelność powoda o zapłatę wynagrodzenia, stwierdzona fakturą nr (...) z 31 grudnia 2013 r. uległa umorzeniu co do kwoty 229 633,59 zł w związku ze skutecznym potrąceniem przez pozwanego ad.2) oświadczeniem z 17 lutego 2014 r. swoich należności wobec powoda w łącznej kwocie 229 633,59 zł;

13) art. 233 § 1 k.p.c., polegające na błędnym ustaleniu terminu płatności określonego w fakturze nr (...) z 31 grudnia 2013 r. na dzień 6 marca 2014 r., podczas gdy termin ten przypadał 12 marca 2014 r.;

14) art. 233 § 1 k.p.c., polegające na błędnym ustaleniu terminu płatności określonego w fakturze nr (...) z 31 stycznia 2014 r. na dzień 6 maja 2014 r. oraz na nieustaleniu, że pozwanemu ad.1) nie zostało doręczone wezwanie do zapłaty należności stwierdzonej fakturą z 31 stycznia 2014 r.;

15) art. 233 § 1 k.p.c., polegające na błędnym ustaleniu, że pozwany ad.1) pozostawał w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia w kwocie 23 844 142,06 zł od 6 marca 2014 r., w odniesieniu do kwoty 1 652 257,18 zł – od 6 maja 2014 r. oraz w odniesieniu do kwoty 135 065,17 zł – od 1 kwietnia 2016r.;

16) art. 98 § 1 k.p.c., art. 100 k.p.c. i art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych poprzez niezasadne obciążenie pozwanego ad.1) kosztami procesu, w tym zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu, oraz wydatkami (nieuiszczonymi kosztami sądowymi) w sytuacji, gdy powództwo powinno być oddalone w całości, a zatem istniały podstawy do zasądzenia od powoda na rzecz pozwanego ad.1) kosztów procesu w całości oraz brak było podstaw do obciążenia pozwanego ad.1) nieuiszczonymi kosztami sądowymi.

Skarżący wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości (punkt I, II i III) poprzez:

(i) oddalenie powództwa w całości,

(ii) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad.1) (...)S.A. kosztów postępowania przed Sądem I instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, w wysokości czterokrotności stawki minimalnej;

oraz

(iii) uchylene punktu III Wyroku.

Ponadto skarżący wniósł o:

1) zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego ad. 1) (...)S.A. kosztów postępowania przed Sądem II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, w wysokości dwukrotności stawki minimalnej;

jednocześnie:

2) na podstawie art. 374 k.p.c. skarżący wniósł o wyznaczenie rozprawy celem rozpoznania niniejszej apelacji;

3) na podstawie art. 15zss⁹ ust. 5 ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych skarżący wniósł o zarządzenie odstąpienia w niniejszej sprawie od doręczenia pism sądowych za pośrednictwem portalu informacyjnego.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2021 r. wywiódł również pozwany (...) Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o., zaskarżając go w całości. Pozwany zaskarżył również wyrok uzupełniający Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 24 kwietnia 2021 r. do wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 stycznia 2021 r., zaskarżając go w części, tj. co do punktu II.

Pozwany zarzucił Sądowi I instancji naruszenie następujących przepisów prawa materialnego:

1. art. 65 § 1 k.c. poprzez błędne przyjęcie, że (...) przed złożeniem Oświadczenia o Odstąpieniu z dnia 23.01.2014 w swoim piśmie z dnia 11.12.2013 r. wyznaczyło (...) odpowiedni dodatkowy termin do wykonania zobowiązania pod rygorem odstąpienia od umowy, podczas, gdy w piśmie tym (...) w ogóle nie wezwało (...) do wykonania zobowiązania, a jedynie zadało następujące dwa pytania:

- „Czy (...) ma wykonać roboty wchodzące poza zakres Umowy, tzn. objęte roszczeniami (...), w tym roboty na odcinku VIII i (...)?

-Czy (...) uzyska zgodę od Zamawiającego na podwykonawstwo (...) w zakresie robót uzupełniających i dodatkowych?”;

a tym samym Sąd Okręgowy błędnie uznał (str. 91 uzasadnienia wyroku), że pismo (...) z dnia 11.12.2013 r. spełniało wymogi określone w art. 491 k.c. i umożliwiło skuteczne odstąpienie od umowy, podczas, gdy art. 491 k.c. bezwzględnie wymaga, aby przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy druga strona została wezwana do wykonania zobowiązania - za wezwanie do wykonania zobowiązania nie może być uznane pismo, w którym zadane są pytania o to, czy (...) ma wykonać roboty na odcinku VIII oraz IX kontraktu oraz czy (...) uzyska zgodę Zamawiającego w zakresie robót uzupełniających i dodatkowych;

1. art. 491 § 1 k.c. oraz art. 491¹ §2 k.c. poprzez ich:

a) błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że podstawą odstąpienia od umowy może być brak współdziałania wierzyciela;

a) niewłaściwe zastosowanie przejawiające się w nieuzasadnionym uznaniu skuteczności złożonego przez (...) Oświadczenia o Odstąpieniu w sytuacji, gdy (...) nie pozostawało w zwłoce co do realizacji jakichkolwiek zobowiązań, których niewykonanie w określonym przez wierzyciela terminie mogłoby stanowić podstawę do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy na podstawie ww. przepisu;

b) niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że (...) dopuściło się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z Umowy Podwykonawczej;

c) niezastosowania i w konsekwencji błędne uznanie, że (...) nie odstąpiło skutecznie od Umowy Podwykonawczej zawartej z (...), podczas, gdy wobec nieskutecznego odstąpienia od Umowy Podwykonawczej przez (...) odstąpienie złożone przez (...) było skuteczne;

2. art. 498 § 1 k.c. oraz art. 498 § 2 k.c. poprzez ich:

a) niezastosowanie i nieuwzględnienie dokonanego przez (...) skutecznego potrącenia wierzytelności (pismo (...) z dnia 10.03.2014) z naliczonych kar umownych (26.481.512,42 PLN) z wierzytelnością (...) z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane (23.844.142,06 PLN), które zostało doręczone do (...) w dniu 11.03.2014 (dowód [25] załączony do odpowiedzi (...) na pozew);

a) niezastosowanie i nieuwzględnienie dokonanego przez (...) skutecznego potrącenia wierzytelności w wysokości 229.633,59 PLN (pismo z dnia 17.02.2014) z wierzytelnością (...) z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane (23.844.142,06 PLN), (dowód [48] załączony do odpowiedzi (...) na pozew).

W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy wprost przyznał (str. 100 uzasadnienia wyroku), że omyłkowo w kwotach podanych w sentencji wyroku nie uwzględnił powyższego skutecznego potrącenia (...) dotyczącego wierzytelności w kwocie 229.633,59 PLN.

„Odnosnie pozostałych (poza karami umownymi) należności przedstawionych przez pozwanego oświadczeniem z dnia 17 lutego 2014 r. do potrącenia z należnością powoda wynikającą z faktury nr (...)z dnia 31 grudnia 2013 r. tj. należności w łącznej wysokości 229.633,59 zł, wynikających z faktur VAT: nr (...)z dnia 10 lutego 2014 na kwotę 91.697,39 zł, nr (...)z dnia 22 stycznia 2014 r. na kwotę 34.760,29 zł oraz nr (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. na kwotę 103.175,91 zł, wobec treści umowy łączącej powoda z pozwanym ad.2 oraz udokumentowania ich powołanymi fakturami i mając na uwadze okoliczność, iż powód w żaden sposób nie wypowiedział się co do ich zasadności, Sąd uznał je za udowodnione. Tym samym za skuteczne Sąd uznał potrącenie tych wierzytelności w łącznej wysokości 229.633,59 zł dokonane oświadczeniem z dnia 17 lutego 2014r., przy czym na skutek omyłki Sąd nie uwzględnił tego w ostatecznym rozliczeniu zawartym w niniejszym wyroku.”(str. 100 uzasadnienia wyroku);

3. art. 65 § 1 k.c., i art. 65 § 2 k.c., poprzez naruszenie zasad wykładni oświadczeń woli poprzez nieprawidłową wykładnię Oświadczenia o Odstąpieniu, Umowy Podwykonawczej, RCO, PFU, zapytania ofertowego skierowanego do (...), oferty złożonej przez (...) do (...) i w konsekwencji błędne uznanie przez Sąd Okręgowy, jaki był zakres robót zleconych i objętych wynagrodzeniem ryczałtowym wskazanym w Umowie Podwykonawczej oraz błędne uznanie, że (...) skutecznie odstąpiło od Umowy Podwykonawczej;

4. art. 65 § 1 k.c. i art. 65 § 2 k.c. poprzez nieprawidłową wykładnię Wspólnego Oświadczenia i przyjęcie, że nakładało ono obowiązek (...) do zlecenia na rzecz (...) robót wykraczających poza zakres Umowy Podwykonawczej, podczas gdy Wspólne Oświadczenie takiego obowiązku na (...) nie nakładało i nie wskazywało żadnego terminu na zlecenie przez (...) takich robót na rzecz (...) lub innego podmiotu;

5. art. 353¹ k.c. w związku z art. 647 k.c. poprzez nieuwzględnienie tych przepisów w ramach dokonanej przez Sąd Okręgowy analizy stosunku zobowiązaniowego powstałego na skutek zawarcia Umowy Podwykonawczej, podczas gdy zastosowanie tych przepisów powinno doprowadzić do konkluzji, że w pełni dopuszczalne jest zawarcie umowy o roboty budowlane przewidującej wynagrodzenie ryczałtowe, w sytuacji, gdy dokładne zakresy i ilości robót mają wynikać z dostarczonej po zawarciu umowy dokumentacji projektowej, o czym strona zobowiązana do wykonania robót wiedziała w chwili zawierania umowy;

6. art. 6 k.c. w związku z art. 491 § 1 k.c. i art. 491 tj. 2 k.c. poprzez niezastosowanie tych przepisów, w sytuacji, gdy (...) nie udowodniło istotnego w niniejszej sprawie faktu, tj. ile w skali całej Umowy Podwykonawczej robót stanowiły roboty dodatkowe w chwili składania przez (...) Oświadczenia o Odstąpieniu, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego przyjęcia przez Sąd I instancji, że (...) skutecznie odstąpiło od Umowy Podwykonawczej na podstawie art. 491 k.c.;

a dodatkowo z ostrożności:

7. art. 5 k.c. poprzez niezastosowanie tego przepisu i nieuznanie, mając na uwadze całokształt okoliczności niniejszej sprawy, że złożenie Oświadczenia o Odstąpieniu przez (...) stanowiło nadużycie prawa i wobec tego nie powinno korzystać z ochrony.

Skarżący zarzucił również naruszenia następujących przepisów postępowania, co mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy:

8. art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów przejawiające się w: (i) braku dokonania wszechstronnej analizy zgromadzonego materiału dowodowego, (ii) wyciągnięciu z zebranego materiału dowodowego wniosków z niego niewynikających oraz wniosków sprzecznych z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz (iii) braku wyciągnięcia z zebranego materiału dowodowego wniosków, które z niego wynikają w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego oraz (iv) wadliwej ocenie dowodów skutkującej dokonaniem ustaleń sprzecznych z treścią

zebranego w sprawie materiału dowodowego i jednocześnie w ramach tego zarzutu, na podstawie art. 368 § 1¹ k.p.c.. wskazuje:

fakty ustalone przez Sąd Okręgowy niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy:

a) zakres robót zleconych (...) do wykonania w Umowie Podwykonawczej, tj. zakres robót objętych wynagrodzeniem ryczałtowym z tej umowy (co dodatkowo stanowiło naruszenie art. 278 § 1 k.p.c.); Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia i wnioski z Opinii Biegłych ale mimo to pominął istotne jej fragmenty, z których wynika (wbrew temu jak przyjął Sąd Okręgowy w wyroku), że zakresem Umowy Podwykonawczej objęte były roboty wskazane w Umowie Podwykonawczej, co do których konieczna do wykonania ilość była większa niż ilość określona w PFU;

a) „roboty dodatkowe”, stanowiące podstawę złożenia Oświadczenia o Odstąpieniu, obejmowały nie tylko nowe, niewskazane w Umowie Podwykonawczej roboty ale również zwiększone ilości robót, które były już wskazane w RCO oraz w PFU; Sąd Okręgowy pominął dowód z zeznań świadka J. K. (były prezes zarządu (...)) dotyczący rozumienia przez (...) terminu „roboty dodatkowe” oraz dotyczący oceny (...) odnośnie wartości robót dodatkowych przed złożeniem przez (...) Oświadczenia o Odstąpieniu i w konsekwencji Sąd błędnie uznał, że (...) miało podstawy do odstąpienia od umowy w oparciu o art. 491 k.c.;

b) w sprawie wystąpiła konieczność wykonania przez (...) robót dodatkowych - bez analizy ile takich robót—faktycznie było i bez wskazania wartości takich robót dodatkowych koniecznych do wykonania (co dodatkowo stanowiło naruszenie art. 278 § 1 k.p.c.); Sąd Okręgowy pominął wynikający z Opinii Biegłych fakt, że wartość robót dodatkowych, których wystąpienie stanowiło podstawę odstąpienia od Umowy Podwykonawczej przez (...), była marginalna w skali całego kontraktu (mniej niż 1% wartości robót objętych Umową Podwykonawczą), co nie uzasadnia odstąpienia od umowy na podstawie art. 491 k.c.;

c) (...) nie współdziałało z (...) przy realizacji Umowy Podwykonawczej; Sąd Okręgowy pominął dowody, z których wynika, że (...) współpracowało z (...) przy wykonywaniu Umowy Podwykonawczej poprzez prowadzenie negocjacji dotyczących roszczeń (...) oraz prowadzenie konsultacji dotyczących roszczeń zgłaszanych przez (...) do (...).

istotne dla rozstrzygnięcia fakty nieustalone przez Sąd Okręgowy:

d) Sąd Okręgowy nie ustalił ile robót dodatkowych w ramach Umowy Podwykonawczej pozostało do zrealizowania przez (...) według stanu na dzień 23.01.2014 (data złożenia Oświadczenia o Odstąpieniu) i w konsekwencji Sąd Okręgowy nie był w stanie precyzyjnie ocenić, czy brak zlecenia robót dodatkowych przez (...) na rzecz (...) lub innego podmiotu stanowił istotne naruszenie zobowiązania umownego i czy mógł być podstawą do odstąpienia przez (...) od umowy w oparciu o art. 491 k.c. (co dodatkowo stanowiło naruszenie art. 278 § 1 k.p.c. gdyż Sąd Okręgowy, powinien fakt ten ustalić w oparciu o opinię biegłego sądowego w związku z art. 491 k.c., gdyż ciężar udowodnienia tego faktu spoczywał na (...));

9. art. 229 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie przejawiające się w pominięciu okoliczności, że (...) w replice na odpowiedź na pozew (...) przyznało, że Umowa Podwykonawcza nie przewiduje obowiązku (...) do zlecenia (...) robót dodatkowych (str. 56 pisma (...) z dnia 2.03.2015 r., w aktach sprawy) oraz pominięciu okoliczności, że (...) w tym samym piśmie procesowym przyznało, że Wspólne Oświadczenie z 14.06.2013 r. nie zmieniało postanowień Umowy Podwykonawczej (str. 57 pisma (...) z dnia 2.03.2015 r., w aktach sprawy);

10. art. 325 k.p.c. oraz art. 316 § 1 k.p.c. poprzez błędne nieuwzględnienie w sentencji zaskarżonego wyroku z dnia 30.01.2021 r. kwoty wynikającej ze skutecznego potrącenia wierzytelności w wysokości 229.633,59 PLN (pismo (...) z dnia 17.02.2014) z wierzytelnością (...) z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane (23.844.142,06 PLN), które zostało doręczone do (...) w dniu 20.02.2014 r. (dowód [48] załączony do Odpowiedzi (...) na pozew), co powinno skutkować obniżeniem zasądzonej kwoty o 229.633,59 PLN, którą to okoliczność Sąd Okręgowy wprost przyznał na str. 100 uzasadnienia wyroku.

Skarżący wniósł o:

1. uwzględnienie apelacji w całości i zmianę zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30.01.2021 r. uzupełnionego wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 24.04.2021 r. w zaskarżonej części, poprzez oddalenie powództwa (...) w całości oraz zasądzenie całości kosztów postępowania w I instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego od Syndyka masy upadłości (...)S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w P. na rzecz (...);
2. zasądzenie od Syndyka masy upadłości (...)S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w P. na rzecz (...) zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych w maksymalnej przewidzianej prawem wysokości z uwagi na znaczny nakład pracy pełnomocników, wysoką wartość przedmiotu niniejszej sporu, istotne przyczynienie się pełnomocników do wyjaśnienia sprawy oraz wysoki stopień jej skomplikowania;
3. na podstawie art. 374 k.p.c. skarżący wniósł o przeprowadzenie rozprawy w niniejszej sprawie przez Sąd Apelacyjny w Gdańsku.

Powód w odpowiedzi na apelację pozwanych domagał się jej oddalenia oraz zasądzenia kosztów postępowania. Również pozwani w odpowiedzi na apelację powoda domagali się jej oddalenia oraz zasądzenia kosztów postępowania.

Postanowieniem z dnia 3 stycznia 2022r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku odrzucił apelację powoda.

Zażalenie na to postanowienie złożył powód, domagając się zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania zażaleniowego.

Postanowieniem z dnia 28 lutego 2022r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku na mocy art. 395 § 2 k.p.c. w zw. z art. 394² § 2 k.p.c. uchylił zaskarżone postanowienie z dnia 3 stycznia 2022r., pozostawiając rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zażaleniowego w orzeczeniu kończącym postępowanie.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje:

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzuty apelacji obu stron skutkowały częściową zmianą zaskarżonego wyroku.

Przystępując do ich oceny na wstępie wskazać należy, że apelacje pozwanych kwestionowały rozstrzygnięcie Sądu I instancji w szerszym zakresie niż apelacja powoda, bowiem zmierzały do zakwestionowania zasadności żądania zapłaty w całości. Z tych też względów w pierwszej kolejności należało rozważyć zasadność zarzutów apelacji pozwanych. Ponadto obie apelacje pozwanych w zasadniczej części zawierały tożsame zarzuty, stąd też Sąd Apelacyjny dokonał łącznej ich analizy. Zważyć ponadto należy, że wprawdzie pozwany (...)Przedsiębiorstwo (...) w swojej apelacji wskazał, że skarży nią również punkt drugi wyroku uzupełniającego z dnia 24 kwietnia 2021r., w którym Sąd Okręgowy oddalił w pozostałym zakresie wnioski pozwanych o uzupełnienie wyroku z dnia 30 stycznia 2021r. niemniej jednak wszystkie zarzuty apelacji dotyczą jedynie rozstrzygnięć tego Sądu co do meritum przedmiotowej sprawy. Z tych też względów Sąd Apelacyjny rozpoznał w całości merytorycznie apelację tego pozwanego.

Trzeba również zaznaczyć, że w apelacjach pozwanych sformułowano de facto wykluczające się zarzuty. Skarżący kwestionowali bowiem zarówno dokonane przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne jak również zarzucali naruszenie norm prawa materialnego. Natomiast skuteczne zgłoszenie zarzutu odwołującego się do naruszenia prawa materialnego jest możliwe wtedy, gdy stan faktyczny, do którego powinny być zastosowane określone normy prawa materialnego, został ustalony prawidłowo i nie budzi zastrzeżeń (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1997 r., II KKN 60/97, OSNC 1997, Nr 9, poz. 128 oraz z dnia 13 czerwca 2012 r., II UK 319/11, niepubl.). Zarzut naruszenia prawa materialnego winien być bowiem odnoszony do określonego stanu faktycznego - który skarżący akceptuje - a do którego to stanu faktycznego wadliwie zastosowano prawo materialne. W konsekwencji w pierwszej kolejności należało ocenić zarzuty odnoszące się do naruszenia norm prawa procesowego, które wpływały na prawidłowość rekonstrukcji istotnych elementów stanu faktycznego sprawy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty obu apelacji pozwanych dotyczące naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie były skuteczne. Przede wszystkim zaznaczyć należy, że jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych, to przeprowadzona przez Sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. To, że określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego, nie oznacza naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można było wywieść wnioski inne niż przyjęte przez sąd, nie dochodzi do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej, niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (tak SN w orz. z 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98, LexPolonica nr 1934200, niepubl., por. również orz. SN: z 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, LexPolonica nr 345713 (OSNC 2000, nr 10, poz. 189, oraz z 5 sierpnia 1999 r., II UKN 76/99, LexPolonica nr 346462, OSNAPiUS 2000, nr 19, poz. 732).

W rozpatrywanej sprawie Sąd I instancji dokonał wręcz drobiazgowej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Ocena ta jest kompleksowa, logiczna i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego. Należy przy tym wskazać, że skarżący nie wyjaśnili, jakim regułą logicznego wnioskowania Sąd a quo uchybił oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i wyprowadzając z niego określone wnioski. Trzeba ponadto podkreślić, że w apelacji (...) błędnie zakwestionowano dokonaną wykładnię umowy podwykonawczej i oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013r. w ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., gdy w istocie zarzut ten dotyczy naruszenia prawa materialnego tj. art. 65 k.c. Podobne uwagi odnieść należy do zarzutu naruszenia art. 233 § k.p.c., który polegać miał na uznaniu, że wyznaczony przez powoda w piśmie z dnia 11 grudnia 2013r. 7 -dniowy termin, był odpowiednim do wykonania lub zlecenia robót dodatkowych, podczas, gdy zarzut ten dotyczy naruszenia art. 640 k.c. Błędnie także skarżący w ramach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. kwestionował przyjęty przez Sąd I instancji termin wymagalności roszczeń objętych fakturami z dnia 31 grudnia 2013r. i 31 stycznia 2014r. Nie jest również wynikiem naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. przyjęcie przez Sąd I instancji solidarnej odpowiedzialności obu pozwanych pomimo, że z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że powód wadliwie wykonał roboty budowlane, że nie dochował procedury zgłaszania robót dodatkowych, że wysuwał roszczenia co do rzekomo dodatkowych robót, że nie wykazał przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy, iż pozostały do wykonania dalsze roboty dodatkowe, a ponadto powód miał dostęp do dokumentacji określającej zakres umowy. Wszystkie te zarzuty pozostają w sferze prawidłowej subsumpcji rekonstruowanych okoliczności faktycznych pod określoną normę prawa materialnego. Przy czym do tych zarzutów Sąd Apelacyjny odniesie się w dalszej części uzasadnienia, oceniając zarzuty naruszenia prawa materialnego. Wskazać jednakże w tym miejscu należy, że wady wykonanych przez powoda robót należało ocenić w płaszczyźnie wysokości należnego powodowi wynagrodzenia, natomiast fakt, że pewien zakres robót został wykonany wadliwie, nie stanowił wystarczającej podstawy do eliminacji solidarnej odpowiedzialności obu pozwanych.

Wbrew zarzutom apelacji pozwanych Sąd I instancji, uznając opinię Zespołu Biegłych za podstawę poczynionych ustaleń faktycznych, nie dopuścił się naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Należy podkreślić, iż opinia biegłego podlega, jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., lecz co odróżnia ją pod tym względem, to szczególne dla tego dowodu kryteria oceny, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r., V CKN 1354/00).

W ocenie Sądu Apelacyjnego opinie biegłych sporządzone w przedmiotowej sprawie charakteryzowały się kategorię wniosków, uzasadnieniem dającym podstawę do przeprowadzenia przez Sąd analizy wniosków

z punktu wwidzenia zasad logicznego rozumowania, były rzeczowe, kompletne i spójne. Wszystkie opinie wyczerpujący i logiczny sposób odnosiły się do tez dowodowych oraz zarzutów obu stron do opinii zasadniczej. Z opinii tych wynika, że pomimo, iż biegli musieli się zmierzyć z niezwykle obszernym materiałem dowodowym, to analiza tego materiału była kompleksowa a wręcz drobiazgową. Żadna z apelacji pozwanych nie zawiera zarzutów, które mogłyby podważać przyjęte przez biegłych wnioski.

Pozwani w obu apelacjach zarzucali, że przy rekonstrukcji istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności faktycznych zabrakło ustalenia jakiego rodzaju roboty dodatkowe i o jakiej wartości pozostały do wykonania, których brak zlecenia powodowi uzasadniał odstąpienie przez niego od umowy podwykonawczej. Niewątpliwie tego rodzaju ustalenia nie zostały przez Sąd I instancji poczynione, niemniej jednak nie można pominąć faktu, że pozwani na te okoliczności w ogóle się nie powoływali w składanych w toku postępowania pismach procesowych, jedynie w mowie końcowej przed zamknięciem rozprawy pełnomocnik (...) tę okoliczność zasygnalizowało. Podkreślić należy, że obie strony uczestniczyły przy formułowaniu tezy dowodowej dla biegłych, przy czym pozwani nie domagali się, aby opinia obejmowała również te kwestie. Trzeba przy tym zaznaczyć, że biegli w tabeli nr (...) dla odcinka II, w tabeli nr (...) dla odcinka IV, w tabeli nr (...) dla odcinka V, w tabeli nr (...) dla odcinka VII oraz w tabeli nr (...) dla odcinka VIII i IX dokonali zestawienia różnic pomiędzy robotami wskazanymi w programie funkcjonalno- użytkowym (PFU) i wynikającymi z rozbięcia ceny ofertowej (RCO) a robotami wynikającymi z projektów wykonawczych (vide str. 75-143). Tabele te obrazują nie tylko zmiany ilościowe robót wynikające z projektów wykonawczych względem tych, które były przewidziane w PFU, ale również wyszczególnione zostały w nich te roboty, które w ogóle nie były przewidziane w PFU a zostały uwzględnione w projektach wykonawczych.

Sąd Apelacyjny jako instancja merytoryczna poczynił w tym zakresie dodatkowe następujące ustalenia faktyczne:

Zwiększenia ilości poszczególnych robót w stosunku do ilości wynikających z RCO Umowy Podwykonawczej i PFU dotyczyły następujących pozycji RCO Umowy Podwykonawczej:

- Odcinek II – p. odg. (...) + p. odg. (...) – p. odg. (...) + p. odg. (...) + p. odg. (...):

II.6 (zwiększenie o 167%), II.7(zwiększenie o 167%), II.8 (zwiększenie o 472% w zakresie ułożenia geowłókniny, 1408 w zakresie ułożenia geosiatki), II.9 (zwiększenie o 6875% w zakresie wykonania drenażu), II.13(zwiększenie o 167%), II.14(zwiększenie o 167%), II.15 (zwiększenie o 472% w zakresie ułożenia geowłókniny, 1408 w zakresie ułożenia geosiatki), II.16 (zwiększenie o 6875% w zakresie wykonania drenażu), II.17 (zwiększenie o 7% w zakresie rozbiórki nawierzchni torów głównych), II.18 (zwiększenie o 7%), II.19 (zwiększenie o 167%), II.20(zwiększenie o 167%), II.21 (zwiększenie o 472% w zakresie ułożenia geowłókniny, 1408 w zakresie ułożenia geosiatki), II.22 (zwiększenie o 6875% w zakresie wykonania drenażu), II.23 (zwiększenie o 7% w zakresie rozbiórki nawierzchni torów głównych), II.24 (zwiększenie o 7%), II.25 (zwiększenie o 167%), II.26(zwiększenie o 167%), II.27(zwiększenie o 472% w zakresie ułożenia geowłókniny, 1408 w zakresie ułożenia geosiatki), II.28 (zwiększenie o 6875% w zakresie wykonania drenażu), II.29 (zwiększenie o 7% w zakresie rozbiórki nawierzchni torów głównych), II.30 (zwiększenie o 7%), X.1 (zwiększenie o 99% w zakresie wykonania nawierzchni na dojazd do wysokości rogatek + zabudowa międzytorza),

- Odcinek IV – (...):

II.35 (zwiększenie o 669%), II.36 (zwiększenie o 151%), II.37 (zwiększenie o 686% w zakresie ułożenia geowłókniny oraz o 389% w zakresie ułożenia geosiatki), II.38 (zwiększenie o 23% w zakresie wykonania rowów odwadniających oraz o 6017% w zakresie wykonania drenażu), XI.5 (zwiększenie o 66% w zakresie wykonania nawierzchni na dojazd w pasie kolejowym + zabudowy międzytorza), XIII.18 (zwiększenie o 300%),

- Odcinek V - st. (...):

II.42 (zwiększenie o 56%), II.44 (zwiększenie o 19%), XIII.24 (zwiększenie o 15%),

- Odcinek VII – st.(...):

II.51 (zwiększenie o 52% w zakresie zestawienia podstawowych robót torowych oraz o 70% w zakresie rozbiórki nawierzchni torów głównych zasadniczych, głównych dodatkowych i bocznych oraz wstawki), II.52 (zwiększenie o 38%), II.53 (zwiększenie o 41%), II.54 (zwiększenie o 305%),

- Odcinek VIII i IX – Odcinek (...):

II.55 (zwiększenie o 174%), II.56 (zwiększenie o 1%), II.57 (zwiększenie o 1% w zakresie ułożenia geowłókniny o 518% w zakresie ułożenia geosiatki), II.58 (zwiększenie o 942% w zakresie wykonania rowów odwadniających), II.59 (zwiększenie o 1%), II.60 (zwiększenie o 1%), XI.24 (zwiększenie o 73% w zakresie rozbiórki nawierzchni z płyt wielkogabarytowych (...), o 168% w zakresie rozbiórki nawierzchni asfaltowej + nawierzchni chodnika z płyt betonowych + nawierzchni chodnika z kostki brukowej, o 13% w zakresie nawierzchni z płyt małogabarytowych typu (...), o 250% w zakresie budowy zjazdów i dojazdu do kontenerów w kostki bet.gr.8 cm, o 164% w zakresie nawierzchni chodnikowej), XI.25 (zwiększenie o 12% w zakresie nawierzchni na przejeździe z małogabarytowych płyt typu (...) opartych na stropach z szyn przez amortyzatory gumowe), XI.26 (zwiększenie o 240% w zakresie nawierzchni chodnikowej), XI.27 (zwiększenie o 115% w zakresie nawierzchni na przejeździe z małogabarytowych płyt typu (...) opartych na stropach z szyn przez amortyzatory gumowe, o 1139% w zakresie nawierzchni jezdni z betonu asfaltowego + nawierzchni z kostki betonowej dojścia do kontenera + pobocza umocnione 10 cm warstwą żwiru).

Zwiększenia ilości poszczególnych robót w stosunku do ilości wynikających z RCO Umowy Podwykonawczej i PFU występowały również w przypadku następujących pozycji, które zostały uwzględnione w analizie zestawienia danych dla odcinków V i VII (pkt. II UKŁADY TOROWE) w celu ujęcia wszystkich robót wynikających z PFU poprzez analogię do pozycji zawartych w RCO Umowy Podwykonawczej dla odcinka II:

- Odcinek V - st. (...):

- wykonanie robót ziemnych,
- roboty podtorzowe - wbudowanie warstwy ochronnej,
- roboty podtorzowe - ułożenie geosiatki,
- wykonanie odwodnienia linii - wykonanie rowów odwadniających,
- wykonanie odwodnienia linii - wykonanie drenażu.

- Odcinek VII – st. (...):

- wykonanie robót ziemnych,
- roboty podtorzowe - wbudowanie warstwy ochronnej,
- roboty podtorzowe - ułożenie geosiatki,
- roboty podtorzowe - ułożenie geowłókniny,
- wykonanie odwodnienia linii - wykonanie rowów odwadniających,
- wykonanie odwodnienia linii - wykonanie drenażu,
- rozbiórka rozjazdów,
- ułożenie rozjazdów wraz z robotami towarzyszącymi.

Zmniejszenia ilości poszczególnych robót w stosunku do ilości wynikających z RCO Umowy Podwykonawczej i PFU dotyczyły następujących pozycji RCO Umowy Podwykonawczej:

- Odcinek II – p. odg. (...) + p. odg. (...) – p. odg. (...) + p. odg. (...) + p. odg. (...):

II.9, II.10, II.16, II.22, II.28, X.1, XI.1

- Odcinek IV – (...):

II.39, II.40, XI.5

- Odcinek V - st. (...):

II.41, II.43

- Odcinek VII – st. (...):

brak zmniejszeń ilości robót

- Odcinek VIII i IX – (...):

II.58, XI.25, XI.26, XIII.34, XIII.36

Zmniejszenia ilości poszczególnych robót w stosunku do ilości wynikających z PFU występowały również w przypadku następujących pozycji, które zostały uwzględnione przez Zespół Biegłych w analizie zestawienia danych dla odcinków V i VII (pkt. II UKŁADY TOROWE) w celu ujęcia wszystkich robót wynikających z PFU poprzez analogię do pozycji zawartych w RCO Umowy Podwykonawczej dla odcinka II:

- Odcinek V - st. (...):
- rozbiórka rozjazdów,
- ułożenie rozjazdów wraz z robotami towarzyszącymi.

Zmiana zakresu robót rozumiana jako konieczność wykonania przez Podwykonawcę dodatkowych asortymentów robót wykraczających poza pierwotny zakres przedmiotu Umowy Podwykonawczej opisany za pomocą RCO Umowy Podwykonawczej i PFU dotyczyła w szczególności następujących robót:

- Odcinek II – p. odg. (...) + p. odg. (...) – p. odg. (...) + p. odg. (...) + p. odg. (...):
- darniowanie skarp,
- obsianie skarp,
- wykonanie odwodnienia linii - montaż zbieraczy,
- wykonanie odwodnienia linii - montaż studni,
- wykonanie odwodnienia linii - montaż skrzynek rozsączających,
- regulacja istniejącej nawierzchni torowej (tory i rozjazdy),
- zasypanie międzytorzy i poboczy klinem.
- Odcinek IV – (...):

- humusowanie skarp,
- wzmocnienie nasypów przyporami z gruntu,
- pale żwirowo-cementowe \varnothing 600,
- iniekcja roztworem cementowym,
- kotwienie podstawy przypory grodzicami PCV,
- wykonanie odwodnienia linii - montaż studni,
- wykonanie odwodnienia linii - montaż zbieraczy,
- wykonanie odwodnienia linii - zbiornik chłonny.
- Odcinek V - st. (...):
- plantowanie terenu,
- humusowanie skarp,
- darniowanie skarp,
- wypełnienie międzytorzy kłincem,
- iniekcja roztworem cementowym,
- wykonanie odwodnienia linii – zbieracze i kolektory,
- wykonanie odwodnienia linii - montaż studzienek,
- wykonanie odwodnienia linii - montaż korytka odwodnienia liniowego,
- wykonanie odwodnienia linii – separatory i piaskowniki,
- wykonanie odwodnienia linii - obudowa wylotów kanału do rowu i cieków wodnych,
- regulacja torów w planie i profilu.
- Odcinek VII – st. (...):
- wykonanie schodkowania skarp,
- pale żwirowo-cementowe \varnothing 600,
- iniekcja roztworem cementowym,
- roboty podtorzowe - wzmocnienie podtorza poprzez stabilizację cementem,
- roboty podtorzowe - wzmocnienie podtorza poprzez wymianę gruntu,
- wypełnienie międzytorzy kłincem,
- kosze gabionowe,
- wzmocnienie nasypów przyporami z gruntu,

- wykonanie odwodnienia linii - montaż zbieraczy,
- wykonanie odwodnienia linii - montaż studni i studzienek,
- wykonanie odwodnienia linii - osadniki pionowe i separatory,
- wykonanie odwodnienia linii – pompownia.
- Odcinek VIII i IX – Odcinek(...):
- plantowanie terenu,
- karczowanie,
- obsianie skarp z humusowaniem,
- darniowanie skarp,
- umocnienie skarp biowłókniną,
- zmiana sposobu odwodnienia linii.

Wprowadzone zmiany skutkowały zmianą Przedmiotu Umowy Podwykonawczej.

(dowód : opinia Zespołu Biegłych k 22.742-22.814)

Sąd Apelacyjny uznał opinię Zespołu Biegłych za wiarygodne źródło do dokonania dodatkowych ustaleń faktycznych. Opinia biegłych w tym zakresie opierała się bowiem na dokumentacji przedłożonej przez strony do akt sprawy, której prawdziwości żadna ze stron nie kwestionowała. Wnioski biegłych w tym przedmiocie zostały poprzedzone szczegółową analizą, w formie sporządzonych tabel od (...) do (...), dokumentów w postaci PFU, RCO i dokumentacji wykonawczej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego kwestionowane w apelacjach pozwanych ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy są prawidłowe, w związku z czym Sąd Apelacyjny czyni je podstawą również swojego rozstrzygnięcia uznając za zbędne ponowne ich powtarzanie.

Zgodzić należy się z Sądem Okręgowym, że dla rozstrzygnięcia sprawy kluczowe znaczenie miało ustalenie rzeczywistego zakresu umowy podwykonawczej, ale również charakteru i znaczenia dla tej umowy oświadczenia stron umowy podwykonawczej z dnia 14 czerwca 2013r. Trafnie Sąd Okręgowy uznał, że kwestia właściwego ustalenia zakresu umowy pozwalała w dalszej kolejności na ustalenie, czy zlecenie przez pozwanego ad. 2 prac, co do których powód twierdził, że miały charakter dodatkowy względem tych, ujętych w umowie i których wykonanie było niezbędne dla umożliwienia powodowi realizacji przez niego robót, do jakich wykonania obligowała go zawarta z pozwanym ad.2 umowa, rzeczywiście mogło mieć – zgodnie z twierdzeniami powoda – charakter obowiązkowego współdziałania pozwanego ad. 2, jako wierzyciela, z powodem, który to brak współdziałania uzasadniać by mógł odstąpienie przez powoda od umowy zawartej z pozwanym ad. 2. To zaś, czy odstąpienie dokonane przez powoda było skuteczne w powyższym kontekście, umożliwiało przesądzenie o braku skuteczności późniejszego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, złożonego powodowi przez pozwanego ad. 2, a tym samym o nieskutecznym naliczeniu powodowi przez pozwanego ad. 2 z tytułu tegoż odstąpienia kar umownych, które to pozwany ad. 2 przedstawił do potrącenia z wynagrodzeniem powoda dochodzonym w niniejszym postępowaniu.

Z preambuły umowy podwykonawczej wynika, że umowa ta została zawarta w związku z modernizacją linii kolejowej (...), etap II, Lot (...) odcinek (...). Zgodnie § 1 ust. 1 umowy podwykonawczej, jej przedmiotem było wykonanie robót budowlanych i innych czynności, których zakres wskazany jest w Rozbiciu Ceny Ofertowej Podwykonawcy dla odcinków oznaczonych: II, IV, V, VII, VIII i IX. Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 2, przedmiot umowy określały także:

umowa główna wraz z aneksami od nr(...) do nr (...)i wszelkimi innymi dokumentami stanowiącymi jego część, w tym Warunkami Ogólnymi i Warunkami Szczególnymi; Program Funkcjonalno – Użytkowy wraz z załącznikami; pytania i odpowiedzi do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z okresu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; harmonogram robót; oferta powoda z 20 marca 2013 r. wraz z załącznikami. Słusznie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na fakt, że powód wycenił swoje prace i przygotował ofertę w oparciu o zakres robót wynikający z Programu Funkcjonalno- Użytkowego (PFU). Co istotne z zeznań świadka Z. W. wynika, że wprawdzie już na etapie składania przez powoda oferty przygotowana była część niezatwierdzonych projektów budowlanych, z których wynikały znaczne rozbieżności co do zakresu i ilości robót względem tych, które określone zostały w PFU, ale dokumentacja ta została przez pozwanego ad 2. przekazana zbyt późno, ostatecznie nie dotarła ona do osób decyzyjnych po stronie powoda przed podpisaniem umowy, co potwierdził w swoich zeznaniach świadek J. K..

Zgodzić ponadto należy się z Sądem Okręgowym, że w umowie podwykonawczej strony określiły wynagrodzenie ryczałtowe. Powyższe wnioski w ocenie Sądu Apelacyjnego wynikają przede wszystkim z załącznika nr(...) stanowiącego podsumowanie RCO, w którym każda z pozycji rozbitcia ceny jest określona jako kwota ryczałtowa. Ponadto w § 5 ust. 3 umowy strony zastrzegły, że nie gwarantuje się Podwykonawcy, że będzie od niego wymagane wykonanie ilości robót wskazanych w Programie Funkcjonalno- Użytkowym i związanej tym poszczególnej pozycji Rozbitcia Ceny Ofertowej (Załącznik nr (...)), ani też że ilości nie będą się różniły w swojej wielkości od tych, które są podane w Programie Funkcjonalno- Użytkowym. Ich niedokładność czy niewłaściwe oszacowanie w Rozbiciu Ceny Ofertowej (Załącznik nr (...)) nie będzie miało żadnego wpływu na ważność Umowy zawartej w oparciu o Program Funkcjonalno- Użytkowy.

Z punktu widzenia odpowiedzialności powoda za należyte oszacowanie wartości swoich prac, istotne było również, na co także zwrócił uwagę Sąd I instancji, że (...) w oparciu o Kontrakt Główny zobowiązało się do zaprojektowania i wybudowania, natomiast umowa podwykonawcza realizowana była jedynie w formule „wybuduj”, przy czym zgodnie § 2 ust. 1 pkt i), do obowiązków Wykonawcy należało dostarczenie Podwykonawcy zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, a do obowiązków Podwykonawcy zgodnie z § 2 ust. 2 pkt h) należało wykonanie robót z należyłą starannością w sposób w pełni odpowiadający dokumentacji projektowej. Podkreślić również należy, że choć pozwani w toku postępowania przed Sądem I instancji powoływali się na fakt przystąpienia powoda już w 2009r. w ramach konsorcjum do przetargu na zawarcie Kontraktu Głównego, to nie sposób podzielić stanowiska pozwanych, iż powód miałby z tej przyczyny wiedzę na tyle pogłębioną co do rzeczywistego zakresu robót, żeby móc prawidłowo ocenić wszelkie ryzyka wpływające na wysokość oszacowanego przez niego wynagrodzenia ryczałtowego. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika bowiem, że powód zarówno w 2009r. jak i w 2013r. przygotowując ofertę opierał się na PFU a nie na nieznanym mu na dzień jej sporządzenia niezatwierdzonych projektach budowlanych.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 r. (I CSK 568/13, Legalis), konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową. Sąd wskazał, że wykonanie stanowiących korzyść majątkową dla zamawiającego prac dodatkowych bez dokonania zmiany umowy umożliwia żądanie zapłaty za wykonane roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W rozpatrywanej sprawie strony umowy podwykonawczej przewidywały, że w toku jej wykonywania może powstać konieczność wykonania robót dodatkowych, regulując całą procedurę zgłaszania, zlecenia i ustalania wynagradzania, w przypadku stwierdzenia konieczności wykonania robót dodatkowych nie wchodzących w zakres przedmiotu umowy i niezbędnych do jego należytego wykonania. I tak wedle § 1 ust. 5 umowy powód przekazać miał pozwanemu ad. 2 należycie uzasadnione i udokumentowane roszczenie dotyczące tych robót, w szczególności obejmujące koszty ich wykonania, które to roszczenie pozwany ad. 2 przekazać miał pozwanemu ad. 1. Roboty dodatkowe miały być realizowane pod warunkiem uznania przez pozwanego ad. 1 zasadności zgłoszonych roszczeń i na warunkach uzgodnionych z pozwanym ad. 1. W przypadku uznania przez pozwanego ad. 1 zgłoszonych robót za roboty dodatkowe i zlecenia ich wykonania pozwanemu ad. 2 za wynagrodzeniem określonym w załączonym do zgłoszenia roszczenia kosztorysie sporządzonym przez powoda, pozwany ad. 2 zlecić miał wykonanie tych robót powodowi i dokonać na jego rzecz zapłaty wynagrodzenia określonego w kosztorysie przedstawianym przez powoda i zaakceptowanego przez

pozwanego ad. 1. W przypadku odmowy uznania przez pozwanego ad. 1 zgłoszonych robót za roboty dodatkowe, albo uznania przez pozwanego ad. 1 zgłoszonych robót za roboty dodatkowe i zlecenia ich wykonania pozwanemu ad. 2 za wynagrodzeniem niższym od określonego w załączonym do zgłoszonego roszczenia kosztorysie sporządzonym przez powoda, pozwany ad. 2 mógł zlecić wykonanie tych robót powodowi albo innemu podmiotowi. Zapłata wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych nastąpić wówczas miała pod warunkiem uznania zasadności tych roszczeń przez pozwanego ad. 1 i w terminach określonych w niniejszej umowie dla przedmiotu umowy. W § 1 ust. 6 umowy podwykonawczej powód oraz pozwany ad. 2 postanowili zgodnie, że wykonanie robót dodatkowych, co do których roszczenia zostały złożone pozwanemu ad. 1 przed zawarciem umowy podwykonawczej, w przypadku ich uznania przez pozwanego ad. 1 za roboty dodatkowe, może zostać zleczone przez pozwanego ad. 2 powodowi albo innemu podmiotowi. Trzeba przy tym podkreślić, że już w zapytaniu ofertowym pozwany ad. 2 wskazywał, iż ewentualne roboty dodatkowe wynikające z dokumentacji projektowej, które nie zostały ujęte w PFU, będą rozliczane odrębnie, na podstawie roszczeń Wykonawcy i Zamawiającego, składanych w oparciu o roszczenia Podwykonawcy do Wykonawcy. Zapłata za roboty dodatkowe nastąpić miała po uznaniu roszczeń przez Zamawiającego. Niewątpliwie zapytanie ofertowe pozwanego ad. 2 nie zostało zaliczone do dokumentów, które dookreślały przedmiot umowy, zatem odwoływanie się do definicji robót dodatkowych, które ten dokument określał jako tych, które „nie zostały ujęte w PFU” nie byłoby prawidłowe. W umowie kwestia ta nie została ściśle sformułowana, porzeczano na stwierdzeniu konieczności „wykonania robót dodatkowych nie wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy”. Z tych też względów odkodowanie tego jakie roboty budowlane stanowiły „Przedmiot Umowy” dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miało znaczenie fundamentalne.

Wbrew zarzutom apelacji pozwanego ad. 1 bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawała kwestia czy Sąd a quo prawidłowo ustalił zakres treściowy Załącznika nr (...) do umowy podwykonawczej, skoro bezspornym pozostawał fakt, że tego rodzaju Załącznik nigdy nie powstał, zatem jego wpływ na sporne kwestie pozostawał zerowy. W konsekwencji nie był skuteczny zarzut apelacji naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 233 § 1 k.p.c.

Trzeba przy tym zaznaczyć, że w § 2 ust. 4 umowy Podwykonawca złożył oświadczenie o zapoznaniu się z terenem budowy oraz jego otoczeniem, uzyskał wystarczające dane i informacje jakie mogą mieć wpływ na wykonanie Przedmiotu Umowy, a ponadto zapoznał się z ryzykiem z tym związanym i uwzględnił je w wynagrodzeniu określonym w § 5 umowy. Nie powinno budzić wątpliwości, że co do zasady przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko nieprzewidzenia określonych prac lub kosztów, które są niezbędne dla prawidłowego wykonania obiektu opisanego w umowie i projekcie budowlanym obciąża wykonawcę czy też w rozpatrywanym przypadku podwykonawcę. Wynagrodzenie ryczałtowe z istoty swej nie ma być zmieniane. Zamawiający, ustalając bowiem wynagrodzenie ryczałtowe, wyraźnie lub w sposób dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Przy takim ujęciu wynagrodzenia ryczałtowego, jeżeli dokumentacja projektowa cechowała się pewnym uogólnieniem, to powyższe co do zasady nie może prowadzić ani do podwyższenia tego wynagrodzenia, ani do domagania się przez powoda wynagrodzenia za prace dodatkowe.

Podkreślenia wymaga, że stosownie do treści art. 31 ust. 2 i 3 obowiązującej w dacie zawarcia umowy podwykonawczej ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Zgodnie z § 15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Program funkcjonalno-użytkowy, z definicji ustawowej, zawiera więc ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakie zamawiający chciałby uzyskać w wyniku realizacji robót. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, co do zasady powinny pozostać w gestii wykonawcy. Ponieważ program funkcjonalno-użytkowy nie jest projektem budowlanym,

a jedynie wstępem do jego opracowania, dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę w sposób ostateczny i wiążący dookreśla wszystkie parametry techniczne obiektu budowlanego weryfikując niekiedy poprawność założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym, stąd może powstać potrzeba korekty parametrów przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Trzeba przy tym ponownie przypomnieć, że powód wykonywał swoje prace w formule „wybuduj” a nie „zaprojektuj i wybuduj”. Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy powód nie miał wpływu na przyjęte w projektach rozwiązania oraz rodzaj przewidzianych materiałów. Stawiane wykonawcy podejmującemu się wykonania robót w formule „zaprojektuj i wybuduj” wymagania należytego przewidzenia wszelkich ryzyk i oszacowania robót w oparciu o dokument programu funkcjonalno- użytkowego nie może mieć przełożenia na taki obowiązek podwykonawcy realizującego roboty w formule „wybuduj”. Wykonawca bowiem jest również twórcą dokumentacji projektowej, zatem może i powinien na etapie składania oferty oszacować w szerszym zakresie wynikające z tego ryzyka. Ponadto nie powinno budzić wątpliwości, że przy takim rozróżnieniu zakresu obowiązków w ramach obu umów, ocena czy dana praca należy do zakresu umowy podwykonawczej czy też pozostaje poza nią powinna być dokonywana na podstawie obiektywnych kryteriów uwzględnianych w dacie jej zawarcia. Kształtowanie obowiązków podwykonawcy nie powinno bowiem następować w oderwaniu od kwestii tego czy powód mógł i powinien być jako profesjonalny podmiot przewidzieć konieczność wykonania określonych robót i oszacować ich koszt przy kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego na etapie składania oferty.

Zdaniem Zespołu Biegłych znajomość dokumentów PFU (zakres robót i ich szacunkowa ilość) i RCO (poszczególne roboty w podziale na asortymenty i elementy wyceny i płatności), długości odcinków II, IV, V, VII, VIII i IX oraz powyższych informacji, które można było uszczegółowić na podstawie wizji lokalnej w terenie umożliwiło wycenę robót, tj. zakresu opisanego w PFU i RCO oraz odpowiadających temu zakresowi ilości z uwzględnieniem ryzyk (odnoszących się przede wszystkim do ilości) wynikających z ryczałtowego charakteru pozycji rozliczeniowych RCO), objętych Umową Podwykonawczą na dzień jej podpisania tj. 14 maja 2013 roku. Z uwagi na charakter rozliczenia Umowy Podwykonawczej zmiana ilości robót w ramach zdefiniowanych Umową zakresów stanowi w ocenie Zespołu Biegłych ryzyko Podwykonawcy. Natomiast zmiana zakresu robót w trakcie realizacji przedmiotu Umowy pociągająca za sobą zmiany ilości robót, a w konsekwencji i koszty ich wykonania, stanowi ryzyko Wykonawcy. Powołując się na opinię Zespołu Biegłych podkreślić jednakże należy, że dopiero projekty budowlane i wykonawcze określały ostateczny zakres i wynikające z niego ilości wszystkich robót budowlanych koniecznych do wykonania, co nie było i nawet nie mogło być znane powodowi przed opracowaniem tych projektów, a tym samym nie było przewidziane do wykonania przez Podwykonawcę. Zatem co do odmiennych niż przyjęte w PFU rozwiązań zawartych w projektach budowlanych i wykonawczych, prawidłowo przeprowadzona wizja lokalna czy też obciążający powoda zakres ryzyka prawidłowego przewidzenia określonego zakresu robót i ich wartości nie mogły prowadzić do negatywnych skutków w postaci niezmienności przyjętego wynagrodzenia. Podzielić należy ocenę Zespołu Biegłych, że Oferta z dnia 19.03.2013 r. nie mogła obejmować wykonania robót nie znanych jeszcze na datę złożenia tej oferty, finalnie wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia Umowy Podwykonawczej ujęty w RCO, PFU oraz Pytaniach i odpowiedziach, a których konieczność realizacji wyniknęła z dokumentacji projektowej sporządzonej i przekazanej Podwykonawcy dopiero po podpisaniu Umowy Podwykonawczej. Projekty wykonawcze wprowadziły rozwiązania zmieniające zarówno zakres robót jak i ilości robót wynikających z RCO i PFU. Zmieniony zakres jak i ilości określone projektem wykonawczym zatwierdzonym do realizacji stanowiły jedno spójne rozwiązanie modernizowanej linii kolejowej, które musiało być realizowane kolejnymi, następującymi po sobie etapami technologicznymi i było niezbędne do zrealizowania Przedmiotu Umowy Podwykonawczej (vide str. 145 opinii zasadniczej Zespołu Biegłych). Zdaniem biegłych zmiany te skutkowały zmianą Przedmiotu Umowy Podwykonawczej (vide str. 148 opinii zasadniczej Zespołu Biegłych). Trzeba w tym miejscu ponownie odwołać się do § 5 ust. 3 umowy podwykonawczej i podkreślić, że strony ustaliły, iż zmiany ilościowe nie będą miały żadnego wpływu na ważność umowy. Zgodzić zatem należy się z Sądem Okręgowym, że pomimo znacznych zmian wynikających z projektów budowlanych i wykonawczych, umowa ta nadal wiązała strony.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w tych okolicznościach należało ocenić czy wszystkie roboty budowlane, zarówno te w zwiększonej względem PFU ilości jak i roboty, które w ogóle nie zostały przewidziane w PFU wchodziły w zakres Przedmiotu Umowy i powinny zostać rozliczone na podstawie wynagrodzenia ryczałtowego. Pozwani odwoływali się do postanowień określających szacunkowy charakter PFU oraz do tego, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje

całość robót z danej pozycji RCO. Powyższe jednakże oznacza, że roboty nie objęte RCO z pewnością nie są robotami umownymi. W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego podzielić również należy konkluzję biegłych, że (...) w zależności od tego w jakiej roli występował przy realizacji Głównego Kontraktu przedstawił sprzeczne stanowiska, jako wykonawca, będąc liderem konsorcjum co do wykonania rowów odwadniających podtrzymywał roszczenie o dodatkową zapłatę, ale jako strona zlecająca w ramach umowy podwykonawczej uważał, że powód jest zobowiązany wykonać pełen zakres prac w ramach ryczałtu, nie uznając roszczenia powoda.

Przy ocenie zakresu umowy podwykonawczej nie sposób jest pominąć oświadczenia stron umowy podwykonawczej z dnia 14 czerwca 2013r. Treść korespondencji mailowej pomiędzy powodem a (...), poprzedzająca podpisanie tego oświadczenia ujawnia, że zakres umowy podwykonawczej od początku budził wątpliwości stron, przede wszystkim co do rozliczenia robót zwiększonych, zamiennych i dodatkowych, przy czym powód dążył, aby w treści tego oświadczenia znalazło się wyraźne zlecenie (...) tych robót (vide k- 4.208). Analiza treści oświadczenia, w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wskazuje, że było ono wyrazem właśnie wątpliwości jakie w toku realizacji umowy podwykonawczej pojawiły się na tle zakresu Przedmiotu Umowy, na co wprost wskazuje tekst preambuły tego dokumentu. Trzeba je zatem traktować jako przyjętą wspólnie przez strony interpretację zasadniczych kwestii umowy podwykonawczej, odnoszących się do jej przedmiotu i ustalonego wynagrodzenia. Oświadczenie to dowodzi, że już w początkowym okresie realizacji umowy podwykonawczej obie strony dostrzegały, iż istnieje jakiś zakres robót, które wykraczają poza przedmiot tej umowy i występują wątpliwości co do zasad ich rozliczania. Podkreślić należy, że w punkcie 1 oświadczenia znalazło się stwierdzenie, iż istotna część roszczeń z tego tytułu została już nawet uznana przez Zamawiającego za uzasadnioną. Ponadto przyznano, że część robót określonych jako dodatkowe została objęta roszczeniami zgłoszonymi do Zamawiającego jeszcze przed zawarciem umowy podwykonawczej i w przypadku ich uznania przez Zamawiającego za roboty dodatkowe, mogą one zostać zlecone powodowi lub innemu podmiotowi. Punkt 2 oświadczenia został poświęcony robotom różniącym się w ilości i zakresie względem tych, które wynikały z PFU, co do których powód zgłosił do pozwanego ad. 2 roszczenie w dniu 10 czerwca 2013r. Najistotniejszy jest w ocenie Sądu Apelacyjnego punkt 4 analizowanego oświadczenia, w którym wskazano, że w przypadku, gdy dla należytego wykonania Kontraktu Głównego tj. zgodnie z przekazaną (...) dokumentacją (projektami budowlanymi i wykonawczymi) powstanie konieczność wykonania robót w zwiększonej ilości lub zakresie w stosunku do ilości i zakresu określonego w Programie Funkcjonalno- Użytkowym, (...) zleci, a (...) wykona zlecony zakres i ilość robót wynikające z projektów budowlanych i wykonawczych przekazanych przez (...), przy czym (...) zapłaci (...) wynagrodzenie za zlecony i rzeczywiście wykonany zakres robót (w części dotyczącej zwiększonej ilości lub zakresu w stosunku do wytycznych Programu Funkcjonalno- Użytkowego tj. w części niewchodzącej w zakres Przedmiotu Umowy w rozumieniu Umowy Podwykonawczej) w wysokości ustalonej przez Strony w trakcie negocjacji przeprowadzonych przed rozpoczęciem wykonania powyższej części prac przez (...). Pozwany (...) składając tego rodzaju oświadczenie potwierdził, że dostrzegał na etapie jego składania, iż istnieje jakaś część prac budowlanych, której nie obejmuje ustalone w umowie podwykonawczej wynagrodzenie ryczałtowe. Trzeba ponadto odwołać się do treści zapytania ofertowego, w którym pozwany ad. 2 wskazał, że ewentualne roboty dodatkowe wynikające z dokumentacji projektowej będą rozliczane odrębnie, co znalazło swój wyraz w § 1 umowy podwykonawczej. Zatem pozwany ad. 2 do pewnego momentu realizacji umowy akceptował, że po pierwsze powód nie może być obciążony ryzykiem właściwego przewidzenia ewentualnych robót dodatkowych i właściwego oszacowania swojego wynagrodzenia na etapie przygotowywania oferty w taki sam sposób jakby w oparciu o PFU wykonywał prace w formule „zaprojektuj i wybuduj” (nawet z zeznań A. W. wynika, że był problem braku przewidywalności kosztów na podstawie PFU, vide k- 17.036). Przecież z punktu 3 oświadczenia wynika, że dla (...) niewątpliwym pozostawało, iż po zakończeniu prac projektowych może wystąpić konieczność wystąpienia do Zamawiającego z roszczeniami dotyczącymi dodatkowych, nieznanych obecnie robót do wykonania. Po drugie pozwany ad. 2 przyznał, że część prac została uznana na linii zamawiający- wykonawca za roboty dodatkowe jeszcze przed zawarciem umowy podwykonawczej. Najistotniejsze jest jednakże to, że strony w tym oświadczeniu, w szczególności w jego punkcie 4 doprecyzowały jak rozumieją przedmiot umowy podwykonawczej. Wynika z niego, że poza tym przedmiotem pozostawała ta część robót, która ilością i zakresem odbiegała od tej, która została określona w PFU. Jeżeli zatem poza zakresem umowy podwykonawczej pozostawała nawet część robót, która co do ilości była większa niż określona w PFU, to tym bardziej logicznym będzie twierdzenie, że poza przedmiotem umowy były roboty dodatkowe, czyli

wykraczające zakresem poza ten dokument. Ponadto skoro rozróżniono podział na roboty dodatkowe oraz na roboty w zwiększonej ilości, to zasadnym jest uznanie, że robotami dodatkowymi, były te, które w ogóle nie zostały przewidziane w PFU, a które wynikały z dokumentacji budowlanej i wykonawczej. Na koniec wreszcie stwierdzić należy, że skoro za roboty dodatkowe i roboty o zwiększonej ilości względem PFU przewidziano odrębne zasady rozliczeń, to znaczy, że wynagrodzenie ryczałtowe wynikające z umowy podwykonawczej dotyczyło tylko tych robót, które w ilości i zakresie wynikały z PFU. Podkreślić również należy, że zgodnie z punktem 4 oświadczenia wynagrodzenie za roboty nie wychodzące w zakres umowy miało być ustalane za zlecony i rzeczywiście wykonany zakres robót. Uzależnienie wynagrodzenia od rzeczywiście wykonanego zakresu robót sugeruje, że nie miało ono mieć charakteru ryczałtu.

Całkowicie chybiony był przy tym zarzut apelacji pozwanego ad. 1 dotyczący naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. poprzez nieuwzględnienie tych przepisów przez Sąd Okręgowy. Nie sposób dostrzec, aby Sąd I instancji zanegował możliwość ustalenia przez strony umowy o roboty budowlane wynagrodzenia ryczałtowego. Co więcej Sąd ten uznał, że strony w umowie podwykonawczej przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe, sporna pozostawała jedynie kwestia czy wynagrodzenie to dotyczy wszystkich robót niezbędnych do wykonania modernizacji linii kolejowej w sposób wynikający z projektów budowlanych i wykonawczych. Trafnie Sąd Okręgowy w warstwie rozważań prawnych zwrócił uwagę na fakt, że Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowiący składową umowę podwykonawczej zawartej pomiędzy powodem a pozwanym ad.2 i będący podstawą opracowania przez powoda Oferty wraz z Rozbiciem Ceny Ofertowej nie różnił się od programu, który to stosowany był kilka lat wcześniej w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2, podczas gdy charakter prac powierzony temuż konsorcjum znacząco różnił się od tego, jakie prace zostały powierzone ostatecznie powodowi. Konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2 zawarło z pozwanym ad. 1 umowę w systemie zaprojektuj i wybuduj (opartej na tzw. żółtym FIDIC-u), natomiast pozwany ad. 2 poszukiwał, rozsyłając zapytania ofertowe, jedynie wykonawcy robót budowlanych, w oparciu o gotowe projekty, za których wykonanie zgodnie z umową główną odpowiedzialny był pozwany ad. 2. Uwzględniając okoliczności ujawnione w sprawie zgodzić należy się z Sądem Okręgowym, że nie było uprawnione stanowisko pozwanych, jakoby powód partycypować miał w ryzyku związanym z tym, jaki ostatecznie zakres prac konieczny będzie do wykonania zgodnie z projektami budowlanymi i wykonawczymi oraz że powód miał wpływ na te zakresy poprzez wpływanie na ostateczną formę projektów, skoro konsultacje powoda z projektantami nie były dla tychże projektantów w żaden sposób wiążące, sprowadzały się do sprecyzowania kwestii zastosowanych w projektach rozwiązań dla celów należytego wykonania robót, zaś poprawki nanoszone ze strony powoda odzwierciedlać miały ostateczny sposób wykonania prac na potrzeby późniejszego wykonania dokumentacji powykonawczej.

W tych okolicznościach jest zatem słuszny pogląd Sądu Okręgowego, że zakres robót powierzonych powodowi na mocy umowy podwykonawczej określał PFU, a nie następczo wykonywane projekty budowlane i wykonawcze.

Wbrew zarzutom apelacji pozwanego ad. 1 w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym opinii biegłych uzasadnione są twierdzenia, że zakres robót nieobjętych umową podwykonawczą i umówionym wynagrodzeniem ryczałtowym był ogromny. Poza tymi pracami, które powód zrealizował pomimo braku formalnego zlecenia istniał obszerny zakres prac, których wykonania powód się podjął, składając ostatecznie oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Trzeba przy tym wskazać, że w § 1 ust. 4 umowy podwykonawczej strony postanowiły, że zmiana zakresu Przedmiotu umowy oraz terminu zakończenia całości lub części Przedmiotu Umowy będzie możliwa jedynie wówczas, gdy zmiana ta zostanie pisemnie polecona lub zatwierdzona przez Inżyniera Kontraktu (w rozumieniu Kontraktu Głównego), a następnie zaakceptowana przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Kontraktu Głównego, o czym Wykonawca niezwłocznie poinformuje Podwykonawcę. Co istotne pomiędzy pozwanym w dniu 24 maja 2013r. zostały zawarte dwie umowy uzupełniające do Kontraktu Głównego, potwierdzające zwiększony zakres robót objętych umową podwykonawczą. Wprawdzie nie pociągnęło to za sobą sporządzenia aneksu do umowy podwykonawczej, ale odróżnić tu należy dwie kwestie, pierwsza to kwestia przedmiotu umowy a druga to kwestia co do jakich prac powodowi

należało się wynagrodzenie wynikające z RCO, a zatem czy były podstawy do podwyższenia wskazanego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego.

Należy podkreślić, że na gruncie art. 65 k.c. wykładnia oświadczeń woli ma na celu dokonanie rzeczywistej i niesprzecznej wewnętrznie woli osób ją składających. Podstawowym dylematem związanym z wykładnią oświadczeń woli jest właściwe rozłożenie akcentów, jeżeli chodzi o poszanowanie poszczególnych, podstawowych w prawie cywilnym wartości. Współcześnie zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie uznaje się, że co do zasady wymaganiu temu najlepiej czyni zadość tzw. kombinowana metoda wykładni. Jej założenia zostały najlepiej wyłuszczone w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29.06.1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995/12, poz. 168, z komentarzem M. Litwińskiej, PPH 1996/1, s. 38. Wyjaśniono tam, że metoda kombinowana uwzględnia obie respektowane przez prawo cywilne wartości, tj. wolę (intencję) osoby dokonującej czynności prawnej (preferowaną w ramach subiektywnej metody wykładni) oraz zaufanie innych osób (akcentowane w ramach metody obiektywnej, normatywnej).

Jej stosowanie do oświadczeń składanych indywidualnie adresatom obejmuje dwie fazy. W pierwszej fazie ustala się najpierw, jak strony (składający i odbierający oświadczenie) rzeczywiście rozumiały oświadczenie woli (w chwili jego złożenia – por. wyroki SN: z 15.06.2007 r., V CSK 63/07, OSNC 2008/10, poz. 116, z glosą R. Szostaka, Zamówienia Publiczne. Doradca 2008/3, s. 51; z 3.06.2015 r., V CSK 588/14, LEX nr 1766010, z glosą M. Bławat, Glosa 2016/4, s. 47; z 18.11.2016 r., I CSK 802/15, LEX nr 2182269; z 21.03.2018 r., V CSK 262/17, LEX nr 2511529; Z. Radwański [w:] System Prawa Prywatnego, t. 2, 2008, s. 63; P. Machnikowski [w:] Kodeks cywilny..., red. E. Gniewek, P. Machnikowski, 2019, komentarz do art. 65, nb 12; J. Grykiel [w:] Kodeks cywilny..., t. 1, red. M. Gutowski, 2018, komentarz do art. 65, nb 7, 33), a w szczególności, jaki sens łączyły z użytym w oświadczeniu woli zwrotem lub wyrażeniem. Jeżeli były to te same treści myślowe – co obejmuje także sytuacje, w których odbiorca znał rzeczywiste intencje oświadczającego (por. Z. Radwański [w:] System Prawa Prywatnego, t. 2, 2008, s. 56–57) – pojmowany zgodnie sens oświadczenia woli trzeba uznać za wiążący. Decydująca jest zatem – co wyraża art. 65 § 2 – rzeczywista wola stron.

Jeżeli natomiast okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenia oświadczenia woli, konieczne jest przejście do obiektywnej fazy wykładni, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten rozumiał i rozumieć powinien przy założeniu starannych z jego strony zabiegów interpretacyjnych (chodzi o sens przez niego rozumiany, pod warunkiem iż każdy uczestnik obrotu znajdujący się w podobnej sytuacji, a w szczególności dysponujący takim samym zakresem wiedzy o oświadczeniu i okolicznościach jego złożenia, zrozumiałby tak samo jego znaczenie).

Proces interpretacji oświadczenia woli wyrażonego za pomocą słów należy rozpocząć od sensu wynikającego z reguł językowych i kontekstu w jakim zostało ono złożone, trzeba również mieć na uwadze wskazane w oświadczeniu okoliczności w jakich oświadczenie zostało złożone. W przypadku umów istotny jest cel, jaki strony chciały osiągnąć poprzez złożenie oświadczeń woli. Proces interpretacji oświadczeń może się zakończyć ze względu na „jasny” sens dopiero wtedy, gdy ich treść jest „jasna” po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni (por. wyroki SN: z 2.12.2011 r., III CSK 55/11, LEX nr 1084604; z 29.05.2015 r., V CSK 446/14, LEX nr 1793712; z 7.04.2016 r., III CSK 249/15, LEX nr 2022544; Z. Radwański [w:] System Prawa Prywatnego, t. 2, 2008, s. 57). Należy też uwzględnić zachowanie się stron po złożeniu oświadczenia woli, np. sposób wykonania umowy, w tym wykonywanie umowy przez jedną ze stron w sposób odpowiadający deklarowanemu rozumieniu oświadczenia woli przez drugą. Zakładając, że racjonalne strony dążą do uzgodnienia postanowień umowy, które będą skuteczne i gwarantują osiągnięcie określonego celu w granicach zakreślonych przez zasadę swobody umów, w razie wątpliwości należy – zgodnie z regułą favor negotii – przypisać oświadczeniu takie znaczenie, które pozwoli na utrzymanie jego ważności.

Pozwani w toku postępowania przed Sądem Okręgowym zmierzali do wykazania, że powód na podstawie umowy podwykonawczej i przewidzianego w niej wynagrodzenia ryczałtowego zobowiązał się do wykonania wszystkich prac, również w zwiększonej ilości w stosunku do PFU jak i tych, które w ogóle w PFU nie były przewidziane.

W świetle teoretycznych rozważań co do kwestii wykładni oświadczeń woli, prezentowanego przez pozwanych stanowiska nie da się podzielić. Przede wszystkim mając na uwadze proces interpretacji oświadczeń woli wyrażonych w umowie i oświadczeniu z dnia 14 czerwca 2013r. przy uwzględnieniu reguł językowy nie można zasadnie twierdzić, że strony umowy podwykonawczej rozumiały jej przedmiot jako zakres wszelkich robót składających się na efekt w postaci modernizacji wskazanych w umowie odcinków kolejowych, wynikających z PFU i projektów, a objętych wynagrodzeniem ryczałtowym określonym w umowie. W takiej sytuacji po pierwsze nie byłoby potrzeby wprowadzania zapisów o konieczności wykonania robót dodatkowych nie wchodzących w zakres przedmiotu umowy a niezbędnych do należytego jego wykonania, skoro wszystkie prace wynikające z projektów stanowiłyby przedmiot umowy. Ponadto, gdyby w istocie strony w ten sposób rozumiały przedmiot umowy, to nie doszłoby do podpisania oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013r. Natomiast skoro do złożenia przez strony oświadczenia w dniu 14 czerwca 2013r. doszło, to zakładając, że racjonalne strony dążą do uzgodnienia postanowień umowy, które będą skuteczne i gwarantują osiągnięcie określonego celu w granicach zakreślonych przez zasadę swobody umów, w razie wątpliwości należy – zgodnie z regułą favor negotii – przypisać oświadczeniu takie znaczenie, które pozwoli na utrzymanie jego ważności. Gdyby podzielić stanowisko pozwanych, to oświadczenie z dnia 14 czerwca 2013r. byłoby bezprzedmiotowe, oznaczałoby, że strony nie działały racjonalnie, prowadziły negocjacje, zajmując czas osobom uprawnionym w ich ramach do reprezentacji spółek, bez żadnej uzasadnionej przyczyny, doprowadzając do złożenia oświadczeń woli, które nie zawierają w sobie żadnej treści. Trudno zatem byłoby logicznie wytłumaczyć dlaczego strony podpisały tego rodzaju oświadczenie. Ponadto nie można byłoby nadać logicznego znaczenia temu, że prace wykraczające poza ramy PFU miały być dopiero przedmiotem zlecenia. Zważyć należy, że w punkcie 4 oświadczenia czasownik „zlecać” został użyty w czasie przyszłym.

Trafnie Sąd Okręgowy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wyprowadził wnioski, że odmienne rozumienie zakresu umowy i następcze negowanie zasadności zgłaszanych przez powoda roszczeń miało swoje uzasadnienie jedynie w unikaniu negatywnych konsekwencji niedoszacowania robót wynikających z Kontraktu Głównego. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje na fakt, że pozwany ad. 2 pierwotnie uznał część roszczeń powoda za zasadne, de facto brak zlecenia zgłaszanych przez powoda roszczeń wynikał z nieosiągnięcia przez strony konsensusu co do wysokości należnego powodowi z tego tytułu wynagrodzenia, a nie z faktu, że pozwany co do zasady tych roszczeń nie uznawał jako wykraczające poza przedmiot umowy podwykonawczej. Należy przy tym podkreślić, że ostatecznie żadne z robót, które zostały zgłoszone przez powoda jako wykraczające poza przedmiot umowy nie zostały zaakceptowane poprzez formalne zlecenie ich wykonania powodowi, pomimo nawet tego, iż pozwany ad. 2 zawarł z pozwanym ad. 1 umowy na roboty uzupełniające, pokrywające się zakresem z robotami, które w celu wykonania modernizacji linii kolejowej na odcinkach objętych umową podwykonawczą obciążałyby powoda.

W kontekście dotychczasowych rozważań w ocenie Sądu Apelacyjnego nie były skuteczne te zarzuty apelacji pozwanych, które dotyczyły błędnej wykładni umowy podwykonawczej i oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013r.

Nie sposób jednakże nie dostrzec pewnej niekonsekwencji Sądu a quo, na którą słusznie wskazują pozwani w swoich apelacjach, a polegającej na uznaniu, że rozliczenie robót dodatkowych i uzupełniających ma swoje źródło w umowie podwykonawczej. W ocenie Sądu Apelacyjnego należy wyraźnie odróżnić kwestię przedmiotu umowy podwykonawczej z dnia 14 maja 2013r. od kwestii robót wykraczających poza jej ramy, co do których pozwany ad. 1 ponosi z pozwanym ad. 2 odpowiedzialność solidarną. Strony umowy podwykonawczej w oświadczeniu z dnia 14 czerwca 2013r. dały wyraz temu, że mają świadomość, iż zarówno w dacie składania tego oświadczenia wystąpiła część robót niezbędnych do wykonania, które lokują się poza przedmiotem umowy, jak również, że niewątpliwym jest, iż potrzeba wykonania takich prac zaktualizuje się w przyszłości. Jednocześnie strony nie ustaliły wynagrodzenia za te prace dodatkowe i uzupełniające, pozostawiając te kwestię przyszłym negocjacom.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2005 r., I CK 77/05, LEX nr 303353 (zob. też glosy K. Gawęłko, Glosa 2007, nr 4, s. 54, oraz J.P. Naworskiego, Glosa 2008, nr 2, s. 33), wyrażono pogląd, że przez umowę o dzieło zamawiający zobowiązuje się do zapłaty wynagrodzenia (art. 627), zaś przez umowę o roboty budowlane inwestor zobowiązuje się do zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647). Użycie w art. 647 k.c. słowa „umówione” oznacza,

że określenie wysokości wynagrodzenia wykonawcy stanowi essentialia negotii umowy o roboty budowlane. Innymi słowy, jeżeli w umowie nie ustalono wysokości wynagrodzenia wykonawcy, nie ma umowy o roboty budowlane, a jest zwykła umowa o dzieło. Jeżeli co do robót dodatkowych oraz uzupełniających zabrakło niezbędnego elementu „umówienia” wynagrodzenia, to prace wykraczające poza te objęte ryczałtem nie mogły zostać rozliczone w ramach umowy podwykonawczej, a ich źródłem mogły być przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, skoro w tym zakresie ostatecznie pomiędzy stronami nie doszło do formalnego zlecenia powodowi tych robót. Sąd Apelacyjny podziela twierdzenia judykatury i doktryny w zakresie możliwości oceny w pewnych sytuacjach relacji pomiędzy uczestnikami procesu budowlanego na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu nawet w sytuacji zastrzeżenia wynagrodzenia ryczałtowego, z tym, że możliwość taka nie może dotyczyć sytuacji, gdy ewentualne dodatkowe prace pozostają naturalną konsekwencją procesu budowlanego, prowadzą do prawidłowego wykonania zamówionego obiektu i nie mogą być potraktowane jako związane z tym procesem jedynie pośrednio. W rozpatrywanej sprawie zostało wykazane, że powód zakresu prac wynikających z projektów budowlanych i wykonawczych nie znał i nawet nie mógł znać.

Odnosząc się do kwestii wysokości należnego powodowi wynagrodzenia wskazać należy, że pozwani nie kwestionowali przede wszystkim co do zasady roszczeń powoda określonych w punktach 2.2-2.4 rozszerzonego powództwa. Przedmiotem roszczeń powoda w niniejszym postępowaniu były te, które objęte zostały fakturami z grudnia 2013r. na kwotę 23.844.142,06 zł brutto oraz ze stycznia 2014r. na kwotę 1.622.257,18 zł brutto. Pozwani nie kwestionowali, że faktury te obejmują pozycje z RCO i powodowi należy się wynagrodzenie ryczałtowe odpowiadające procentowi wykonanych przez powoda robót, powoływali się jedynie na wady robót, które ich zdaniem obniżały wartość należnego powodowi wynagrodzenia. Powód domagał się również zapłaty za roboty rozbiórkowe wykonane w okresie od 17 stycznia 2014r. do 23 stycznia 2014r., co do których nie została wystawiona faktura VAT. Fakt wykonania tych robót w ramach umowy podwykonawczej został potwierdzony przez Inżyniera Kontraktu, przy czym procent zaawansowania robót został obniżony o kwoty zatrzymane do czasu rozliczenia przez powoda materiałów z rozbiórki w sposób przewidziany umową. Biegli za zasadne uznali zatem kwotę 366.242,97 zł netto (450.478,86 zł brutto). Biegli uznali ponadto, że powodowi należy się kwota 122.653,05 zł z tytułu budowy nastawni, której stan zaawansowania w wysokości 5% potwierdzał spis inwentaryzacyjny z dnia 30 stycznia 2014r. Pozwani tego roszczenia jako podlegającego rozliczeniu w oparciu o postanowienia umowy podwykonawczej również nie kwestionowali.

Oceniając natomiast zasadność pozostałych roszczeń powoda, które przez Zespół Biegłych został uznany za słuszne, wskazać na wstępie należy, że strony na żadnym etapie negocjacji nie doszły do konsensusu co do tego jakie powodowi będzie przysługiwało wynagrodzenie za roboty, które ilością lub zakresem wykraczają poza PFU. Trzeba jednakże mieć na uwadze, że w punkcie 4 oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013r. strony przewidziały, iż powód z tego tytułu otrzyma wynagrodzenie za zlecony i rzeczywiście wykonany zakres prac i robót. Niewątpliwie do formalnego zlecenia powodowi prac objętych rozszerzonym powództwem, wykraczających poza przedmiot umowy podwykonawczej nigdy nie doszło. Nie było przy tym kwestionowane, że powód te prace wykonał. Przy ustalaniu należnego powodowi wynagrodzenia uwzględnić ponadto należy, że w § 11 ust. 5 i 6 umowy podwykonawczej strony ustalił odrębnie sposób rozliczenia w przypadku odstąpienia jednej ze stron od umowy. Trzeba przy tym mieć na względzie fakt, że pomiędzy stronami nie doszło do konsensusu w tym zakresie ani przy uwzględnieniu kryteriów określonych w § 11 ust. 6 pkt a) ani też powód nie zaakceptował rozliczenia ustalonego przez powołanego przez pozwanego ad. 2 rzeczoznawcę zgodnie z § 11 ust. 6 pkt b).

Z tych też względów ustalenie należnego powodowi wynagrodzenia mogło nastąpić jedynie w oparciu o opinię sporządzoną przez biegłych powołanych przez Sąd. Z opinii biegłych wynika, że uwzględnione przez nich prace były niezbędne do realizacji przedmiotu umowy podwykonawczej, powód nie mógł bez ich realizacji przystąpić do wykonywania tych robót, które przewidziane były w PFU. Wszystkie one bowiem tworzyły jedno spójne rozwiązanie modernizacyjne. Niewątpliwie w umowie o roboty budowlane przedmiotem świadczenia wykonawcy czy podwykonawcy jest obiekt rozumiany jako zmaterializowany rezultat robót budowlanych, stanowiący samoistną całość dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym (E. Zielińska (w:) Prawo umów..., red. J.A. Strzępka, 2012, s. 493-494; E. Strzępka-Frania, Umowy o generalne wykonawstwo robót

budowlanych, Warszawa 2010, s. 39–40; E. Strzępka-Frania, W. Białończyk, Przedmiot świadczenia wykonawcy (generalnego wykonawcy) w umowie o roboty budowlane, M. Praw. 2006, nr 15).

Co do roszczeń dotyczących robót dodatkowych biegli wskazali:

1. zatwierdzona do realizacji dokumentacja projektowa i dostępne inwentaryzacje uzbrojenia terenu nie przewidywały wystąpienia kolizji robót wykonywanych przez Podwykonawcę przy torze T2 na stacji (...) w km 43 632 z nieczynnym kanałem ciepłowniczym. Podwykonawca wystąpił w dniu 21.11.2013 r. do Wykonawcy z roszczeniem terminowo – finansowym informując o stwierdzeniu ww. kolizji i konieczności jej usunięcia. (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa). Po otrzymaniu od Wykonawcy zamiennego projektu wykonawczego na likwidację nieczynnego ciepłociągu, Podwykonawca wykonał ten zakres robót, co potwierdził Inspektor nadzoru zapisem w dzienniku budowy i protokole odbioru robót zanikowych z dnia 27.11.2013 r. (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa). Wymienione wyżej fakty pozwalają uznać wykonaną likwidację ciepłociągu za roboty dodatkowe o wartości zgodnej z opracowanym kosztorysem Podwykonawcy na kwotę brutto: 10 594,27 zł, (dodatkowo wskazać należy, że zdaniem biegłych powód w czasie wizji lokalnej mógł ustalić występowanie tylko widocznych kolizji),

2. Podwykonawca stwierdził, że wykonywane roboty w km 43 290 przy torze T2 kolidują z komorą zawierającą nieczynny zawór wodny, którego nie przewidywał zatwierdzony projekt wykonawczy.

W dniu 21.11.2013 r. wystąpił do Wykonawcy z roszczeniem terminowo – finansowym (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa), informując o wystąpieniu kolizji i prośbą o wydanie zlecenia na jej usunięcie. W odpowiedzi z dnia 22.11.2013 r. (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa) Wykonawca odrzucił roszczenie w części dotyczącej przesunięcia terminu realizacji robót i przekazał, że oczekuje szczegółowego uzasadnienia zgodnie z procedurą obowiązującą na kontrakcie oraz dostarczenia protokołu konieczności wraz z kosztorysem, co pozwoli przekazać roszczenie Inżynierowi Kontraktu celem dalszego procedowania. Podwykonawca wykonał roboty związane z usunięciem kolizji i przystąpił do kontynuowania prac przy torze T2. Kosztorys na likwidację ww. komory opracowany został na kwotę brutto: 4 067,41 zł;

3. Program Funkcjonalno - Użytkowy (str. 625 akt sądowych) przewidywał rozbiórkę istniejącego budynku nastawni na stacji (...) i wybudowanie nowego obiektu o powierzchni 200 m⁽²⁾ na potrzebę zainstalowania urządzeń srk. Brak jest informacji, że grunt pod budowę nastawni wymaga wzmocnienia. Dostarczony projekt wykonawczy zakładał konieczność wzmocnienia podłoża przez wykonanie pracochłonnych robót w tym: pali żwirowo-cementowych, iniekcji cementowej i stabilizacji gruntu. W wyniku ustaleń z Zamawiającym i Wykonawcą spisano w dniu 07.11.2013 r. protokół konieczności, w którym zmieniono technologię robót ograniczając ją do wymiany gruntu w ilości 153,5 m⁽³⁾. (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa). Taki też zakres robót został przez Podwykonawcę wykonany i potwierdzony protokołem odbioru technicznego robót z dnia 07.11.2013 r. przez inspektora nadzoru. (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa). Biegli uznali wykonane roboty za dodatkowe o wartości zgodnej z opracowanym przez Podwykonawcę kosztorysem na kwotę brutto: 76 949,38 zł;

4. ***tymczasowe wydłużenie peronu nr(...)na stacji (...), jak wynika z przekazanych dokumentów, było konieczne z uwagi na przyjętą technologię, organizację i kolejność robót na stacji, jaką ustaliło Konsorcjum – Wykonawca realizujące Kontrakt Główny. Podwykonawca realizujący ustaloną część robót określonych zawartą umową nie miał wpływu na organizację i sposób prowadzenia wszystkich robót w ramach Kontraktu, natomiast był zobowiązany dostosować swoje prace do ustalonej na Kontrakcie organizacji i harmonogramu robót. Zatem Biegli uznali wykonane ww. roboty za dodatkowe o wartości brutto: 67 010,52 zł;***

5. ***konieczność dodatkowej stabilizacji korony toru T2 na odcinku (...) w km 45 335 - 45 415 tj. na długości 80 m powstała w trakcie badania modułu odkształceń przez Instytut Badawczy (...). W tym celu spisany został w dniu 19.09.2013 r. protokół konieczności o potrzebie wykonania dodatkowego wzmocnienia podtorza przez stabilizację gruntu cementem na głębokość 20 cm. (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa). Roboty te zostały przez Podwykonawcę wykonane i***

potwierdzone przez Inspektora nadzoru w dniu 09.10.2013 r. protokołem odbioru robót. (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa). Oferta Podwykonawcy zawierająca kosztorys na kwotę brutto: 13 971,53 zł;

6. konieczność dodatkowej stabilizacji korony toru T2 na odcinku (...) w km 50 300 – 50 450 tj. na długości 150 m stwierdzono również w wyniku badania modułu odkształceń podłoża. W dniu 09.10.2013 r. spisano protokół konieczności o potrzebie wykonania dodatkowego wzmocnienia podtorza analogicznie jak w pkt. B.5. (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa). Inspektor nadzoru protokołem odbioru robót z dnia 24.09.2013 r. potwierdził wykonanie ww. zakresu robót (Załącznik nr (...) do Rozszerzonego powództwa). Podwykonawca wycenił ww. zakres robót na kwotę brutto: 26 196,63 zł. Zważywszy, że:

- w PFU (strona 588 akt sądowych) jednoznacznie zapisano, że przeprowadzone na etapie opracowania PFU badania geotechniczne nie są wystarczające do opracowania projektów budowlanych, gdyż wskazują na liczne zaburzenia struktury podłoża i konieczne jest uszczegółowienie tych badań w trakcie opracowań projektowych i
- zapis w § 5 Umowy Głównej stanowi, że zmiana postanowień Umowy możliwa jest wyłącznie w przypadku, kiedy odmienne od przyjętych w PFU warunki geologiczne skutkują niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych

oraz,

- że Podwykonawca nie mógł na etapie opracowania swojej oferty przewidzieć, czy i na jakim ewentualnie odcinku może wystąpić konieczność dodatkowego wzmocnienia podtorza, biegli uznali tego rodzaju roboty za dodatkowe.

Pozostała zatem kwestia czy i jakie wynagrodzenie powód powinien otrzymać za te roboty.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2005 r. w sprawie V CK 389/05 został wyrażony pogląd, że jeżeli wzbogacenie polega na wykonaniu pewnej części budowli w ramach jednego procesu inwestycyjnego, a inne części podobne rodzajowo wykonywane w tym samym czasie są wynagradzane zgodnie z umową na podstawie faktur i protokołu odbioru, to podstawa wyceny ustalona przez strony umowy o realizację inwestycji może być stosowana w ramach domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.) do całości. Nie można przy tym pominąć okoliczności, że część robót nie objęta pierwotnym projektem z reguły nie ma wartości rynkowej ze względu na techniczne powiązanie z całością budowli. Sąd Najwyższy uznał, że konstrukcję prawną pod nazwą kondykcji causa data causa non secuta, chroniącą interes powoda przenoszącego na drugą osobę własność rzeczy w oczekiwaniu wzajemnego świadczenia, można stosować również w razie wzajemnych świadczeń wynikających ze stosunku obligacyjnego. Należy jednak zwrócić uwagę na dodatkową przesłankę roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia zawartą w sformułowaniu art. 405 k.c., o braku podstawy prawnej.

Biegli oceniając kwestię należnego powodowi wynagrodzenia uznali dokonaną przez powoda wycenę prac dodatkowych za prawidłową, nie zakwestionowali żadnej z powyższych pozycji (vide konkluzja biegłych k- 21.919). Co istotne w stosunku do robót związanych z wykonaniem odwodnienia na odcinku (...), biegli jako podstawę do ustalenia należnego powodowi wynagrodzenia przyjęli wartości wynikające z przejściowego świadectwa płatności nr (...) z dnia 30 października 2014r. w poz. II.19 RCO umowy uzupełniającej na rzecz pozwanego ad. 2. Pozwani co do tych wartości również nie sformułowali żadnych skutecznych zarzutów.

Należy mieć na uwadze, że uregulowanie z art. 632 § 1 k.c. nie ma charakteru bezwzględny. Zakaz wynikający z tego przepisu dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wykonawca miał możliwość oceny zakresu robót i powinien był, zważywszy na swój profesjonalizm, przewidzieć koszty robót i konieczne czynności dla ich wykonania. Niemożność zmiany umówionego wynagrodzenia ryczałtowego ogranicza się zatem do sytuacji, gdy wykonawca dysponując rzetelną informacją na temat zakresu i charakteru robót wadliwie oszacował zakres koniecznych czynności, niezbędne koszty ich wykonania i w konsekwencji wartość robót, którą strony umówiły w ramach ryczałtowego wynagrodzenia

(stanowią naturalną konsekwencję określonego w umowie procesu budowlanego). Niedopuszczalność żądania zmiany wysokości wynagrodzenia ryczałtowego dotyczy zwłaszcza czynników wpływających na skalkulowanie jego wysokości, takich jak wysokość cen materiałów, cen robocizny, niezbędnego nakładu pracy lub ilości materiałów. Zakres umówionych robót budowlanych musi uwzględniać wszystkie okoliczności, jakie obie strony biorą pod uwagę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub przy zawieraniu jakiegokolwiek innej umowy, kalkulując z jednej strony wysokość żądanego przez wykonawcę wynagrodzenia, z drugiej strony - wysokość wynagrodzenia, jaką zamawiający jest w stanie zapłacić za efekt, który chce osiągnąć w ramach realizacji tejże umowy. Z tych przyczyn przy ocenie zakresu umówionych robót budowlanych, jakie miały zostać wykonane za uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe, nie można abstrahować od dokumentacji projektowej, która przewidywała co do części prac wychodzących poza zakres umowy podwykonawczej zupełnie inne rozwiązania, ponadto dostępna na etapie składania oferty dokumentacja nie przewidywała kolizji, objętych żądaniem rozszerzonego powództwa.

Powód w piśmie procesowym stanowiącym rozszerzenie powództwa powoływał się na przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu jako alternatywną podstawę do uwzględnienia jego roszczeń z tytułu zapłaty za roboty wykraczające poza przedmiot umowy. W ocenie Sądu Apelacyjnego w kontekście powyższych okoliczności faktycznych ujawnionych w przedmiotowej sprawie sięgnięcie po konstrukcję bezpodstawnego wzbogacenia dla oceny prawnej żądania uwzględnienia wynagrodzenia za prace nieobjęte wynagrodzeniem ryczałtowym jest zasadne.

Zgodnie z art. 405 k.c. kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Przepis ten stosuje się także do świadczenia nienależnego. Natomiast świadczenie jest nienależne, gdy ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia (art. 410 k.c.).

W umowie podwykonawczej strony przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe, które zostało ukształtowane jako świadczenie niepodlegające zmianie, co oznacza, że przyjmujący zamówienie (wykonawca), co do zasady nie może domagać się jego podwyższenia. Przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w żadnej mierze nie stanowią obejścia tych zasad. Charakter przyjętego w danym przypadku wynagrodzenia (kosztorysowe, ryczałtowe) nie daje gwarancji, iż w toku procesu inwestycyjnego nie powstanie konieczność wykonania robót dodatkowych, wykraczających poza prace opisane w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W konsekwencji roboty dodatkowe w stosunku do zamówienia podstawowego (umowy) mogą być realizowane, co do zasady, bez względu na charakter wynagrodzenia przyjętego w umowie. Przesądzająca w tym przypadku będzie bowiem kwalifikacja robót dodatkowych. W takiej sytuacji kluczowe dla rozstrzygnięcia kwestii zlecenia zamówienia dodatkowego za odrębnym wynagrodzeniem jest ustalenie czy w danej sprawie - przy przyjętym w umowie wynagrodzeniu ryczałtowym - zaistniały i czy mogły zaistnieć okoliczności faktyczne skutkujące koniecznością wykonania robót wykraczających poza przedmiot umowy. W ocenie Sądu Apelacyjnego w rozpatrywanej sprawie okoliczności te zostały wykazane na korzyść powoda. Uznane przez biegłych roboty uzupełniające i zaliczone do kategorii dodatkowych nie wynikały ze stosunku prawnego, dla którego strony przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe. Powyższe otwiera prawo powoda do uzyskania ekwiwalentu za wykonane na rzecz pozwanego ad. 2 roboty na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Zaznaczenia wymaga, że umowa o roboty budowlane jest umową konsensualną, wzajemną. Podobnie jak w przypadku umowy o dzieło uzgodnione przez strony wynagrodzenie stanowi ekwiwalent za wykonanie obiektu (lub jego części) w oznaczonym czasie i oznaczonej technologii. Zatem świadczeniu niepieniężnemu wykonawcy powinno odpowiadać świadczenie pieniężne zamawiającego. Nie powinno budzić wątpliwości, że pozwany ad. 2 za wykonane prace musiałby zapłacić wynagrodzenie odpowiadające wartości tych robót. Z zeznań świadka K. K. wynika, że jak porównywała kwoty żądane przez powoda z tytułu robót uzupełniających i dodatkowych z kwotami innych wykonawców, to były one zbliżone co do odcinka IV i V. Bezpodstawne wzbogacenie pozwanego ad. 2 oparte jest na zdarzeniu w postaci odebrania i zatrzymania rezultatów pracy powoda, które wykraczały poza przedmiot umowy podwykonawczej, za które powinien był zapłacić wynagrodzenie. Co istotne biegli nie zakwestionowali wartości wycenionych przez powoda

prac, nie uznali ich za wygórowane. Nota bene dołączone do akt sprawy umowy zawarte z innymi podwykonawcami potwierdzają, że po odstąpieniu przez powoda od umowy podwykonawczej kolejni podwykonawcy wynegocjowali wyższe wynagrodzenie, niż to, które przewidywała sporna umowa.

Już sam fakt spełnienia świadczenia nienależnego uzasadnia roszczenie kondykcyjne. W takim przypadku nie zachodzi więc potrzeba badania, czy i w jakim zakresie spełnione świadczenie wzbogaciło osobę, na rzecz której świadczenie zostało spełnione (*accipiensa*), jak również czy majątek spełniającego świadczenie (*solvensa*) uległ zmniejszeniu. Uzyskanie nienależnego świadczenia wypełnia bowiem przesłankę powstania wzbogacenia, a spełnienie tego świadczenia przesłankę zubożenia (tak słusznie Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r. w sprawie I ACa 387/13).

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że z chwilą spełnienia przez powoda świadczenia nienależnego, tj. wykonania prac wykraczających poza zakres umowy podwykonawczej, po jego stronie powstało roszczenie kondykcyjne, którego treścią jest obowiązek dokonania przez pozwanego ad. 2 czynności stanowiącej świadczenie przeciwne do spełnionego, a zatem zapłaty wynagrodzenia odpowiadającego wartości wykonanych prac (por. motywy wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. II CSK 344/07, z dnia 21 maja 2009 r. V CSK 439/08). Pozwany ad. 2 został bezpodstawnie wzbogacony o wartość robót wykonanych przez powoda, wykraczających poza wynagrodzenie ryczałtowe, za które powinien był uiścić wynagrodzenie odpowiadające wartości tych prac.

Należało zatem ocenić, czy pozwany ad. 1 ponosi solidarną odpowiedzialność z pozwanym ad. 2 za zapłatę wynagrodzenia dotyczącego wykonania przez powoda robót dodatkowych oraz uzupełniających. Nie budzi przy tym wątpliwości, że co do wynagrodzenia za prace, które wchodziły w zakres umowy podwykonawczej odpowiedzialność pozwanych była solidarna zgodnie z treścią art. 647¹ § 5 k.c.

Na wstępie rozważań wskazać należy, że Sąd Najwyższy dopuścił możliwość uwzględnienia powództwa na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, jeżeli brak jest możliwości zasądzenia wynagrodzenia na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2020r., I CSK 752/18, z dnia 13 kwietnia 2017r., I CSK 270/16 oraz z dnia 7 lipca 2017r., V CSK 629/16).

Nie ulega wątpliwości, że pozwany ad. 1 jako inwestor w ostatecznym rozrachunku uzyskuje przysporzenie w postaci rezultatu wszystkich prac wykonanych przez powoda. Nie budzi wątpliwości świadomość inwestora jako uczestnika obrotu gospodarczego, że uzyskanemu od powoda świadczeniu niepieniężnemu powinno odpowiadać ekwiwalentne świadczenie zapłaty wynagrodzenia za wykonane przez powoda prace. Ponownie podkreślenia wymaga, że inwestor na długo przed zawarciem umowy podwykonawczej posiadał wiedzę, że zakres prac określony w przygotowywanych projektach budowlanych znacząco odbiega od tych, które przewidziane zostały w PFU i miał świadomość tego, że znaczna część robót niezbędnych do modernizacji odcinków powierzonych powodowi wymaga zlecenia prac dodatkowych czy też uzupełniających, czego dowodem było zawarcie umów uzupełniających w ramach Kontraktu Głównego.

W judykaturze został wyrażony pogląd, że solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy wynikająca z art. 647¹ § 5 nie jest ograniczona do wynagrodzenia określonego w umowie między wykonawcą a podwykonawcą, lecz obejmuje także kwotę, o którą wynagrodzenie podwykonawcy zostało podwyższone na podstawie art. 632 § 2 (wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2014 r., IV CSK 733/13, LEX nr 1541191, z glosą P. Drapały, PiP 2016, z. 7, s. 123, i z omówieniem P. Popardowskiego, Przegląd orzecznictwa, Glosa 2015, nr 2, s. 12). Wprawdzie okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy nie przystają do tych, które legły u podstaw wyrażonego poglądu, niemniej jednak w ocenie Sądu Apelacyjnego nie pozostaje on bez znaczenia w rozpatrywanej sprawie. Wynika bowiem z niego, że zakres odpowiedzialności inwestora wynikający z art. 647¹ § 5 k.c. nie jest determinowany jedynie wysokością wynagrodzenia określonego w umowie podwykonawczej i może w pewnych sytuacjach wychodzić poza granice umowne.

W doktrynie na gruncie art. 647¹ § 1 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 maja 2017r. wyrażono pogląd, że w umowie o roboty budowlane strony powinny określić zakres robót, które generalny wykonawca będzie wykonywał osobiście lub z pomocą podwykonawców. Celem tej regulacji jest umożliwienie inwestorowi oszacowania ryzyk związanych z powierzeniem wykonania części świadczenia podwykonawcom. Norma § 1 nie została jednak powiązana z § 5, a zatem brak podstaw do przyjęcia, że solidarna odpowiedzialność inwestora jest ograniczona jedynie do wynagrodzenia za określony w umowie zakres prac przeznaczony dla podwykonawców. W sytuacji gdy inwestor wyraził (w sposób czynny lub bierny) zgodę na wykonywanie przez podwykonawców prac wykraczających poza ten zakres, po spełnieniu dalszych przesłanek może odpowiadać wobec nich solidarnie z generalnym wykonawcą. Wbrew wyrażanym niekiedy w piśmiennictwie zapatrywaniom określenie zakresu prac dla podwykonawców nie jest elementem przedmiotowo istotnym umowy o roboty budowlane, którego brak powodowałaby jej bezwzględna nieważność (art. 58 § 1) (tak: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa, wyd. II, stan prawny na dzień 15 marca 2017r.).

W doktrynie i judykaturze ugruntowało się przeważające stanowisko, że inwestor odpowiada wobec podwykonawcy jak za dług cudzy i to tylko wtedy, gdy wyraził zgodę na umowę wykonawcy z podwykonawcą (lub odpowiednio na umowę z dalszym podwykonawcą). Wyrażono to w judykaturze SN, gdzie w wyroku z dnia 5 września 2012 r. (IV CSK 91/12, LEX nr 1275009) Sąd Najwyższy wskazał, że następstwem zgody inwestora na zawarcie umowy między wykonawcą a podwykonawcą jest powstanie po jego stronie ustawowej, solidarnej odpowiedzialności za dług wykonawcy, który jest cudzym długiem. Takie samo stanowisko zajęto w obszernej judykaturze sądów apelacyjnych. Odmienne stanowisko zajmuje Tomasz Sokołowski (vide Komentarz do art. 647¹ k.c.). Zdaniem tego autora wbrew dominującemu pogładowi odpowiedzialność solidarna inwestora wobec dalszych podwykonawców wskazana w art. 647¹ § 5 k.c. nie wynika jedynie z okoliczności zawarcia umowy wykonawcy z podwykonawcą, ale z faktu wykonania robót przez podwykonawcę na rzecz inwestora. Odpowiedzialność inwestora i wykonawcy jest, co nie budzi wątpliwości, przypadkiem solidarnej odpowiedzialności uregulowanej bliżej w art. 366 k.c. Dokładniejsza analiza tej sytuacji wykazuje jednak, że źródłem tej odpowiedzialności jest art. 647¹ § 5 k.c., a sytuacja inwestora ukształtowana jest nadto na podstawie art. 366 w zw. z art. 647 i 647¹ § 1 k.c., ale nie w zw. z art. 647¹ § 2 k.c. Solidarna odpowiedzialność inwestora nie jest zatem zależna od jego zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą lub dalszymi podwykonawcami. Podmioty te wykonują bowiem roboty, których wyłącznym recypientem jest inwestor, i dlatego uzasadniona jest zawsze jego odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za ich wykonanie.

W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się również, że odpowiedzialność solidarna wynikająca z art. 647¹ § 5 ma charakter gwarancyjny, gdyż nie jest wynikiem wspólnej lub jednakowej sytuacji prawnej dłużników ani udziału w odpowiedzialności za tę samą szkodę (zob. wyrok SN z dnia 5 września 2012 r., IV CSK 91/12; wyrok SN z dnia 17 lutego 2011 r., IV CSK 293/10, LEX nr 1111016; wyrok SN z dnia 2 lipca 2009 r., V CSK 24/09, LEX nr 527185). Funkcją wspomnianej odpowiedzialności solidarnej jest uzyskanie przez podmiot chroniony (podwykonawcę oraz dalszego podwykonawcę) dodatkowej gwarancji uzyskania należnego wynagrodzenia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, w kontekście powyższych rozważań, w rozpatrywanej sprawie podstawą prawną odpowiedzialności inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia, które dotyczy robót nieobjętych wynagrodzeniem ryczałtowym wynikającym z umowy podwykonawczej jest przepis art. 647¹ § 5 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 maja 2017r. Zgodnie bowiem z jego treścią zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty wykonane przez podwykonawcę. Ustawodawca odpowiedzialność solidarną odnosi do zapłaty wynagrodzenia za roboty wykonane przez podwykonawcę, a nie za roboty „umówione” za „umówione wynagrodzenie”. W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe cechy konstrukcji normatywnej art. 647¹ § 5 k.c. dają podstawę do rozciągnięcia solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy nie tylko za roboty „objęte umową” i „umówionym wynagrodzeniem”, ale również te, które były niezbędne do osiągnięcia umówionego rezultatu, a których zakres inwestor znał i akceptował w sposób wyraźny lub dorozumiany. Z przyczyn już wyżej omówionych powyższe przesłanki zostały spełnione w

rozpatrywanej sprawie. Jeżeli się bowiem uwzględni fakt, że pozwany ad. 1 miał pełną możliwość oszacowania ryzyk związanych z powierzeniem wykonania części świadczenia powodowi, bowiem nawet przed akceptacją umowy podwykonawczej posiadał wiedzę, że do jej realizacji niezbędne będzie wykonanie robót wykraczających poza przedmiot umowy, a ponadto w całym procesie inwestycyjnym akceptował powoda jako uczestnika tego procesu, dokonując odbioru robót również tych, które wykraczały poza ramy umowy podwykonawczej, to właśnie norma art. 647¹ § 5 k.c. stanowi materialnoprawną podstawę jego odpowiedzialności za zapłatę powodowi wynagrodzenia za wszystkie wykonane przez niego prace.

Na zakończenie tego wywodu wskazać należy, że zarówno roboty wchodzące z zakres umowy, jak i te, które wykraczały poza jej ramy stanowiły jedno spójne rozwiązanie i wykonanie wszystkich tych prac gwarantowało dopiero osiągnięcie rezultatu w postaci modernizacji linii kolejowej w celu obsługi pociągów pasażerskich osiągających maksymalne prędkości 160 km/h. Powód nie mógł wykonać prac objętych umową podwykonawczą bez realizacji robót, które lokowały się poza nią. Wykonując te roboty, nawet pomimo braku formalnego ich zlecenia, powód działał nie tylko w interesie wykonawcy, ale przede wszystkim w interesie inwestora, który miał pełną świadomość ich niezbędności.

W kontekście powyższych wywodów w ocenie Sądu Apelacyjnego w rozpatrywanej sprawie zaistniała podstawa do zasądzenia wynagrodzenia za wszystkie wykonane przez powoda roboty solidarnie od obu pozwanych.

W sprawie nie było kwestionowane, że pozwany ad. 1 jako inwestor zaakceptował powoda jako podwykonawcę na mocy umowy z dnia 14 maja 2013r. Wbrew przy tym twierdzeniom pozwanego ad. 1 posiadał on pełną wiedzę, że oświadczenie z dnia 14 czerwca 2013r. zostało podpisane przez strony umowy podwykonawczej. Przede wszystkim zostało ono wysłane przedstawicielowi pozwanego ad. 1 A. W., a ponadto jak wynika z zeznań tego świadka uczestniczył on w spotykaniu w Z. i przyznał, że rozumiał ten dokument jako ustalenie kwestii spornych kontraktu, to porozumienie miało dotyczyć prac spornych, nie objętych ryczałtem, a które miały być wykonane (vide k- 17.037, sekwencja czasowa 00:57:56). Z oświadczenia tego wynikało natomiast, że po pierwsze na linii wykonawca- podwykonawca, podobnie jak na linii zamawiający- wykonawca powstał problem potrzeby wykonania prac dodatkowych oraz uzupełniających, które wykraczają poza zakres umowy i należnego za te prace wynagrodzenia. Ponadto z oświadczenia tego niewątpliwie wynika, że wykonawca zobowiązał się do zlecenia tych robót podwykonawcy albo do powierzenia ich wykonania innemu podmiotowi. Pozwany ad. 1 nie akceptował roszczeń z zgłaszanych z tego tytułu dlatego, że prace te zostały już ujęte w Kontrakcie Głównym oraz umowach uzupełniających, co potwierdzają zeznania świadka K. C. (vide k- 17.149, sekwencja czasowa 02:00:58- 02:01:46). Trzeba jednakże przypomnieć, że umowy na roboty uzupełniające zostały zawarte pomiędzy zamawiającym a generalnym wykonawcą i to krótko po zawarciu umowy podwykonawczej, a powód w żadnym zakresie nie był beneficjentem z tytułu tych umów. Pozwany ad. 2 pozyskał możliwość uzyskania dodatkowego wynagrodzenia za prace wykraczające poza Kontrakt Główny, natomiast powód co do tych samych prac miał je wykonać w ramach ryczałtu, pomimo, że zamawiający doskonale wiedział, że prace te wykraczają poza ramy umowy, czemu dał wyraz podpisując umowy na roboty uzupełniające.

Zgodnie z treścią przepisu art. 647¹ § 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia spornej umowy przez generalnego wykonawcę z powodem jako podwykonawcą, do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą była wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosił na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważało się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Uwzględniając ukształtowaną już w judykaturze wykładnię art. 647¹ § 2 k.c. wskazać należy, że w wyroku z dnia 20 czerwca 2007 r. (sygn. akt II CSK 108/07, niepubl.) Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, iż zgoda inwestora jest jedynie jedną z przesłanek powstania jego solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności wobec podwykonawcy, ale czas jej wyrażenia jest obojętny i zgoda ta może zostać wyrażona (także w sposób milczący) zarówno przed zawarciem umowy, w czasie jej zawierania, jak i po jej zawarciu, ponieważ art. 647¹ § 2 k.c. nie przewiduje żadnych ograniczeń w tym zakresie. W innym judykacie (wyrok SN z dnia 9 kwietnia 2008 r., V CSK 492/07, niepubl.) Sąd Najwyższy potwierdził

stanowisko, że obojętnym jest czas wyrażenia zgody przez inwestora, ponieważ w art. 647¹ § 2 k.c. nie formułuje się żadnych temporalnych ograniczeń, a przepis ten zawiera element gwarancyjny ochrony interesów podwykonawcy, co pozwala opowiedzieć się za możliwością skutecznego wyrażenia zgody przez inwestora także już po zawarciu umowy przez wykonawcę i podwykonawcę. Kontynuacją tego kierunku wykładni art. 647¹ § 2 k.c. jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2009 r. (sygn. akt V CSK 24/09, niepubl.), eksponujący jednoznacznie tezę, że zgoda inwestora może być wyrażona również w sposób dorozumiany także po zawarciu umowy przez wykonawcę z podwykonawcą. W kolejnym wyroku z dnia 27 czerwca 2013 r. (III CSK 298/12, niepubl.) Sąd Najwyższy podzielił dotychczasową linię orzecznictwa, opowiadając się wręcz za taką wykładnią art. 647¹ § 2 k.c., że zgoda inwestora może mieć charakter następczy, a więc może być wyrażona także post factum, w tym także już po wykonaniu w całości umowy przez podwykonawcę, (por. także wyrok SN z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 152/10, niepubl., wyrok SN z dnia 18 czerwca 2015r., III CSK 370/14).

Zgodę milczącą przewidzianą w przepisie art. 647¹ § 2 k.c. należy odróżnić od zgody czynnej wyrażonej w sposób dorozumiany. Czynna zgoda nie musi przy tym wyprzedzać zawarcia umowy z podwykonawcą. Przesłanki skuteczności zgody inwestora wyrażonej wprost: ustnie lub na piśmie, określają ogólne przepisy kodeksu cywilnego dotyczące skuteczności oświadczenia woli. Zgoda inwestora, wyrażona w sposób dorozumiany czynny, na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą, jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi, albo z którymi miał możliwość zapoznania się. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 210/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 59 (z glosą P. Drapały, OSP 2012, z. 5, poz. 48), wyrażono pogląd, że: „Dorozumiana zgoda inwestora na zawarcie umowy wykonawcy i podwykonawcy (art. 647¹ § 2 zdanie pierwsze k.c.) wyrażona w sposób czynny jest skuteczna, gdy dotyczy umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi albo z którymi miał możliwość zapoznania się”. Trafnie zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r., III CZP 108/15: „W każdym jednak wypadku należy pamiętać, że ocena czy określone zachowania niosą w sobie przejaw woli, którą wyraża określony podmiot i jaka jest treść zawartego w nich oświadczenia woli powinny przebiegać przy założeniu racjonalności działania podmiotów uczestniczących w obrocie prawnym. Podejmowanie racjonalnej decyzji gospodarczej wiążącej się z przyjęciem gwarancyjnej odpowiedzialności majątkowej w sposób oczywisty wymaga wiedzy co do rozmiaru tej odpowiedzialności i zasad na jakich jest ponoszona”.

W rozpatrywanej sprawie trafnie Sąd Okręgowy uznał, że roboty, w zakresie w jakim zostały przez powoda wykonane były akceptowane przez obu pozwanych. Czynności pozwanego ad. 1 jako inwestora w toku realizacji inwestycji wskazywały, że traktował on powoda jako pełnoprawnego uczestnika tego procesu. Wiedza zamawiającego tj. pozwanego ad. 1 co do treści oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013r. została potwierdzona przywołanymi wyżej dowodami. Pozwany ad. 1 nie zgłosił zastrzeżenia w tym zakresie, trzeba zatem uznać, że w sposób milczący zaakceptował to oświadczenie, które odnosiło się bezpośrednio do umowy podwykonawczej, precyzując jej przedmiot i zasady zlecenia robót nieobjętych umową jak również przewidując, że za te roboty należne będzie dodatkowe wynagrodzenie. Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie uprawnia ponadto do twierdzeń, że pozwany ad. 1 nie posiadał wiedzy co do tego, iż powód wykonać miał te prace, które zakresem i ilością wykaczały poza wynikające z PFU. Przede wszystkim już w dniu 24 maja 2013r. pomiędzy pozwanym ad. 1 a konsorcjum, w skład którego wchodził pozwany ad. 2 doszło do zawarcia dwóch umów na roboty uzupełniające, których wykonanie było niezbędne do prawidłowej realizacji zakresu prac objętych umową podwykonawczą, a którą pozwany ad. 1 akceptował. W ramach tych umów pozwany ad. 2 wystawił przejściowe świadectwa płatności za roboty uzupełniające w okresie od 25 czerwca 2013r. do 19 października 2014r. w zakresie układu torowego, wzmocnienia podtorza, przebudowy układów torowych (vide k- 14.913, 15.073, 15.431-15.438). Ponadto zawarcie umów uzupełniających poprzedzało zgromadzenie obszernej dokumentacji, z której wynikało, że jeszcze zanim doszło do zawarcia umowy podwykonawczej ujawnione zostały roboty, których wykonanie wykaczało poza PFU i było niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy podwykonawczej, wskazywano na wady PFU (vide dokumentacja w tomach XCVI- XCIX). Co do robót związanych ze wzmocnieniem korony torowiska na torze nr (...)km 45.335- 45.415 oraz km 50.300- 50.450 sporządzone zostały w dniu 19 września 2013r. i 9 października 2013r. protokoły konieczności i nastąpiło zgłoszenie roszczeń,

które zostały zaakceptowane przez Inspektora nadzoru S. W. (vide k- 17.338, 17.346, 17.348, 17.359, 17.368, 17.550, 17.552). Wnioski o zatwierdzenie zmiany wraz z kosztorysem (...) zostały wysłane do (...) (vide k- 16.550, 16.556). Co do usunięcia kolizji z ciepłociągiem na stacji (...) zgłoszone zostało roszczenie, został opracowany projekt wykonawczy uzasadniający te prace (vide k- 17.380, 17.391). W zakresie prac związanych z usunięciem kolizji z komorą zawierającą nieczynny zawór wody na stacji (...) zgłoszone zostało roszczenie (k-17.416). Co do wykonania pali żwirowo- cementowych, iniekcji cementowych oraz stabilizacji gruntów potrzeba wykonania tych prac znalazła swoje potwierdzenie w notatce z dnia 8 października 2013r., sporządzonej w obecności inspektora nadzoru (...), ponadto w dniu 7 listopada 2013r. sporządzono protokół konieczności, potwierdzający potrzebę wymiany gruntu pod nastawnią w Ż., potwierdza to również wpis do dziennika budowy, a co najważniejsze wykonanie tych robót jako dodatkowych potwierdzone zostało protokołem odbioru technicznego robót w dniu 7 listopada 2013r. (vide k- 17.432, 17.434, 17.436, 17.452). Konieczność przedłużenia peronu nr (...) wynikała z zalecenia zamawiającego czyli pozwanego ad. 1. Konieczność tych robót potwierdza pismo z dnia 12 grudnia 2013r. oraz protokół nr (...) z dnia 10 lipca 2013r., w którym przyznane zostało przez Dyrektora Koordynatora Kontraktu L. B., że wydłużenie peronu będzie się wiązało z dodatkową zapłatą (k- 17.457, 1.771), ponadto protokół odbioru tych prac, z którego wynika, że prace wykonało (...) (k- 17.459). Trzeba przy tym zaznaczyć, że powód do momentu odstąpienia od umowy podwykonawczej był wskazywany w przejściowych świadectwach płatności jako podwykonawca. Pozwany ad. 1 miał zatem pełną wiedzę co do zakresu robót wykonywanych przez powoda i nie zgłaszał w toku procesu budowlanego żadnych zastrzeżeń w tym zakresie. W konsekwencji sprzeciw pozwanego ad. 1 wyrażony w piśmie z dnia 6 grudnia 2013r. (k- 1118) był spóźniony co do większości robót wykraczających poza umowę podwykonawczą a zgłoszonych w przedmiotowym procesie, skoro zostały one przez powoda już wykonane. Przy czym należy zwrócić uwagę na fakt, że sprzeciw pozwanego ad. 1 dotyczył umowy podwykonawczej na warunkach określonych przez powoda w piśmie z dnia 25 listopada 2013r. (k- 1095), a nie faktycznego wykonania przez niego robót wykraczających poza PFU, niezbędnych dla osiągnięcia rezultatu wynikającego z umowy podwykonawczej, którą zamawiający znał i akceptował.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nawet gdyby uznać, że powód nie dochował procedury zgłaszania robót dodatkowych, to skoro pozwany ad. 1 wiedział, że powód wykonał roboty, wykraczające poza zakres umowy i akceptował ich wykonanie, co więcej ich bez ich wykonania powód nie mógł realizować prac wchodzących w zakres przedmiotu umowy, zasadnym jest twierdzenie, że na gruncie art. 647¹ § 5 k.c. w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy podwykonawczej, pozwany ad. 1 jako inwestor ponosi solidarną odpowiedzialność wraz z generalnym wykonawcą za zapłatę powodowi wynagrodzenia również w tej części, która wykraczała poza przedmiot umowy podwykonawczej.

Nie sposób przy tym w świetle zebranych w sprawie dowodów uznać za uzasadnione twierdzenie pozwanego ad. 1, że w toku postępowania nie zostało wykazane, iż po odstąpieniu przez powoda od umowy podwykonawczej pozostały do realizacji dalsze roboty wykraczające poza zakres umowy, których powód nie wykonał do dnia odstąpienia od umowy. Przede wszystkim z zebranego w sprawie materiału dowodowego, ocenionego pod względem wiedzy specjalistycznej przez Zespół Biegłych wynika, jakie prace pozostające poza zakresem umowy były niezbędne do prawidłowej realizacji umowy, a jakie zostały wykonane przez powoda. Podkreślić należy, że o skali roszczeń pozwany ad. 1 miał wiedzę, co potwierdza chociażby pismo pozwanego ad. 2 kierowane w dniu 6 sierpnia 2013r. do (...) dotyczące powiadomienia o roszczeniu wraz z zestawieniem robót dodatkowych (vide k- 16.498- 16.506).

W kontekście powyższych rozważań, zdaniem Sądu Apelacyjnego chybiony był zarzut apelacji pozwanego ad. 1 dotyczący naruszenia art. 647¹ §§ 2,4 i 5 k.c. w zakresie w jakim Sąd Okręgowy przyjął solidarną odpowiedzialność inwestora i generalnego wykonawcy za zapłatę na rzecz powoda należności dotyczących robót uzupełniających i dodatkowych.

Przesądziwszy powyższe kwestie, należało poddać ocenie przyjętą przez Sąd Okręgowy skuteczność odstąpienia przez powoda od umowy podwykonawczej.

Na gruncie umowy o roboty budowlane kwestia możliwości odstąpienia od umowy na podstawie art. 640 k.c. w orzecznictwie nie jest postrzegana jednolicie. Natomiast w rozpatrywanej sprawie w piśmie z dnia 23 stycznia 2014r. powód jako przyczynę odstąpienia od umowy wskazał nienależyte wykonanie przez wykonawcę umowy,

zwłokę w wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy oraz brak współdziałania wykonawcy, które było niezbędne dla należytego wykonania umowy. W dalszej części tego pisma powód wyjaśnił, że nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę polegało przede wszystkim na braku zlecenia podwykonawcy wykonania robót dodatkowych, niezbędnych do wykonania przez niego przedmiotu umowy lub zlecenia tych prac innemu wykonawcy. Powód wskazał, że obowiązek ich zlecenia wynikał ze wspólnego oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013r. Powód wyjaśnił, że wielokrotnie wskazywał na konieczność udzielenia tego rodzaju zlecenia, a pismem z dnia 13 stycznia 2014r. wykonawca jednoznacznie potwierdził, że nie udziela podwykonawcy zlecenia na wykonanie robót uzupełniających i dodatkowych, wykonawca nie wskazał przy tym czy wykona te prace siłami własnymi czy poprzez zatrudnienie innego podwykonawcy, co pozwoliłoby powodowi na wykonanie umowy (vide k-37-39).

Na wstępie rozważań w tym przedmiocie należy zaznaczyć, że potrzeba współdziałania inwestora z wykonawcą w umowie o roboty budowlane w ocenie Sądu Apelacyjnego jest niewątpliwa i wynika z samej treści art. 647 k.c. Wskazać można dwie specyficzne cechy odróżniające umowę o roboty budowlane od umowy o dzieło. Po pierwsze, przedmiotem świadczenia niepieniężnego wykonawcy w ramach umowy ujętej w art. 647 k.c. może być nie każdy rezultat pracy o ucieleśnionym charakterze, lecz tylko taki, który powstał w wyniku wykonywania robót budowlanych (por. wyrok SN z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 653/97, OSNC 1998, nr 12, poz. 207). Po drugie, elementem konstytutywnym umowy o roboty budowlane jest, dająca się wyinterpretować z art. 647 k.c., szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia, przejawiająca się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy (zob. uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01).

Niemniej jednak w wyroku z dnia 27 kwietnia 2017 r. w sprawie II CSK 323/16 Sąd Najwyższy wskazał, że uregulowana w kodeksie cywilnym umowa o roboty budowlane stanowi samodzielny typ umowy nazwanej, co wyklucza traktowanie art. 647 i nast. k.c. jako przepisów szczególnych wobec art. 627 i nast. k.c. dotyczących umowy o dzieło. Relacja między tymi umowami jest inna np. niż w wypadku umów najmu i dzierżawy, w związku z czym nie ma w rozważanym zakresie odpowiednika art. 694 k.c., który zawierałby ogólną delegację do odpowiedniego stosowania przepisów o umowie o dzieło. W szczególności nie ma podstaw do twierdzenia, że takim przepisem jest art. 656 § 1 k.c., który wprawdzie przewiduje odpowiednie stosowanie przepisów o umowie o dzieło, ale jedynie w ściśle wskazanych tam kwestiach. Nie ulega zaś wątpliwości, że art. 656 § 1 k.c. nie odsyła ani do art. 639 k.c., ani do art. 640 k.c. Podobny pogląd został wyrażony w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 lipca 2013 r. w sprawie I ACa 472/13, w którym wskazano, że artykuł 656 § 1 k.c. ogranicza tylko do art. 635 k.c., art. 636 § 1 i 2 k.c., art. 638 k.c. i art. 644 k.c. odpowiednie stosowanie do umów o roboty budowlane przepisów regulujących umowę o dzieło. I choć nowsze orzecznictwo opowiedziało się za dopuszczalnością stosowania w drodze analogii do umowy o roboty budowlane także przepisów art. 629 i 632 § 2 k.c., to za dalszym rozszerzaniem ograniczeń zawartych w art. 656 § 1 k.c. nie przemawia argument o luce w prawie, sugerujący odpowiednio stosować art. 640 k.c. do umowy o roboty budowlane i przyznaniem przyjmującemu zamówienie wykonawcy uprawnienia do odstąpienia od umowy z przyczyn niewspółdziałania zamawiającego przy wykonywaniu umowy. W razie bowiem zmiany stosunków i zagrożenia rażąco stratą wykonawcy, zobowiązanego do oddania robót budowlanych zgodnie z umową, może on poszukiwać ochrony swoich interesów przez odpowiednie zastosowanie art. 632 § 2 k.c., z możliwością domagania się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, a nawet rozwiązania umowy.

Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę tego poglądu nie podziela. W ocenie Sądu Apelacyjnego dla uzasadnienia zasadności zastosowania przepisu art. 640 k.c. jako prawnej podstawy odstąpienia przez wykonawcę czy podwykonawcę od umowy o roboty budowlane aktualność zachowują argumenty, które legły u podstaw uznania przez Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 29 września 2009 r. (III CZP 41/09), że przepisy art. 629 i 632 § 2 k.c. mogą mieć zastosowanie w drodze analogii do umowy o roboty budowlane. Sąd Najwyższy w uchwale tej, opowiadając się za koncepcją wyraźnego wyodrębnienia tej umowy w kodeksie cywilnym względem umowy o dzieło, wskazał, że rozstrzygnięcie zagadnienia postawionego przez Rzecznika Praw Obywatelskich wymaga stwierdzenia, czy w zakresie regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, zawartej w kodeksie cywilnym, występuje luka uzasadniająca stosowanie innych przepisów w drodze analogii. O jej istnieniu nie decyduje bezpośrednio zakres odesłania z art. 656 § 1 k.c., czym innym jest bowiem odpowiednie stosowanie określonych

przepisów, wynikające z odesłania do pewnej regulacji odrębnej, podyktowanego techniką legislacyjną (zredukowanie konieczności powtórzeń) i koniecznością modyfikacji tej regulacji ze względu na odmienną istotę jej przedmiotu, a czym innym stosowanie takich przepisów w drodze analogii, którą uzasadnia właśnie brak odpowiedniej regulacji. Brak w art. 656 § 1 k.c. odesłania do odpowiedniego stosowania art. 629 i 632 § 2 k.c. do umowy o roboty budowlane otwiera zatem możliwość uznania, że w tym zakresie istnieje luka prawna. Może wskazywać na nią już sam brak dostatecznej regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, zawartej obecnie w końcowym fragmencie art. 647 k.c.; jest ona uznawana za niewystarczającą (por. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01). W orzecznictwie podkreślono, że ten stan jest wynikiem przyjętego przy uchwalaniu kodeksu cywilnego założenia, iż wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych zostanie uregulowane w przepisach szczególnych (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r., V CSK 63/07 i z dnia 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08). W kilku wyrokach Sądu Najwyższego wskazano wprost, że występuje w tym przypadku luka instrumentalna, która jest definiowana jako brak określonej regulacji uniemożliwiający rozstrzygnięcie prawnie istotnej kwestii, istnienie takiej luki nie jest jednak warunkiem stosowania przepisów w drodze analogii (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2008 r., IV CSK 460/07, i z dnia 18 października 2006 r., II CSK 121/06). Może za tym przemawiać także sytuacja, w której rozstrzygnięcie prawnie istotnej kwestii jest wprawdzie możliwe na podstawie przepisów ogólnych, jednakże ich zestawienie z regulacją szczególną zbliżonych kwestii, unormowanych wyraźnie przez ustawodawcę, prowadzi do rezultatów istotnie odmiennych, a nie ma wystarczających racji uzasadniających tę odmienność. Nie budzi wątpliwości podobieństwo regulacji w zakresie konstrukcji umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane. Jest ono powszechnie przyjmowane w literaturze i orzecznictwie, gdzie podkreśla się, że umowa o roboty budowlane wywodzi się z umowy o dzieło i są to w obu wypadkach umowy rezultatu, a przedmiot umowy o roboty budowlane (obiekt budowlany) spełnia wszelkie cechy dzieła w rozumieniu przepisów tytułu XV księgi trzeciej kodeksu cywilnego (por. uzasadnienie wyroków Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90, OSNCP 1992, nr 7-8, poz. 137 i z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/00, oraz uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01). Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 czerwca 1999 r., K 34/98 (OTK Zb.Urz. 1999, nr 5, poz. 94) stwierdził, że Konstytucja chroni nie tylko prawo własności, ale również inne prawa majątkowe, w tym prawa obligacyjne. Z zasady, że wszystkie prawa majątkowe podlegają ochronie wynika ciążąca na ustawodawcy powinność nie tylko ustanawiania przepisów i procedur chroniących prawa majątkowe, ale również obowiązek nieprzyjmowania regulacji, które prawa majątkowe mogą pozbawić ochrony lub ją ograniczyć. Gwarancja równej ochrony praw majątkowych ustanowiona w art. 64 ust. 2 Konstytucji nie może być utożsamiana z identyczną intensywnością ochrony udzielanej poszczególnym kategoriom praw majątkowych, gdyż jest zależna od ich treści i ujęcia konstrukcyjnego. Równość może być - zdaniem Trybunału Konstytucyjnego - odnoszona jedynie do praw tej samej kategorii. Stwierdzenie to odpowiada relacjom istniejącym pomiędzy umową o dzieło i umową o roboty budowlane ze względu na znaczące podobieństwo między nimi. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, formalne wyodrębnienie jakiegoś prawa majątkowego na poziomie ustawy i zapewnienie mu zasadniczo odmiennej ochrony prawnej w stosunku do innego prawa, należącego wprawdzie do innej kategorii, ale treściowo, konstrukcyjnie i funkcjonalnie zbliżonego, czy prawie identycznego z prawem, któremu jest przyznawana znacznie silniejsza ochrona, może uzasadniać zarzut naruszenia zasady równej ochrony praw majątkowych wyrażonej w art. 64 ust. 2 Konstytucji. Również z tego względu należy opowiedzieć się za stanowiskiem dopuszczającym możliwość stosowania art. 629 i 632 § 2 k.c. w drodze analogii do umów o roboty budowlane, w których zastrzeżono wynagrodzenie kosztorysowe lub ryczałtowe wykonawcy robót budowlanych. Jak wskazano, w orzecznictwie trafnie zwrócono uwagę, że niewystarczający stan regulacji dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych jest wynikiem założeń przyjętych jeszcze przy uchwaleniu kodeksu cywilnego, co nie wskazuje na wolę ustawodawcy, aby regulację tę pozostawić wyłącznie w kształcie określonym w przepisach dotyczących umowy o roboty budowlane. Oceny tej zasadniczo nie zmienia fakt, że po uchyleniu przepisów szczególnych regulujących te kwestie nie dokonano odpowiedniej nowelizacji kodeksu cywilnego. Brak aktywności prawodawcy nie stanowi wystarczającego argumentu do przyjęcia stanowiska, że jego zamiarem było wprowadzenie ograniczenia wyłącznie do możliwości stosowania art. 656 § 1 k.c. W wyniku uchylenia przepisów szczególnych regulacja odnosząca się do wynagrodzenia wykonawcy umowy o roboty budowlane, obejmująca wcześniej zarówno przepisy kodeksu cywilnego, jak i przepisy odrębne, utraciła natomiast niewątpliwie charakter regulacji zupełnej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższa argumentacja jest aktualna również w zakresie zastosowania w drodze analogii art. 640 k.c. jako podstawy prawnej odstąpienia od umowy o roboty budowlane. Nie można bowiem tracić z pola widzenia związków zachodzących pomiędzy oba typami umów, aczkolwiek zgodnie z dominującym stanowiskiem umowa o roboty budowlane stanowi odrębny typ umowy nazwanej, nie jest podtypem umowy o dzieło choć historycznie wywodzi się z tej ostatniej. Jak wskazuje się w doktrynie, podstawowe problemy dotyczące odróżnienia umowy o roboty budowlane od umowy o dzieło mają swoje źródło w ramowym i kadłubowym charakterze normatywnej umowy o roboty budowlane w kodeksie cywilnym, gdy założeniem twórców kodeksu cywilnego było, iż zostanie ono uzupełnione przez szczególne przepisy pozakodeksowe, których funkcję pełniły do 1 X 1992 r. ogólne warunki umów o wykonanie inwestycji, robót i remontów budowlanych. Jednym z zasadniczych elementów konstytutywnych umowy o roboty budowlane jest szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą, jeśli chodzi o przygotowanie i wykonanie przedmiotu świadczenia, przejawiające się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy. Obecnie brak jest szczegółowej dostosowanej do zmieniających się potrzeb praktyki budowlanej regulacji prawnej dotyczącej rozwiązania kwestii współdziałania uczestników procesu budowlanego. Norma art. 656 k.c. nie jest w tej mierze, z uwagi na zbyt wąski zakres, wystarczająca. W takim przypadku przy braku aktualnej regulacji dopuszcza się stosowanie analogii poprzez sięganie do najbliższej typowi umowy o roboty budowlane umowy o dzieło, z uwagi na podobieństwo prawne obu typów umów, podobieństwo celów poprzez osiągnięcie zakładanego konkretnego rezultatu. Ponadto w literaturze przedmiotu opowiadając się za możliwością stosowania do umowy o roboty budowlane przepisu art. 640 k.c. wskazuje się, że obowiązek współdziałania stron jest o wiele bardziej wyraźny w umowie o roboty budowlane niż w przypadku umowy o dzieło. W prawie budowlanym po stronie inwestora istnieje szereg obowiązków i inwestycje budowlane praktycznie nie mogą być realizowane bez rzeczywistego współdziałania stron we wszystkich fazach procesu budowlanego. Brak takiego współdziałania nierzadko stanowi przeszkodę w realizacji robót skutkującą wystąpieniem opóźnień, gdy regulacja art. 640 k.c. daje wykonawcy (przyjmującemu zamówienie) określone w nim usprawienie zapewniające równowagę stron procesu inwestycyjnego w sytuacji, gdy art. 635 k.c. daje uprawnienie do odstąpienia w przypadku wystąpienia opóźnienia zamawiającemu (inwestorowi) (tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 20 września 2012 r., V ACa 286/12).

W ocenie Sądu Apelacyjnego rozpoznającego przedmiotową sprawę nie ma wystarczających racji sprzeciwiających się przyjęciu możliwości odpowiedniego zastosowania art. 640 k.c. jako podstawy odstąpienia od umowy o roboty budowlane, jeżeli uwzględni się fakt, że współdziałanie uczestników procesu budowlanego jest immamentną cechą tego procesu w celu osiągnięcia rezultatu w postaci wybudowania obiektu budowlanego zgodnego z projektem budowlanym. Należy również odwołać się do wyrażonej w art. 64 ust. 2 Konstytucji gwarancji równej ochrony praw majątkowych. Nie powinno budzić wątpliwości, że umowa o roboty budowlane wywodząca się historycznie z umowy o dzieło należy do tej samej kategorii praw z uwagi na znaczące podobieństwo obu tych umów.

W doktrynie dominuje pogląd, że powinność współdziałania zamawiającego z przyjmującym zamówienie może wynikać z właściwości danego dzieła (w tym czynności koniecznych do jego powstania) lub treści zawartej przez strony umowy, ustalanej na podstawie kryteriów wykładni z art. 65 (W. Siuda, *Istota i zakres umowy o dzieło*, Poznań 1964, s. 26; A. Brzozowski (w:) *System Prawa Prywatnego*, t. 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rąjski, Warszawa 2011, s. 398). W uzasadnieniu wyroku SN z dnia 25 lutego 2010 r., V CSK 297/09, LEX nr 585907, wyrażono pogląd, że obowiązek współdziałania wierzyciela przy wykonywaniu zobowiązania przez dłużnika nie musi wynikać wprost z postanowień umownych – może on wynikać z właściwości świadczenia dłużnika. Współdziałanie wywodzone z pierwszego z wymienionych źródeł stanowi przedmiot prawnego obowiązku ciężącego na zamawiającym, niemniej jednak służy ono przede wszystkim uzyskaniu przez niego należnego mu świadczenia i z tego względu nie może być egzekwowane w drodze roszczenia procesowego i przymusowej egzekucji. W odmienny sposób należy postrzegać skonkretyzowane obowiązki współdziałania wynikające z umowy o dzieło. Stanowią one co do zasady uboczny obowiązek kontraktowy zamawiającego, a tym samym element jego świadczenia. Prawidłowe wykonanie obowiązku współdziałania przez zamawiającego oznacza podejmowanie przez niego takich działań, bez których wykonanie dzieła (spełnienie świadczenia) przez przyjmującego zamówienie jest niemożliwe lub staje się

nadmiernie utrudnione (powołany wyżej wyrok SN z dnia 25 lutego 2010 r., V CSK 297/09; A. Klein, Skutki prawne braku współdziałania wierzyciela z dłużnikiem, AUWr 1990, t. CLXXXI, s. 155).

Z niewadliwych ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy w rozpatrywanej sprawie, Sąd ten wyprowadził prawidłowe wnioski co do tego, że po stronie generalnego wykonawcy zabrakło właściwego współdziałania, które uniemożliwiło powodowi wykonanie przedmiotu umowy podwykonawczej. Powód w toku realizacji umowy zgłaszał pozwanemu ad. 2 roszczenia o dodatkową zapłatę za wykonane roboty o zwiększonym zakresie rodzajowym i ilościowym, których konieczności wykonania na etapie składania oferty nie mógł przewidzieć, skoro wynikała ona w opracowywanych w trakcie realizacji umowy projektów budowlanych i wykonawczych (vide pisma powoda k- 4225, 4228, 4233, 4237 oraz zestawienie zgłoszonych przez powoda roszczeń k- 16.440). Z pisma z dnia 25 lipca 2013r. (k- 16.485) wynika, że część wniosków uzyskała wstępną akceptację i zostały zakwalifikowane do procedowania w trybie robót dodatkowych. Pozwany ad. 2 pomimo wyraźnego zapisu umowy (vide § 1 ust. 5) oraz złożonego w dniu 14 czerwca 2013r. oświadczenia, że co do prac dodatkowych jak i robót o zwiększonej ilości i zakresie względem PFU zobowiązał się do ich zlecenia powodowi lub powierzenia ich wykonania innemu podmiotowi, ostatecznie nie przestrzegał przyjętych przez siebie postanowień, uznając, że wszystkie wykonywane przez powoda roboty mieszczą się w umówionym ryczałcie. W tym miejscu ponownie podkreślić należy, że pozwany ad. 2 doskonale wiedział, że część wykonywanych przez powoda robót wykracza poza przedmiot umowy i wynagrodzenie ryczałtowe, skoro jako członek konsorcjum podpisał z pozwanym ad. 1 już w dniu 24 maja 2013r. dwie umowy o roboty uzupełniające obejmujące również te, które wykonywał powód. Ponownie przypomnieć należy, że zawarcie tych umów poprzedzało zgromadzenie obszernej dokumentacji uzasadniającej potrzebę ich zlecenia, w której gromadzeniu czynny udział brał pozwany ad. 2. Ponadto w dniu 2 sierpnia 2013r. został zawarty aneks nr (...) do Kontraktu Głównego zwiększający zakres robót dotyczących układów torowych (vide k- 3.581). Jego wiedza w tym zakresie wynika ponadto z treści jego pisma kierowanego do powoda z dnia 10 czerwca 2013r. (vide k- 4224). Trafnie Sąd Okręgowy uznał, że pozwany – zmieniając zdanie co do tego, jak należy rozumieć umowę w stosunku do tego, jak rozumiał ją w dacie zawarcia – w istocie miał na celu jedynie uniknięcie obowiązku dodatkowej zapłaty, a więc zwiększenia kosztów, co wiązało się ze zmniejszeniem dla pozwanego korzyści płynących z realizacji umów zawartych z pozwanym ad. 1. Nie miało to jednak nic wspólnego z tym, jak pozwany rzeczywiście rozumiał zapisy umowne, skoro pozwany następczo dostosowywał to – prezentowane przez siebie - rozumienie do swoich bieżących potrzeb. Konieczność współdziałania pozwanego ad. 2 w zakresie zlecenia powodowi lub innemu podwykonawcy robót wykraczających poza przedmiot umowy nabiera szczególnego wyrazu jeżeli uwzględnia się fakt, że bez wykonania robót nieobjętych umową podwykonawczą niemożliwe było osiągnięcie umówionego rezultatu. Z opinii biegłych wynika, że powód nie mógł kontynuować robót przewidzianych w PFU, bez uprzedniego wykonania tych, które PFU nie przewidywało. Po szczegółowej analizie zgromadzonej w aktach sprawy dokumentacji, biegli uznali, że przedkładana do Podwykonawcy po dacie złożenia Oferty z dnia 19.03.2013 r. dokumentacja projektowa w postaci projektów wykonawczych w wielu przypadkach wprowadzała dodatkowe rozwiązania niezbędne dla zmodernizowania linii zgodnie z wymaganiami jednostek opiniujących i uzgadniających oraz wskutek zmian technicznych i technologicznych akceptowanych/wymaganych przez Zamawiającego. Powyższe skutkowało znacznymi zmianami ilościowymi poszczególnych robót w stosunku do ilości przewidzianych w PFU. Z kolei konieczność ich kompleksowego wykonania w wymaganej kolejności technologicznej zmieniała warunki wykonania prac. Obejmowało to również konieczność reorganizacji prowadzonych robót, zaangażowania większych zasobów lub prowadzenia prac w odmiennych warunkach atmosferycznych. Zespół Biegłych uznał, że przedmiot Umowy Podwykonawczej mógł zostać zrealizowany wyłącznie po zleceniu robót nieprzewidzianych w PFU Podwykonawcy lub innemu podwykonawcy (według woli Wykonawcy) w celu konieczności kompleksowego zrealizowania kontraktu. Zdaniem biegłych Podwykonawca de facto nie miał możliwości realizacji przedmiotu Umowy Podwykonawczej na warunkach i w zakresie uzgodnionym w Ofercie z dnia 19.03.2013 r. Zarówno opóźnienia w otrzymaniu dokumentacji wykonawczej, wejścia na plac budowy, brak możliwości realizacji przedmiotu Umowy Podwykonawczej w pierwotnym zakresie i konieczność jego realizacji na warunkach i w zakresie wynikającym z dokumentacji projektowej (a więc w zakresie znacząco szerszym) musiało z przyczyn oczywistych wymagać dodatkowych nakładów rzeczowych, finansowych i czasowych i tym samym uniemożliwiało terminową realizację Umowy Podwykonawczej. Z tych przyczyn stanowisko pozwanego ad. 2 wyrażone w piśmie skierowanym do powoda z dnia 8 listopada 2013r., odwołujące się do ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, które miało implikować

obowiązek terminowego wykonania robót bez ich uzależniania od uprzedniego uznania przez (...) zasadności roszczeń powoda było całkowicie bezzasadne i stanowiło przejaw braku chęci współdziałania z powodem (vide k- 1074).

W kontekście wniosków opinii Zespołu Biegłych, chybione były również te zarzuty apelacji pozwanych, które brak skuteczności odstąpienia przez powoda od umowy wiązały z faktem nieudowodnienia ile robót w skali całej Umowy Podwykonawczej stanowiły roboty dodatkowe w chwili składania przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Biegli w tabelach od (...) do (...)szczegółowo przedstawili różnice pomiędzy PFU a projektami wykonawczymi. Z zestawienia tych różnic wynika, że opracowane przez Zespół Biegłych tabele dla poszczególnych odcinków wykazały, iż projekty wykonawcze wprowadziły rozwiązania zmieniające zarówno zakres robót, jak i ilości robót wynikających z RCO Umowy Podwykonawczej i PFU. Zmieniony zakres jak i ilości określone projektem wykonawczym zatwierdzonym do realizacji stanowiły jedno spójne rozwiązanie modernizowanej linii, które musiało być realizowane kolejnymi, następującymi po sobie, etapami technologicznymi i było niezbędne do zrealizowania Przedmiotu Umowy Podwykonawczej. Zatem dostarczona dokumentacja projektowa powodowała konieczność wykonania przez Podwykonawcę większego zakresu i związanej z tym zakresem większej ilości poszczególnych robót, niż wynikało to z PFU i RCO Umowy Podwykonawczej (vide str. 144-145 opinii). Ponadto w toku postępowania pozwani tego rodzaju zarzutów co do skuteczności złożonego przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie formułowali, jak również nie wnosili o objęcie tych okoliczności opinią biegłych. Pozwani w szczególny sposób akcentują fakt, że roboty dodatkowe wykonane przez powoda zostały wycenione przez biegłych jedynie na 198.789,74 zł brutto. Pomijają przy tym inny fakt, że roboty uzupełniające wykonane przez powoda zostały wycenione na kwotę 1.400.128,87 zł brutto. Ponadto ze złożonego przez pozwanego ad. 2 projektu notatki ze spotkania w dniu 21 stycznia 2014r. (vide k-1809-1812) wynika, że pozwany był skłonny ustalić wartość wynagrodzenia za roboty uzupełniające na kwotę 6 mln zł. Przy czym zarówno roboty dodatkowe jak i uzupełniające pozostawały poza zakresem PFU, co do których pozwany ad. 2 zobowiązał się do ich zlecenia powodowi lub innym podmiotom. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ulega wątpliwości, że skala wprowadzonych w projektach zmian była tak znaczna, że zaniechanie przez pozwanego ad. 2 zlecenia ich wykonania jako robót uzupełniających lub dodatkowych uzasadniał odstąpienie przez powoda od umowy. Trudno bowiem oczekiwać od powoda dalszego rzeczowego, osobowego i finansowego angażowania swoich zasobów w proces budowlany bez ustalenia czy i jakiej wysokości wynagrodzenie za to uzyska.

Powyższe wnioski opinii Zespołu Biegłych w sposób jaskrawy pokazują jak ważne było współdziałanie pozwanego ad. 2 na płaszczyźnie zleceń robót nieobjętych umową w celu należytego wykonania przedmiotu umowy podwykonawczej. Zgodzić należy się z pozwanym ad. 2, że umowa podwykonawcza nie przewidywała obowiązku zlecenia powodowi wykonania robót wykraczających poza jej przedmiot. Niemniej jednak nie oznacza to, że obowiązkiem powoda w ramach umówionego wynagrodzenia ryczałtowego było wykonanie wszystkich robót, nawet tych, których nie mógł przewidzieć. Jeżeli strony umowy podwykonawczej nie osiągnęły konsensusu co do należnego powodowi wynagrodzenia za roboty dodatkowe, to pozwany ad. 2 winien był zlecić wykonanie tych robót innemu podmiotowi lub wykonać je samodzielnie i to niezależnie od tego w jakich proporcjach prace nieobjęte przedmiotem umowy pozostawały do prac objętych umową.

W ocenie Sądu Apelacyjnego chybione są przy tym twierdzenia pozwanego ad. 2, że we właściwy sposób wypełniał on obowiązek współdziałania z powodem w tym zakresie. Pozwany ad. 2 twierdził, że roszczenia powoda nie spełniały warunków do nadania im dalszego biegu (vide pismo procesowe k- 16.434). W ocenie Sądu Apelacyjnego z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że w ramach umownego obowiązku należytego uzasadnienia i udokumentowania roszczeń przez Podwykonawcę, pozwany ad. 2 usiłował na powoda przerzucać obowiązki, które wynikały z Kontraktu Głównego. Z pisma pozwanego ad. 1 z dnia 13 kwietnia 2011r. wynika, że za niedopuszczalne uznane zostały sytuacje zgłaszania bezpośrednio do Biura Centrali przez Podwykonawców robót zamiennych i dodatkowych. Pozwany powołując się na Klauzulę (...) Warunków kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla robót elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę – FIDIC, przedstawił obowiązujący tok postępowania w tym zakresie (vide k-16.559v- 16.560). Zgodnie z tą procedurą do obowiązków Wykonawcy należało przedstawienie na piśmie do Inżyniera i uzasadnienie potrzeby wykonania takich robót wraz ze stosownymi załącznikami, a po pozytywnej akceptacji przez

Inżyniera, Wykonawca zobowiązany był do sporządzenia protokołu konieczności na wykonanie robót zamiennych lub dodatkowych, którego analizy miał dokonać Inżynier. Natomiast jak wynika z pisma pozwanego ad. 2 z dnia 1 sierpnia 2013r. (k- 16.482v) nałożył on na podwykonawców obowiązek zaopatrzenia wniosków o zlecenie robót dodatkowych nie tylko w merytoryczne uzasadnienie wraz z odpowiednią dokumentacją w postaci przedmiarów i kosztorysów, ale również nałożył na podwykonawców obowiązki przedstawienia protokołów konieczności wykonania tych robót podpisanych przez projektanta, inspektora nadzoru i użytkownika. Z dołączonego przez pozwanego ad. 2 wzoru protokołu konieczności wynika, że w jego sporządzeniu mieli brać udział nie tylko wykonawca, ale i inspektor nadzoru, projektant, inżynier rezydent, użytkownik, przy uzgodnieniu z inżynierem projektu oraz kierownikiem kontraktu (vide k- 16.586- 16.587). Zakres podmiotowy tego dokumentu w ocenie Sądu Apelacyjnego prowadzi do wniosku, że jego uzyskanie leżało w gestii wykonawcy a nie powoda, który nie był stroną Kontraktu Głównego, przy czym pozyskanie tego rodzaju dokumentu zostało nałożone na powoda (vide k- 16.586). Dodatkowo, jak wynika z treści notatki z dnia 5 listopada 2013r. (vide k- 4240- 4242) oraz pisma powoda z dnia 30 sierpnia 2013r. (k- 4230) pozwany ad. 2 usiłował zobowiązać (...) do uzyskania ewentualnej opinii projektanta oraz uwzględnienia w rozszczeniach dodatku za generalne wykonawstwo, co spotkało się z brakiem akceptacji tych warunków ze strony powoda. Powód nie był zobowiązany do przygotowania rozszczeń w oparciu o Kontrakt Główny, skoro w umowie podwykonawczej strony te kwestie uregulowały autonomicznie. Ponadto powód nie zlecał sporządzania dokumentacji projektowej, nie miał zatem podstaw prawnych do żądania od projektantów sporządzania opinii, nakładanie na niego tego rodzaju obowiązków nie tylko nie mieściło się w ramach umowy, ale było wręcz niemożliwe do realizacji. Z notatki z narady dotyczącej rozszczeń na odcinku II z dnia 12.12.2013r. wynika, że opinia z uzasadnieniem co do tych rozszczeń pozostawała w gestii Biura Projektowego. Trudno również oczekiwać od powoda, którego z Zamawiającym nie łączył żaden stosunek prawny, że jego rozszczenie o zlecenie mu robót nieobjętych PFU będzie zawierało „uzasadnienie korzyści dla Zamawiającego wykonania tych robót”. W ocenie Sądu Apelacyjnego okoliczności te wskazują na brak po stronie pozwanego ad. 2 woli konstruktywnego współdziałania z powodem w celu uzyskania zgody Zamawiającego na zlecenie powodowi prac wykraczających poza PFU. Niezależnie od tego, jeżeli się uwzględni treść złożonej przez pozwanego ad. 2 deklaracji zlecenia powodowi prac wykraczających poza PFU zawartej w oświadczeniu z dnia 14 czerwca 2013r, to brak jest racjonalnych podstaw do oczekiwania na zgodę Zamawiającego skoro pozwany ad. 2 uzyskał zlecenie wykonania robót uzupełniających na podstawie umów z dnia 24 maja 2013r. oraz aneksu nr (...) do Kontraktu Głównego za dodatkowym wynagrodzeniem.

Ponadto nawet, gdyby podzielić pogląd pozwanego ad. 2, że zgłaszane przez powoda rozszczenia ze względów formalnych nie mogły zostać uwzględnione, to rzeczą pozwanego było zlecenie ich wykonania innemu podmiotowi lub samodzielne ich wykonanie, a nie oczekiwanie na ich realizację przez powoda w ramach umówionego ryczałtu. Trzeba bowiem pamiętać, że zmiany wynikające z dokumentacji projektowej skutkowały dla powoda koniecznością reorganizacji prowadzonych robót, zaangażowania większych zasobów lub prowadzenia prac w odmiennych warunkach. Pozwany ad. 2 do pewnego momentu zapewniał przy tym powoda, że jego intencją jest zlecenie mu robót w oparciu o § 1 ust. 6 umowy podwykonawczej (vide – 16.459). W konsekwencji deklarowana przez pozwanego ad. 2 wola współdziałania, w zakresie niezbędnym dla prawidłowego przygotowania rozszczeń nie doprowadziła do żadnych rezultatów, ani do akceptacji rozszczeń przez Zamawiającego, ani do akceptacji tych rozszczeń przez Wykonawcę ani też do wykonania spornych robót przez Wykonawcę lub powierzenia ich wykonania innemu podmiotowi.

W kontekście powyższych rozważań obowiązek pozwanego ad. 2 aktualizował się w podjęciu działań, których brak podjęcia uniemożliwiał powodowi dalszą realizację przedmiotu umowy. Pozwany ad. 2 doskonale zdawał sobie sprawę z tego, że przeważająca część rozszczeń zgłoszonych przez powoda wykracza poza zakres umowy podwykonawczej. Przyjął on przy tym na siebie obowiązek określonego działania, który wynikał zarówno z § 1 ust. 5 i 6 umowy jak i z oświadczenia z dnia 14 czerwca 2013r. Brak współdziałania pozwanego ad. 2 miał zatem skutki zwłoki wierzyciela, w konsekwencji uprawnienie powoda do odstąpienia od umowy aktualizowało się również na gruncie art. 491 § 1 k.c.

W tych okolicznościach uznać należy, że pismo powoda z dnia 11 grudnia 2013r. (vide k- 1130) spełniało wymogi z art. 640 k.c. Przede wszystkim w piśmie tym powód nawiązywał do wcześniejszej korespondencji stron, w tym pisma z dnia 29 listopada 2013r., w którym pozwany zanegował chęć zlecenia powodowi wykonania jakichkolwiek

robót wykraczających poza zakres prac zleconych w umowie (vide k- 1102) oraz do sprzeciwu Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2013r., (vide – 1118-1119), wzywając pozwanego ad. 2 w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma do potwierdzenia, czy (...) ma wykonać roboty wychodzące poza zakres Umowy, tzn. objęte roszczeniami (...), w tym roboty na odcinku VIII i IX oraz czy (...) uzyska zgodę od Zamawiającego na podwykonawstwo (...) w zakresie robót uzupełniających i dodatkowych. Ponadto w przypadku, gdyby (...) nie otrzymało w wyznaczonym terminie potwierdzenia wykonania w/w robót, Podwykonawca prosił o informację czy (...) wykona roboty dodatkowe we własnym zakresie, czy też zleci je do wykonania innemu wykonawcy. W związku z powyższym, powód w piśmie tym wezwał pozwanego ad. 2 na podstawie § 2 ust. 1 Umowy do współdziałania koniecznego dla należytego wykonania umowy i terminowego jej zakończenia pod rygorem odstąpienia przez powoda od umowy. Niewątpliwie zgodnie z § 2 ust. 1 pkt d) umowy podwykonawczej do obowiązków Wykonawcy należało zapewnienie pełnej koordynacji i harmonogramów robót poszczególnych branż występujących na całym odcinku robót (nie wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy Podwykonawcy) w celu umożliwienia Podwykonawcy należytego wykonania Przedmiotu Umowy. Ponadto powód w kolejnym piśmie z dnia 3 stycznia 2013r. ponownie wezwał pozwanego ad. 2 do przedstawienia jednoznacznego stanowiska co do zlecenia powodowi robót dodatkowych lub wskazania czy (...) zamierza roboty te wykonać we własnym zakresie lub zlecić ich wykonanie innemu podmiotowi określając ponownie termin 7 dni na udzielenie odpowiedzi pod rygorem odstąpienia od umowy przez powoda.

W kontekście zarzutów apelacji pozwanych odnoszących się do błędnego uznania przez Sąd Okręgowy, że określony pozwanemu ad. 2 termin w piśmie z dnia 11 grudnia 2013r. jest odpowiedni, należy wskazać, że wyznaczenie dodatkowego terminu na gruncie art. 640 k.c. pełni, podobnie jak w art. 491 § 1 k.c., funkcję dyscyplinującą, umożliwiając zarazem zamawiającemu wypełnienie ciężącej na nim powinności i zapobiegnięcie ustaniu stosunku obligacyjnego. O tym, jaki termin jest odpowiedni, należy rozstrzygać in casu, przy uwzględnieniu rodzaju czynności, które zamawiający powinien wykonać. Sąd Apelacyjny przychylił się do poglądu wyrażonego przez Sąd Apelacyjny w Szczecinie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 czerwca 2019 r. w sprawie I AGa 186/18, że odpowiednim terminem w rozumieniu art. 640 k.c. jest taki, który w zwykłym toku czynności pozwala dłużnikowi spełnić świadczenie. Dłużnik jest już jednak w zwłoce, powinien być świadczący, musi być zatem gotowy do spełnienia świadczenia, znać sposób wykonania zobowiązania, a ze względu na stan zwłoki można wymagać od niego większego wysiłku. Termin może być zatem krótszy od wynikającego z treści zobowiązania, zwłaszcza gdy nie musi już uwzględniać przygotowań, jakie zwykle dłużnik powinien mieć już za sobą dla spełnienia świadczenia.

Zwrócić należy uwagę, że w rozpatrywanej sprawie powód dwukrotnie określał termin 7 dni, pierwszy raz w piśmie z dnia 11 grudnia 2013, a drugi raz w piśmie z dnia 3 stycznia 2013r., ostatecznie zatem termin ten wyniósł praktycznie miesiąc. Ponadto jeżeli uwzględni się fakt, że kwestia procedowania nad zleceniem powodowi prac dodatkowych trwała od 10 czerwca 2013r., a ponadto pozwany ad. 2 miał jedynie udzielić jednoznacznej odpowiedzi czy zleci zgłoszone w ramach roszczeń roboty powodowi, wykona je samodzielnie czy też powierzy ich wykonanie innemu podmiotowi, to nie sposób podzielić stanowiska pozwanych, że termin ten nie był odpowiedni w rozumieniu art. 640 k.c.

Reasumując tę część rozważań Sąd Apelacyjny uznał, że powód skutecznie odstąpił od umowy podwykonawczej w piśmie z dnia 23 stycznia 2014r. Nie były zatem trafne zarzuty apelacji pozwanych naruszenia art. 491 § 1 i 2 k.c.

Wbrew przy tym zarzutowi apelacji pozwanego ad. 2 całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy nie dawał podstaw do twierdzeń, że skorzystanie przez powoda z prawa odstąpienia od umowy należy uznać na gruncie art. 5 k.c. jako pozostające w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Aktualnie w judykaturze trafnie zauważa się, że stosowanie art. 5 k.c. jest możliwe w stosunku do wszystkich podmiotów, również tych, które mają status przedsiębiorców i działają w obrocie profesjonalnym (wyroki SN: z 26.11.2004 r., I CK 279/04, LEX nr 277859, i z 27.04.2017 r., II CSK 398/16, LEX nr 2309147). Nie można bowiem wykluczyć potrzeby udzielenia stronie będącej przedsiębiorcą ochrony przed nadużyciem prawa przez partnera. W szczególności okoliczność, że podmiot jest przedsiębiorcą z doświadczeniem, nie wyłącza sama przez się możliwości skorzystania przez niego z przewidzianej w art. 5 k.c. konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego (wyroki SN: z

18.10.2012 r., V CSK 486/11, LEX nr 1619216; z 8.05.2015 r., III CSK 346/14, LEX nr 1677755; z 7.11.2003 r., V CK 399/02, LEX nr 175965).

Wartościami o pierwszorzędym znaczeniu w stosunkach międzyludzkich, społecznych i gospodarczych są uczciwość postępowania podmiotów prawa, szacunek i lojalność wobec siebie kontrahentów umów, a także wykonywanie zobowiązań i rzetelność świadczeń. Brak normatywnych ograniczeń w stosowaniu art. 5 k.c. w stosunkach między przedsiębiorcami nie oznacza, że w praktyce orzeczniczej takie stosowanie powinno być powszechne. Ze specyfiki obrotu gospodarczego wynika, że stwierdzenie nadużycia prawa podmiotowego powinno mieć charakter wyjątkowy, gdyż w ramach tego obrotu zachodzi konieczność ciągłego i świadomego ponoszenia ryzyka, co profesjonalści powinni umieć przewidywać. W innym razie osłabione zostałoby praktyczne znaczenie zasady trwałości umów, z zagrożeniem dla pewności i bezpieczeństwa obrotu (wyrok SN z 24.04.2014 r., III CSK 178/13, LEX nr 1489250).

Trzeba ponadto mieć na względzie, że dla prawidłowej oceny danej sprawy z punktu widzenia zgodności z zasadami współzycia społecznego niezbędnym jest uwzględnienie całokształtu okoliczności faktycznych towarzyszących określonej sprawie. W przedmiotowej sprawie to (...) jako strona umowy podwykonawczej postępowwała nielojalnie wobec powoda. Pozwany ad. 2 dostrzegając, że część robót niewątpliwie wykracza poza przedmiot umowy, pomimo złożenia oświadczenia woli, ani nie zlecił ich wykonania powodowi, ani nie zlecił ich wykonania innemu podwykonawcy, jak również nie wykonał tych prac samodzielnie, ostatecznie sugerując sprzecznie z wcześniejszymi oświadczeniami woli i deklaracjami, że wszystkie prace powód jest zobowiązany wykonać w ramach ryczałtu, sam przy tym za te prace uzyskał od zamawiającego dodatkowe wynagrodzenie. Pozwany ad. 2 postępując nielojalnie wobec powoda, nie może obecnie zarzucać mu, że odstępując od umowy naruszył zasady współzycia społecznego.

Przesądzenie skuteczności dokonanego przez powoda odstąpienia od umowy podwykonawczej powoduje bezskuteczność późniejszego odstąpienia od tej umowy przez (...) oraz brak podstaw do naliczenia kary umownej przedstawionej do potrącenia z wierzytelnościami zgłoszonymi przez powoda w przedmiotowej sprawie. Sąd Apelacyjny podziela w pełni stanowisko prezentowane w orzecznictwie, w świetle którego, aby zarzut potrącenia mógł być zgłoszony skutecznie, niezbędnym jest wykazanie przez pozwanego złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu w sposób wymagany prawem, a także zasadności tego potrącenia poprzez wykazanie istnienia wierzytelności, która została przedstawiona do potrącenia, w tym także wysokości tej wierzytelności (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 kwietnia 2015 r., VI ACa 787/14, LEX nr 1808801). W przedmiotowej sprawie ostania z wymienionych przesłanek nie została spełniona w stosunku do wierzytelności z tytułu kary umownej.

Zgodzić natomiast należy się ze skarżącymi, że doszło do skutecznego potrącenia wierzytelności przysługujących pozwanemu ad 2 w łącznej wysokości 229.633,59 zł. Na kwotę tę składały się wierzytelności z faktur VAT: nr (...) z dnia 10 lutego 2014 na kwotę 91.697,39 zł, nr (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. na kwotę 34.760,29 zł oraz nr (...) z dnia 22 stycznia 2014 r. na kwotę 103.175,91 zł, wobec treści umowy łączącej powoda z pozwanym ad.2 oraz udokumentowania ich powołanymi fakturami i mając na uwadze okoliczność, iż powód w żaden sposób nie wypowiedział się co do ich zasadności, Sąd Okręgowy uznał je za udowodnione. Tym samym za skuteczne Sąd a quo uznał potrącenie tych wierzytelności w łącznej wysokości 229.633,59 zł dokonane oświadczeniem z dnia 17 lutego 2014r., przy czym na skutek omyłki, do której Sąd ten się przyznał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie uwzględnił tego w ostatecznym rozliczeniu zawartym w wyroku. Co do zasady Sąd Apelacyjny podzielił pogląd Sądu Okręgowego dotyczący skuteczności dokonanego przez pozwanego ad. 2 potrącenia tych wierzytelności z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury VAT (...) z dnia 31 grudnia 2013r. z modyfikacją, że co do kwoty 91.697,39 zł objętej fakturą z dnia 10 lutego 2014r. do skutecznego potrącenia doszło dopiero w oświadczeniu złożonym w dniu 20 lutego 2014r. (vide k- 1989) skoro termin zapłaty należności z tej faktury przypadał na dzień 17 lutego 2014r. (vide k- 3157). Przesłanką potrącenia jest bowiem wymagalność obu wierzytelności, a ściśle rzecz biorąc, wymagalność wynikających z nich roszczeń. Oznacza to, że obaj wierzyciele mogą nawzajem żądać od siebie spełnienia należnych im świadczeń. Chociaż tak właśnie wynika z brzmienia art. 489 §1 k.c., to jednak – jak trafnie zwrócono uwagę w piśmiennictwie – artykuł ten należy stosować także wtedy, gdy jedynie wierzytelność potrącającego jest wymagalna, w odniesieniu zaś do wierzytelności przeciwstawnej zachodzi tylko możliwość zaspokojenia. Jeżeli potrącający, jako dłużnik, ze względu na zastrzeżenie terminu na jego korzyść może spłacić dług przed terminem, to podobnie powinna przedstawiać się jego

sytuacja w zakresie prawa do skorzystania z potrącenia. W przedmiotowej sprawie pierwsze oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z faktury z dnia 10 lutego 2014. zostało złożone w dniu, w którym przypadał ostatni termin płatności tej wierzytelności, była ona zatem tego dnia jeszcze niewymagalna. W konsekwencji co do tej wierzytelności w dniu 17 lutego 2014r. nie doszło do skutecznego jej potrącenia, nastąpiło to dopiero w oświadczeniu z dnia 20 lutego 2014r. W ocenie Sądu Apelacyjnego oświadczenie z dnia 20 lutego 2014r. posiada przy tym wszelkie cechy pozwalające uznać, że pozwany ad. 2 złożył w nim oświadczenie również odnoszące się do potrącenia wierzytelności w łącznej kwocie 229.633,59 zł skoro (...) oświadczyło, że pismem tym dokonuje potrącenia również tej wierzytelności. Natomiast pozostałe dwie wierzytelności wynikające z faktur z dnia 22 stycznia 2014r. (vide k- 3154, 3155 w zw. z k- 3156) były wymagalne w dniu 17 lutego 2014r., kiedy pozwany ad. 2 przedstawił je po raz pierwszy do potrącenia.

W tych okolicznościach zasadne były zarzuty obu apelacji pozwanych naruszenia art. 498 § 1 i 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie co do wierzytelności przysługującej pozwanemu ad. 2 w łącznej wysokości 229.633,59 zł.

Ostatecznie zatem wobec skutecznego potrącenia przez (...) wierzytelności w łącznej wysokości 229.633,59 zł z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury VAT nr(...)z dnia 31 grudnia 2013r. w kwocie 23.844.142,06 zł brutto, powodowi należy się kwota 23.614.508,47 zł brutto. Ponadto powodowi należy się wynagrodzenie za roboty objęte fakturą VAT nr (...) z dnia 31 stycznia 2014r. w kwocie 1.652.257,18 zł brutto.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest natomiast podstaw do zasądzenia na rzecz powoda pozostałego wynagrodzenia w kwotach brutto. Do dnia wydania przez Sąd Okręgowy zaskarżonego wyroku, jak również w toku postępowania apelacyjnego nie zostało ujawnione, aby co do pozostałych objętych żądaniem pozwu kwot powód wystawił faktury VAT. Pozwany ad. 2 w toku postępowania przed Sądem Okręgowym kwestionował prawo powoda do otrzymania wynagrodzenia w kwotach brutto, do tej okoliczności Sąd a quo się nie odniósł w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku. W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty pozwanego uznać należy za częściowo zasadne, choć z innych przyczyn, niż wskazywane przez (...). Pozwany ad. 2 powoływał się bowiem na instytucję „ulgi na złe długi” uregulowanej w art. 89a ustawy o podatku od towarów i usług. W ocenie Sądu Apelacyjnego brak było podstaw do korekty należnego powodowi wynagrodzenia w oparciu o ten przepis. Przede wszystkim korekta należnego podatku jest prawem a nie obowiązkiem wierzyciela, jeżeli powód z tego prawa nie skorzystał, to nie ma podstaw do obniżenia należnego mu wynagrodzenia o kwotę podatku VAT. Ponadto termin „należność uregulowana w jakiegokolwiek formie” wynikający z art. 89a ust. 1a ustawy obejmuje zaspokojenie wierzyciela powodujące wygaśnięcie jego roszczeń wobec dłużnika. Uregulowanie może nastąpić m.in. poprzez tradycyjny przelew, zapłatę gotówką, kompensatę lub zapłatę wekslem własnym, natomiast pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności powoda z wierzytelnościami z tytułu kary umownej oraz z wierzytelnościami w łącznej kwocie 229.633,59 zł. Niezależnie od tego, że skuteczność tego potrącenia co do kary umownej była przedmiotem sporu pomiędzy stronami, to w świetle brzmienia tego przepisu brak było podstaw do skorzystania przez powoda z dobrodziejstwa korekty podatku w oparciu o instytucję ulgi na złe długi.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe nie oznacza, że powodowi należy się wynagrodzenie powiększone o stawkę podatku od towarów i usług za tę część wynagrodzenia, która obejmowała umówiony ryczałt, ale co do której powód nie wystawił faktur VAT, a tym bardziej za tę część wynagrodzenia, która obejmowała roboty budowlane wykraczające poza przedmiot umowy podwykonawczej.

Sąd Apelacyjny podziela przy tym poglądy judykatury, że podatek VAT może mieć charakter cenotwórczy, jeżeli strony przewidziały to w umowie (wyrok SN z dnia 23 stycznia 1998 r. I CKN 429/97, OSNC 1998/9/139; wyrok SN z dnia 23 marca 2004 r., V CK 358/03, niepubl.). W przedmiotowej sprawie umowa stanowiąca podstawę żądania powoda przewidywała wynagrodzenie w kwocie zarówno netto jak i w kwocie brutto, co do zasady stawce podatku VAT został nadany charakter cenotwórczy. Nie powinno budzić wątpliwości, że celem tak ustalonego wynagrodzenia było zagwarantowanie powodowi wynagrodzenia w kwocie, która nie zostanie następnie pomniejszona o kwotę należną Skarbowi Państwa. Trzeba bowiem pamiętać, że fundamentalną zasadą podatku VAT jest prawo do odliczenia podatku naliczonego, co sprawia, że jest on neutralny dla przedsiębiorców, a jego ekonomiczny ciężar ponosi faktycznie konsument (osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej lub podmiot gospodarczy,

któremu nie przysługuje prawo do odliczenia VAT naliczonego). Pozwany ad. 2 na mocy art. 86 ustawy o podatku od towarów i usług miał bowiem prawo do odliczenia kwoty zapłaconego wraz z wynagrodzeniem podatku. Zasadą naczelną w VAT jest bowiem odliczanie VAT naliczonego z faktury zakupowej. Dopiero więc otrzymanie stosownego dokumentu uprawnia podatnika do odliczenia naliczonego podatku VAT.

Od 1 stycznia 2014 r. istotnie zmieniły się zasady rozliczania VAT od usług budowlanych. Zmienił się bowiem moment powstania obowiązku podatkowego z tytułu usług budowlanych oraz budowlano-montażowych. Do końca 2013 r. obowiązek podatkowy z tytułu tych usług uzależniany był od momentu zapłaty. Powstawał on w dacie otrzymania zapłaty w całości lub części, nie później jednak niż 30. dnia, licząc od dnia wykonania usługi (art. 19 ust. 13 pkt 2 lit. d ustawy o VAT). Obecnie obowiązek podatkowy z tytułu świadczenia usług budowlanych lub budowlano-montażowych powstaje w dacie wystawienia faktury (art. 19a ust. 5 pkt 3 lit. a ustawy o VAT). Jednocześnie, jeżeli faktura nie zostanie wystawiona w terminie lub podatnik (mimo takiego obowiązku) jej w ogóle nie wystawi, wówczas obowiązek podatkowy powstaje w dacie upływu terminu na jej wystawienie (art. 19a ust. 7 ustawy o VAT). W przypadku przedmiotowych usług termin na wystawienie faktury wynosi obecnie 30 dni od dnia wykonania usług (art. 106i ust. 3 pkt 1 ustawy o VAT).

Jeżeli nabywcą usług budowlanych lub budowlano-montażowych jest podatnik podatku od towarów i usług, obowiązek podatkowy powstanie z chwilą wystawienia faktury z tytułu świadczenia usług budowlanych lub budowlano-montażowych (art. 19a ust. 5 pkt 3 ustawy o VAT). W takim przypadku fakturę wystawia się nie później niż 30. dnia od dnia wykonania usługi (art. 106i ust. 3 pkt 1 ustawy o VAT), lecz nie wcześniej niż 30. dnia przed tym dniem (art. 106i ust. 7 pkt 1 ustawy o VAT).

Stosownie do art. 86 ust. 2 pkt 1 ustawy o VAT kwotę podatku naliczonego stanowi suma kwot podatku wynikających z faktur otrzymanych przez podatnika z tytułu:

a) nabycia towarów i usług,

b) dokonania całości lub części zapłaty przed nabyciem towaru lub wykonaniem usługi.

Faktura jest przy tym najważniejszym dokumentem, bez posiadania którego podatnik nie może obniżyć swojego zobowiązania podatkowego w VAT. Fakturę zakupową podatnik powinien zarchiwizować i dysponować nią na wypadek konieczności udowodnienia zasadności odliczenia, np. w przypadku kontroli podatkowej. Nie wystarczy więc sama „obecność” faktury w księdze korespondencji przychodzącej prowadzonej przez podatnika, lecz powinna ona być również fizycznie obecna w jego dokumentacji. Warunkiem prawa do odliczenia jest poniesienie przez tego nabywcę ciężaru podatku VAT, który ma być dla niego neutralny.

Artykuł 86 ust. 10 ustawy o VAT określa moment, w którym podatnik może najwcześniej odliczyć VAT naliczony. Zgodnie z tym przepisem prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego powstaje w rozliczeniu za okres, w którym w odniesieniu do nabytych lub importowanych przez podatnika towarów i usług powstał obowiązek podatkowy. Nadal odliczenie jest uzależnione od posiadania faktury przez podatnika, z której wynika kwota podatku naliczonego (art. 86 ust. 2 pkt 1 ustawy o VAT).

Zgodnie natomiast z treścią art. 70 § 1 ordynacji podatkowej zobowiązanie podatkowe przedawnia się z upływem 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym upłynął termin płatności podatku. Przedawnienie zobowiązań podatkowych oznacza, że po upływie określonego czasu zobowiązanie podatkowe, chociaż niezapłacone, wygasa łącznie z odsetkami za zwłokę. Po upływie okresu przedawnienia z mocy prawa, bez konieczności wydawania żadnych decyzji, przestaje istnieć stosunek zobowiązaniowy pomiędzy podatnikiem i wierzycielem podatkowym. Wierzyciel, chociaż niezadowolony, nie ma już podstaw do egzekwowania zobowiązania podatkowego. Dobrowolne spełnienie tego zobowiązania przez podatnika prowadzi do powstania nadpłaty, która podlega zwrotowi. Przedawnienie zobowiązań podatkowych dotyczy wszystkich zobowiązań, bez względu na sposób ich powstania. W judykaturze wyrażany jest pogląd, że po przedawnieniu zobowiązania podatkowego organ podatkowy zasadniczo nie ma legitymacji do jego korygowania na niekorzyść podatnika (por. wyrok NSA (7) z 28.06.2010 r., I FPS 5/09, LEX nr

604178; wyrok NSA z 14.08.2012 r., I FSK 1571/11, LEX nr 1386349; uchwała NSA (7) z 3.12.2012 r., I FPS 1/12, LEX nr 1228164; prawomocny wyrok WSA w Bydgoszczy z 1.10.2013 r., I SA/Bd 549/13, LEX nr 1533013). Skoro jednak zobowiązanie wygasło na skutek upływu terminu przedawnienia, to organ podatkowy nie może już określić wysokości należnego podatku wszczynając postępowanie wymiarowe, przy czym nadal jest zobowiązany rozpatrzyć wniosek podatnika w zakresie istnienia nadpłaty. Niemożność przeprowadzenia postępowania podatkowego (wymiarowego) nie czyni bezzasadnym żądanie Spółki (w przedmiocie stwierdzenia nadpłaty), zwłaszcza że spór między stronami dotyczy w istocie nie stanu faktycznego sprawy, a jedynie wykładni prawa (por. wyrok WSA w Gdańsku z 27.03.2013 r., I SA/Gd 129/13, LEX nr 1297907).

W kontekście powyższych rozważań uznać należy, że zasądzenie na rzecz powoda wynagrodzenia co do robót objętych umową podwykonawczą, ale niezafakturowanych w kwocie uwzględniającej podatek od towarów i usług aktualnie prowadziłoby do uzyskania przez powoda w zakresie kwoty podatku świadczenia, którym powód bezpodstawnie wzbogaciłoby się względem pozowanego. W przedmiotowej sprawie bezspornym było, że powód co do należności za wykonane roboty do dnia zamknięcia rozprawy apelacyjnej nie wystawił faktury VAT. W ocenie Sądu Apelacyjnego obecnie jego zobowiązanie względem Skarbu Państwa uległo już przedawnieniu, skoro dotyczy ono robót wykonanych najpóźniej do lutego 2014r. Wprawdzie zgodnie z § 5 ust. 5 umowy podstawą wystawienia faktury VAT obejmującej miesięczne wynagrodzenie powoda były zatwierdzone przez Inspektora Nadzoru i Inżyniera Kontraktu zapisy, określające zaawansowanie prac w stosunku do kwot zawartych w wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej, a następnie spisane protokoły odbioru podpisane przez strony. Powód co do robót niezafakturowanych tego rodzaju dokumentów nie uzyskał, zatem co do zasady nie miał podstaw do wystawienia faktury VAT obejmującej wynagrodzenie za wykonane przez niego prace. Konsekwentnie natomiast przyjąć należy, że nie miał również podstaw do żądania wynagrodzenia powiększonego o stawkę podatku od towarów i usług. Nie sposób bowiem uznać, że przewidziane w umowie powiększenie wynagrodzenia o stawkę VAT służyć miało innym celom niż wynikającym z ustawy o podatku od towarów i usług. Jeżeli zatem na stronie powodowej aktualnie nie ciąży ustawowy obowiązek zapłaty na rzecz Skarbu Państwa należnego podatku od towarów i usług, bowiem jego zobowiązanie wprawdzie nie wygasło, ale ma obecnie charakter zobowiązania naturalnego, organy podatkowe nie będą miały prawnych możliwości jego wyegzekwowania. W konsekwencji uznać należy, że powód otrzymałby wynagrodzenie powiększone do stawki VAT, pomimo, że obecnie nie ma obowiązku odprowadzenia tego podatku do budżetu Skarbu Państwa. Zatem po stronie powodowej nie dojdzie do pomniejszenia zasądzonego wynagrodzenia o stawkę podatku VAT, czemu miało zapobiec przewidziane w umowie wynagrodzenie brutto dla powoda. Natomiast wobec niewystawienia przez powoda faktury, pozwany (...) utracił prawną możliwość odliczenia zapłaconego wraz z wynagrodzeniem podatku VAT. W rezultacie doszłoby do naruszenia zasady neutralności podatku VAT w stosunku do przedsiębiorców. Powód w tych okolicznościach zostałby bezpodstawnie wzbogacony, otrzymałby bowiem de facto wynagrodzenie wyższe niż wynikające z umowy.

Natomiast co do wynagrodzenia za roboty, które nie mieściły się w przedmiocie umowy, brak było podstaw do ich powiększenia o stawkę podatku od towarów i usług również z tego powodu, że w tym zakresie brak konsensusu stron przewidującego zapłatę określonego wynagrodzenia powiększonego o podatek od towarów i usług. Powód zaś nie dołączył do akt sprawy faktur VAT, które wskazywałyby na to, że po jego stronie zaistniał obowiązek zapłaty tego podatku. Jeżeli takiego podatku nie uiścił, to nie powstała po jego stronie szkoda z tego tytułu. Odszkodowanie nie może bowiem przewyższać uszczerbku w majątku poszkodowanego. Zważyć należy, że w procesie o zapłatę odszkodowania, a z tego rodzaju żądaniem mamy do czynienia w zakresie robót nieobjętych przedmiotem umowy, Sąd szacuje szkodę, a nie cenę sprzedaży, a zapłata odszkodowania nie jest czynnością podlegającą opodatkowaniu podatkiem VAT. W judykaturze uznano wcześniej, że nawet cena (a więc nie odszkodowanie) nie obejmuje podatku VAT, jeżeli umowa nie przewiduje jako elementu ceny tego podatku (wyrok SN z dnia 23 stycznia 1998 r. I CKN 429/97, OSNC 1998/9/139; wyrok SN z dnia 23 marca 2004 r., V CK 358/03, niepubl.). Ponadto przy ustaleniu wysokości szkody należy brać pod uwagę to, czy pokrzywdzony jest podatnikiem podatku VAT, czy też nie, a to dlatego, że podatnikowi podatku VAT przysługuje prawo do odliczenia tego podatku przy nabyciu towaru i usług. Stąd też odszkodowanie za poniesioną przez podatnika podatku VAT szkodę nie obejmuje podatku VAT mieszczącego się w cenie rzeczy, w zakresie w jakim poszkodowany może odliczyć należny od niego podatek o kwotę podatku naliczonego przy nabyciu rzeczy. Należy jednak zauważyć, że podatek VAT mógłby stanowić szkodę tylko w wypadku, gdyby ten

podatek nie mógł zostać odliczony (tak również Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 14 marca 2019 r. I ACa 414/18). Podobnie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1997 r., III CZP 14/97, OSNC 1997, nr 8, poz. 103 (z glosami J.P. Naworskiego, R.Pr. 1998, nr 1, s. 78, oraz M. Aleksandrowicza, Glosa 1999, nr 3, i M. Pawlika, Glosa 1999, nr 3) wskazano, że odszkodowanie za szkodę poniesioną przez podatnika podatku VAT na skutek zniszczenia rzeczy, ustalone według ceny rzeczy, nie obejmuje podatku VAT mieszczącego się w tej cenie w zakresie, w jakim poszkodowany może obniżyć należny od niego podatek o kwotę podatku naliczonego przy nabyciu rzeczy. Skorzystanie przez podatnika podatku VAT z możliwości obniżenia kwoty należnego od niego podatku o kwotę podatku naliczonego przy nabyciu towarów i usług jest jego uprawnieniem i zależy od dopełnienia przez podatnika warunków, które określają przepisy dotyczące wskazanego podatku. W sytuacji gdy, spełniając warunki do obniżenia kwoty należnego od niego podatku, podatnik z przysługującego mu prawa do obniżenia podatku nie skorzysta, nie powinno to mieć wpływu na ustalenie należnego odszkodowania za szkodę poniesioną na skutek zniszczenia rzeczy, jeżeli nową taką rzecz nabył lub mógł albo może nabyć za cenę obejmującą podatek VAT, bowiem obowiązkiem poszkodowanego jest dążenie do ograniczenia rozmiarów szkody. Brak z jego strony odpowiedniego działania nie może zwiększać zakresu obowiązku odszkodowawczego osoby odpowiedzialnej za naprawienie szkody.

W konsekwencji powodowi należało się wynagrodzenie w kwocie netto za tę część robót, co do których nie wystawił on faktur VAT. Jak wynika z opinii Zespołu Biegłych (vide k- 21.915- 21.921) powodowi należy się wynagrodzenie:

- za roboty rozbiórkowe wykonane do dnia odstąpienia od umowy w kwocie 366.242,97 zł netto,
- za wykonanie robót ziemnych i fundamentów związanych z budową nastawni na stacji (...) w kwocie 99.717,93 zł netto,
- za usunięcie kolizji z ciepłociągiem w km 43,632 w kwocie 8.613,23 zł netto,
- za usunięcie kolizji toru nr(...)z komorą z nieczynnym zaworem wody w kwocie 3.306,84 zł netto,
- za wymianę gruntu pod nastawnią na stacji (...) w kwocie 62.560,47 zł netto,
- za wykonanie tymczasowego wydłużenia peronu nr (...) na stacji (...) w kwocie 54.480,10 zł netto,
- za dodatkową stabilizację podłoża cementem na długości 80 m- tor nr (...), km 45,335- 45,415 w kwocie 11.358,97 zł netto,
- za dodatkową stabilizację podłoża cementem na długości 150 m- tor nr (...) km 50,300- 50,450 w kwocie 21.298,07 zł netto,
- za wykonanie odwodnienia linii – rowy z korytek w kwocie 1.138.316,16 zł netto.

Częściowo skuteczne okazały się zarzuty apelacji pozwanego ad. 1 dotyczące naruszenia art. 481 § 1 k.c. i art. 647¹ § 5 k.c. w zakresie w jakim pozwany kwestionował zasadność zasądzonych od niego odsetek za opóźnienie.

Ustawowa gwarancyjna odpowiedzialność inwestora nie rozciąga się na roszczenie o odsetki spowodowane opóźnieniem generalnego wykonawcy. Wykładnia gramatyczna art. 647¹ § 5 k.c. przemawia bowiem za ograniczeniem odpowiedzialności inwestora wyłącznie do wynagrodzenia (należności głównej). Znajduje ona wsparcie w innych przepisach ustawowych. W myśl art. 371 k.c., działania i zaniechania jednego z dłużników solidarnych, polegające zarówno na czynnościach prawnych jak i działaniach faktycznych, nie mogą szkodzić współdłużnikom, zatem być źródłem ich szerszej odpowiedzialności. Powyższe unormowanie oraz wyjątkowy, gwarancyjny charakter obowiązku ciążącego na inwestorze i brak jego wpływu na spełnienie świadczenia w terminie przez wykonawcę przemawiają przeciwko takiemu rozszerzeniu odpowiedzialności. Zobowiązanie inwestora wobec podwykonawcy do zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę ma charakter bezterminowy rozumieniu art. 455 k.c. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2012 r., IV CSK 91/12, nie publ.). Podobny pogląd Sąd

Najwyższy wyraził w wyroku z dnia 29 stycznia 2021 r. w sprawie V CSKP 3/21, stwierdzając, że artykuł 647¹ § 5 k.c. nie stanowi podstawy odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy za opóźnienie spełnienia świadczenia przez wykonawcę obejmującego wynagrodzenie, a zobowiązanie inwestora do zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane ma charakter bezterminowy (art. 647¹ k.c.). Z kolei do świadczenia mającego charakter bezterminowy stosuje się art. 455 k.c. Powinno być ono zatem spełnione po upływie terminu wskazanego przez wierzyciela w wezwaniu do zapłaty, a dłużnik popada w opóźnienie gdy nie uczyni zadość temu obowiązkowi. Gdy wezwania takiego brak, za datę wezwania przyjmuje się datę doręczenia pozwu, gdyż jest ono równoznaczne z doręczeniem wezwania do uiszczenia należności.

W rozpatrywanej sprawie powód pismem z dnia 17 lutego 2014r. wezwał pozwanego (...) S.A. do zapłaty należności z faktury wystawionej w dniu 31 grudnia 2013r. (vide k- 49-50, 51). Termin płatności w fakturze został określony na 35 roboczych od daty doręczenia faktury Wykonawcy, przy czym w wezwaniu pozwanego ad. 1 do zapłaty, powód wskazał, że wierzytelność należy zapłacić w terminie wymagalności wierzytelności (...) wynikającej z Kontraktu. Należy przy tym zaznaczyć, że określonego przez powoda w pozwie terminu płatności z faktury z dnia 31 grudnia 2013r. na dzień 5 marca 2014r. żaden z pozwanych nie zakwestionował. W konsekwencji Sąd Okręgowy prawidłowo uznał, że oboje pozwani w dniu 6 marca 2014r. popadli w opóźnienie z zapłatą należności z faktury z dnia 31 grudnia 2013r.

Natomiast co do daty wymagalności faktury nr (...) z dnia 31 stycznia 2014r. powód w rozszerzonym powództwie przyznał, że faktura wraz z załącznikiem w postaci protokołu nr (...) została wysłana do pozwanego ad. 2 w dniu 28 marca 2014r. Na tę okoliczność powód dołączył dowód nadania i doręczenia przesyłki za pomocą kuriera, z którego to dokumentu wynika, że została ona dostarczona do (...) w dniu 31 marca 2014r. (vide k- 17.296). Pozwany ad. 1 w odpowiedzi na rozszerzone powództwo zakwestionował fakt otrzymania od powoda wezwania do zapłaty kwoty 1.652.257,18 zł. Powód nie wykazał natomiast, aby przed doręczeniem odpisu rozszerzonego powództwa wzywał pozwanego ad. 1 do zapłaty należności objętej fakturą z dnia 31 stycznia 2014r. Zatem dopiero odpis rozszerzonego powództwa zastępował wezwanie pozwanego inwestora do zapłaty. Pełnomocnik pozwanego ad. 1 otrzymał odpis rozszerzonego powództwa w dniu 31 marca 2016r. (vide k- 17.720). W ocenie Sądu Apelacyjnego na gruncie art. 455 k.c. niezwłoczne spełnienie przez dłużnika świadczenia nie powinno być utożsamiane z natychmiastowym jego spełnieniem po skutecznym doręczeniu wezwania. Wezwany inwestor winien mieć czas potrzebny na analizę danej wierzytelności bez ujemnych konsekwencji popadnięcia w zwłokę w spełnieniu świadczenia, tym bardziej, że nie był stroną umowy, z której ona wynika. Nie można wykluczyć, że dla oceny jej zasadności zaistnieje potrzeba zasięgnięcia informacji od wykonawcy. W rozpatrywanej sprawie nie powinno budzić wątpliwości, że obszerny materiał dowodowy dostarczony przez powoda na okoliczność zgłoszonych żądań generował konieczność jego dłuższej analizy. W konsekwencji nie było podstaw do uznania, że pozwany ponoszący odpowiedzialność solidarną z wykonawcą popadł w opóźnienie w spełnieniu świadczenia z faktury z dnia 31 stycznia 2014r. w takim samym terminie jak pozwany ad. 2. W ocenie Sądu Apelacyjnego uwzględniając złożoność okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy, uznać należy, że pozwany ad. 1 popadł w opóźnienie co do kwoty 1.652.257,18 zł dopiero po upływie 14 dni od daty doręczenia mu odpisu rozszerzonego powództwa. W konsekwencji obaj pozwani ponoszą odpowiedzialność solidarną za odsetki od tej kwoty od dnia 15 kwietnia 2016r., a pozwany (...) ponosi samodzielną odpowiedzialność za zapłatę na rzecz powoda odsetek za opóźnienie w zapłacie kwoty z faktury nr (...) za okres od dnia 6 maja 2014r. do dnia 14 kwietnia 2016r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego z tych samych przyczyn brak podstaw do uznania, że obaj pozwani już od następnego dnia po doręczeniu im odpisu rozszerzonego powództwa znajdowali się w opóźnieniu z zapłatą na rzecz powoda pozostałej części należnego mu wynagrodzenia. Powód w tym zakresie także nie wykazał, aby wcześniej wzywał pozwanych do zapłaty tych świadczeń, zatem dopiero odpis rozszerzonego powództwa można było potraktować jako wezwanie do zapłaty. Również i w tym przypadku przepis art. 455 k.c. nie daje podstaw do uznania, że pozwani powinni już w dniu doręczenia im tego pisma procesowego spełnić żądane przez powoda świadczenie. W ocenie Sądu Apelacyjnego, uwzględniając obszerność dostarczonej dokumentacji oraz istniejący pomiędzy stronami spór co do kwestii rozliczeń termin 14 dni jest tym, który w rozpatrywanej sprawie spełnia wymogi z art. 455 k.c., zatem ustawowe odsetki za opóźnienie powinny zostać zasądzone dopiero od dnia 15 kwietnia 2016r.

Nie jest jednakże trafny pogląd pozwanego ad. 1, że odsetki te powinny zostać zasądzone dopiero od daty wyrokowania lub od daty doręczenia pozwanemu ad. 1 opinii Zespołu Biegłych. Przede wszystkim trudno podzielić twierdzenie, że dopiero ujawnione w sprawie okoliczności pozwoliły pozwanemu ad. 1 na ocenę zasadności zgłoszonych przez powoda żądań, tym bardziej, że obrona pozwanym w zasadniczej części opierała się na zgłoszonym zarzucie potrącenia, zatem sporny charakter roszczeń objętych pozwem nie stanowił wystarczającej przesłanki do uznania, że do czasu doręczenia opinii biegłych pozwany nie znajdował się w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia. Wprawdzie dostarczony przez strony materiał dowodowy był bardzo obszerny, ale dawał pozwanemu możliwość do samodzielnej oceny zasadności żądań pozwu tym bardziej, że strony od lutego 2014r. podejmowały działania na okoliczność wzajemnych rozliczeń, a ostatecznie pozwany ad. 2 powołał zgodnie z umową podwykonawczą rzeczoznawcę, który ustalał należne powodowi wynagrodzenie po odstąpieniu od umowy.

Podsumowując tę część rozważań, abstrahując na ten moment od kwestii zasadności obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia o koszt usunięcia wad, stwierdzić należy, że wprawdzie część zarzutów apelacji strony pozwanej okazała się zasadna, jednakże ujawnione w sprawie okoliczności faktyczne prowadziły zdaniem Sądu Apelacyjnego do wniosków, iż wartość nierozliczonych dotychczas, a wykonanych przez powoda robót budowlanych wynosiła łącznie 27.032.660,39 zł.

W ocenie Sądu Apelacyjnego niezasadne były zarzuty apelacji powoda, choć w wyniku jej złożenia Sąd Apelacyjny dokonał pewnej korekty przyznanego powodowi w zaskarżonym wyroku wynagrodzenia na jego korzyść. Jednak w ostatecznym rozrachunku zasądzone świadczenie podlegało nieznacznemu obniżeniu.

Powód w swojej apelacji zmierzał do podwyższenia przyznanego mu przez Sąd I instancji wynagrodzenia o dodatkowe wynagrodzenie z tytułu robót ziemnych oraz kwestionował zasadność pomniejszenia należnego mu wynagrodzenia o koszty usunięcia wad robót budowlanych.

Odnosząc się do pierwszej okoliczności, w ocenie Sądu Apelacyjnego nie są trafne wszystkie te zarzuty apelacji powoda, które koncentrowały się wokół żądania zapłaty dodatkowego wynagrodzenia za roboty ziemne na odcinku II. Powód w rozpatrywanej sprawie domagał się dodatkowego wynagrodzenia za roboty ziemne na odcinku nr II w km 6 500-15 000. Żądanie dodatkowej zapłaty argumentował tym, że w PFU przewidziane było wykonanie robót ziemnych związanych z wykonaniem warstwy ochronnej w ilości 9.800 m³, natomiast projekt budowlany uwzględniał te roboty w ilości 26.999 m³, a powód zgodnie z komisyjnym spisem inwentaryzacyjnym wykonał te prace w ilości 8.192,13 m³, co stanowiło 83,59% zakresu rzeczowego prac ziemnych przewidzianych w PFU.

Wbrew zarzutom apelacji w tym zakresie Sąd Okręgowy w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, z których wyprowadził prawidłowe wnioski prawne.

Przede wszystkim nietrafnie skarżący zarzuca wybiórczą ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, polegającą na pominięciu sprawozdania z komisyjnego spisu inwentaryzacyjnego robót wykonanych przez powoda sporządzonego w okresie od 30 stycznia 2013r. do 4 lutego 2014r. oraz jego pisma z dnia 20 grudnia 2013r. Zarówno biegli jak i Sąd Okręgowy uwzględnili całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w tym również sprawozdania z komisyjnego spisu inwentaryzacyjnego robót wykonanych przez powoda, co nie oznacza, że wyprowadzone z nich przez skarżącego wnioski są prawidłowe. Podkreślić należy, że dane zawarte w sprawozdaniach z komisyjnego spisu inwentaryzacyjnego z okresu od 30 stycznia 2013r. do 4 lutego 2014r. odzwierciedlały stan wykonania realizowanej przez powoda inwestycji i stanowiły podstawę do sporządzenia w dniu 29 kwietnia 2014r. protokołów inwentaryzacyjnych obrazujących również stan wad i usterek robót wykonanych przez powoda, który to dokument posłużył biegłym za podstawę do oceny czy wykonane przez powoda roboty posiadały wady. Istotnie ze sprawozdania z komisyjnego spisu inwentaryzacyjnego robót wykonanych przez powoda sporządzonego w dniu 29 kwietnia 2014r. wynika, że co do odcinka II (...) wykonało roboty ziemne w ilości 8.192,13 m³ (vide k- 3616 oraz 3617).

Nie sposób podzielić stanowiska powoda, że dokument w postaci spisu inwentaryzacyjnego powinien mieć znaczenie decydujące dla ustalenia rzeczywistej ilości robót ziemnych wykonanych przez powoda. Skarżący pomija bowiem, że

zgodnie z § 5 ust. 5 umowy podwykonawczej podstawą ustalenia miesięcznego wynagrodzenia będą potwierdzone przez Inspektora Nadzoru i Inżyniera Kontraktu zapisy, określające zaawansowanie prac w stosunku do kwot zawartych w wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej. Po zaakceptowaniu płatności przez Inżyniera Kontraktu Wykonawca spisze z Podwykonawcą protokół odbioru podpisany przez Strony. Protokół ten będzie podstawą wystawienia przez Podwykonawcę faktury VAT. Płatności dla poszczególnych pozycji RCO dokonywane będą według procentowego ukończenia robót poświadczonych przez Inżyniera Kontraktu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Zespół Biegłych trafnie zatem, po analizie złożonych do akt sprawy dokumentów uznał, że powodowi nie należy się dodatkowe wynagrodzenie za prace ziemne. Przede wszystkim logicznie biegli wywodzili, że skoro podwykonawca nie wykonał jeszcze w pełni robót ziemnych przewidzianych w PFU, to nie jest uprawniony do występowania z tym roszczeniem. Natomiast z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy wynika, że powód na odcinku nr II wykonywał prace ziemne do grudnia 2013r. Zgodnie z protokołem nr (...)z dnia 31 października 2013r. do faktury VAT nr (...) z dnia 31 października 2013r. Dyrektor Kontraktu uwzględnił wykonanie robót ziemnych na tym odcinku w 42,80% z czym zgodził się Kierownik Budowy ze strony podwykonawcy, potwierdzając to swoim podpisem (vide k- 3133-3135). Kolejny etap robót ziemnych został uwzględniony w fakturze VAT nr (...)z dnia 31 grudnia 2013r. W protokole do tej faktury wykonanie robót ziemnych zostało uwzględnione na 13%, przy czym stan zaawansowania tych robót nie był kwestionowany przez wykonawcę i podwykonawcę co potwierdzają odpowiednio podpisy Dyrektora Koordynatora Kontraktu L. B. i Kierownika Budowy M. G. (vide k- 3143-3145). Nie było kwestionowane przez powoda, że otrzymał on wynagrodzenie za wykonane prace ziemne od pozwanego ad. 2 w kwotach objętych powyższymi fakturami. Trzeba przy tym podkreślić, że kolejna faktura z dnia 31 stycznia 2014r. nie obejmowała robót ziemnych na odcinku nr II. Powód nie wykazał aby po grudniu 2013r. na odcinku II wykonywał jakiegokolwiek roboty ziemne, które nie zostały rozliczone pomiędzy stronami umowy podwykonawczej. Podczas ustnych wyjaśnień składanych przed Sądem Okręgowym biegli logicznie przy tym argumentowali, że na odcinku II cztery pozycje w RCO określały zakresy robót ziemnych, były to pozycje II.6 o wartości 223.301,64 zł, II.13 o wartości 2.014438,42 zł, II.19 o wartości 315.628,28 zł i II.25 o wartości 1.092.460,32 zł RCO (vide k- 144 i 988). Na dwóch odcinkach powód nie wykonał żadnych robót ziemnych, natomiast na odcinku II.6, którego wartość prac została określona na kwotę 223.301,64 zł ich zaawansowanie wynosiło 42,80%, na kolejnym odcinku II.13 wycenionym na kwotę 2.014.438,42 zł zaawansowanie prac wynosiło 13%. Zgodzić należy się również z biegłymi, że dla ustalenia wysokości wynagrodzenia nie była miarodajna ilość wykonanych prac ziemnych liczona w metrach sześciennych, a procent ich zaawansowania uwzględniony przez inżyniera kontraktu, notabene niezakwestionowany przy wystawianiu przez powoda faktur obejmujących te prace.

Natomiast pismo z dnia 20 grudnia 2013r. zostało przedłożone przez pełnomocnika powoda do akt sprawy dopiero na rozprawie w dniu 6 marca 2019r., wyznaczonej na uzupełniające przesłuchanie biegłych w związku ze złożonymi przez strony zarzutami do opinii pisemnych. Trzeba przy tym podkreślić, że pismo to nie może prowadzić do wniosków przeciwnych niż wynikające z opinii biegłych. Dokument ten, pochodzący od powoda, dowodzi jedynie temu, że pismem tym powód zwrócił się do pozwanego ad. 2 o zapłatę dodatkowo kwoty 2.551.520,20 zł z tytułu 79,74% stanu zaawansowania robót ziemnych na szlaku (...). Nie dowodzi natomiast temu, że roszczenie to pozostawało uzasadnione faktycznym, uznanym przez Inżyniera Kontraktu stanem zaawansowania tych robót.

Ponadto zgodzić należy się z pozwanymi (vide pisma procesowe z dnia 30 maja 2016r., stanowiące odpowiedź na rozszerzone powództwo), że powód błędnie utożsamia zapłatę za roboty ziemne z zapłatą za wykonanie warstwy ochronnej, podczas gdy są to dwie różne kategorie robót. Trzeba bowiem zwrócić uwagę na fakt, że w RCO odrębnie przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe dla robót ziemnych a odrębnie dla wybudowania warstwy ochronnej (vide k-144).

W konsekwencji chybiony był zarzut błędnego oparcia ustaleń faktycznych w kwestionowanym przez powoda zakresie na opinii biegłych.

Sąd Apelacyjny uznał natomiast za częściowo skuteczne te zarzuty apelacji powoda, które dotyczyły pomniejszenia należnego mu wynagrodzenia o kwotę 2.036.985,34 zł z tytułu wad w robotach wykonanych przez powoda, choć na innej podstawie niż wskazywana przez skarżącego.

Odnosząc się szczegółowo do tej kwestii na wstępie wskazać należy, że umowa podwykonawcza przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe. Z RCO wynika bowiem, że kwoty odnoszące się do każdej pozycji określonych robót były oznaczone jako ryczałt.

Należy oczywiście zgodzić się z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 stycznia 1985 r., II CR 494/84 (LEX nr 8674), że także w sytuacji gdy za roboty przyjęte do wykonania wykonawca otrzymać ma wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 k.c.), a roboty nie zostały wykonane w całości, lecz w części, to wynagrodzenie należne wykonawcy winno być określone proporcjonalnie do wykonania. W takim przypadku wynagrodzenie należałoby się wykonawcy jedynie za faktycznie wykonane roboty - powinno ono pozostawać w takim stosunku do umownego wynagrodzenia ryczałtowego, w jakim wykonane roboty budowlane pozostają do całości robót wyszczególnionych w wiążącej strony umowie. Również więc w przypadku charakteryzującego się niezmiennością wynagrodzenia ryczałtowego - uregulowanego w art. 632 k.c., stosowanym w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (por. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC z 2010 r. Nr 3, poz. 33) - w doktrynie oraz judykaturze zwraca się uwagę, że stanowi ono ekwiwalent za wykonanie oznaczonego dzieła. Uzgodniona w ramach wynagrodzenia stanowiącego ryczałt kwota odnosi się zatem do ustalonego przez strony zakresu świadczenia przyjmującego zamówienie (por. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2010 r., I CSK 544/09, LEX nr 737245 oraz z dnia 9 października 2014 r., I CSK 568/13, LEX nr 1541043).

Zwrócić należy jednak uwagę na fakt nie dostrzeżony przez apelującego, że w umowie podwykonawczej strony uregulowały w sposób odmienny zasady rozliczeń w przypadku odstąpienia od umowy.

W § 11 ust. 5 umowy podwykonawczej strony przewidziały, iż w przypadku odstąpienia od niniejszej umowy, prawidłowo wykonana i przyjęta przez Zamawiającego i Wykonawcę część robót stanowiących Przedmiot Umowy zostanie rozliczona pomiędzy stronami z zastrzeżeniem możliwości potrącenia przez Wykonawcę z wynagrodzenia Podwykonawcy naliczonych kar umownych i kwot odszkodowania. Przy czym zgodnie z § 11 ust. 6 a) rozliczenie to nastąpi w oparciu o stan zaawansowania prawidłowo wykonanych i przyjętych przez Zamawiającego i Wykonawcę robót wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy oraz o ceny wskazane w kosztorysie ofertowym, a w przypadku, gdy rozliczenie nie będzie możliwe na zasadach określonych w lit. a, wynagrodzenie należne za wykonanie robót wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy zostanie określone przez rzeczoznawcę wskazanego przez Wykonawcę. Wedle postanowień § 11 ust. 5 i 6 rozliczenie miało uwzględniać stan zaawansowania prawidłowo wykonanych prac, niewątpliwie robotami prawidłowo wykonanymi są roboty wykonane niewadliwie. Co istotne, w judykaturze na gruncie kwestii związanych z odbiorem robót objętych wadami wypracowany został słuszny pogląd, że jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru tych robót i zapłaty wynagrodzenia. Wynikający z art. 647 k.c. obowiązek inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków (por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 28 września 2017 r., I ACa 413/17). Zatem fakt wcześniejszych odbiorów robót wykonanych przez powoda a limine nie wyłączał późniejszego pomniejszenia należnego powodowi wynagrodzenia o koszty usunięcia wad nieistotnych.

Zawarte w § 11 ust. 5 i 6 umowy podwykonawczej sformułowanie „prawidłowo wykonana (...) część robót” nie może zatem oznaczać, że dotyczy to robót objętych wadami nieistotnymi. Gdyby bowiem w ten sposób wyklądać znaczenie tego zapisu, to bezprzedmiotowe pozostawałoby w ogóle uregulowanie w odrębny sposób kwestii rozliczenia się stron w przypadku odstąpienia od umowy jak również opatrzenie tych robót określeniem „prawidłowo wykonana”. Tego rodzaju wykładnia pozostawałaby w sprzeczności z zasadami wykładni oświadczeń woli wynikających z art. 65 k.c. Prowadziłaby ona bowiem do sprzecznych wniosków, że strony w umowie przewidziały puste treściowo zapisy. Trzeba

bowiem założyć, że wolą stron było zawarcie umowy zawierającej niesprzeczne wewnętrznie i nie bezprzedmiotowe postanowienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, sens oświadczeń woli wyrażonych w dokumencie, ustala się, przyjmując za podstawę przede wszystkim tekst dokumentu. Wykładni poszczególnych jego sformułowań dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone oraz jego cel wskazany w tekście lub zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień (zob. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, Nr 12, poz. 168 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 1997 r., III CKN 41/97, nie publ., z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, Nr 5, poz. 81, z dnia 3 września 1998 r., I CKN 815/97, OSNC 1999, Nr 2, poz. 38, z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03, OSNC 2005, Nr 5, poz. 91 i z dnia 4 października 2006 r., II CSK 117/06, nie publ.).

Pozwani w odpowiedzi na rozszerzone powództwo powoływali się na wady, które ich zadaniem miały powodować obniżenie należnego powodowi wynagrodzenia. Co do zapłaty kwoty 2.520.101,09 zł z tytułu roszczeń wyszczególnionych przez powoda w punktach od 2.2-2.4 rozszerzonego powództwa, obejmujących kwotę 1.652.257,18 zł wynikającą z faktury nr (...) z dnia 31 stycznia 2014r., kwotę 745.190,86 z tytułu prac wykonanych w okresie od 17 do 23 stycznia 2014r, kwotę 122.653,05 zł z tytułu wykonania nastawni, pozwany ad. 2 przyznał w piśmie procesowym z dnia 30 maja 2016r. (vide k- 17.852, tom LXXXVI), że powód wykonał tego rodzaju roboty, jednakże zakwestionował wartość należnego powodowi z tego tytułu wynagrodzenia, twierdząc, że powinno ono ulec obniżeniu, bowiem w robotach tych wystąpiły wady, nieprawidłowości i braki, które uzasadniają zmniejszenie wysokości dochodzonej przez powoda wierzytelności, powołując się na § 11 ust. 5 umowy podwykonawczej jako podstawę prawną ostatecznego rozliczenia stron. Tożsamą formę obrony w zakresie wad robót wykonanych przez powoda przyjął pozwany ad. 1 (vide pismo procesowe z dnia 30 maja 2016r. k- 18.927, tom XCII), uznając, że powodowi należy się wynagrodzenie jedynie za prawidłowo wykonane roboty. Obrona pozwanych co do wad w robotach wykonanych przez powoda nie miała wprawdzie charakteru zarzutu potrącenia czy też nie przybrała formy powództwa wzajemnego, pozwani nie powoływali się również na roszczenia z tytułu rękojmi za wady jako podstawy do obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia, co nie oznacza, że była ona co do zasady nieskuteczna jeżeli uwzględni się wyżej przywołane zapisy umowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego jest oczywiste, że z samych tylko twierdzeń pozwanych w tym zakresie – nawet jeśli byłyby one uzasadnione – nie można jeszcze wyprowadzać ich prawa do odpowiedniego „obniżenia” wynagrodzenia ryczałtowego należnego powodowi, niemniej jednak taką podstawę stanowiły zapisy wiążącej pozwanego ad. 2 z powodem umowy podwykonawczej. Z opinii biegłych wynika przy tym, że wszystkie stwierdzone przez nich wady dotyczyły tych robót, które zostały uwzględnione w PFU a ich wartość została określona w poszczególnych pozycjach RCO, zatem stwierdzone wady dotyczyły tych robót, co do których strony przewidziały wynagrodzenie ryczałtowe (vide tabela (...)opinii zasadniczej). Wbrew zatem stanowisku powoda obniżenie należnego mu wynagrodzenia nie zostało przez Sąd Okręgowy dokonane arbitralnie i było niedopuszczalne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w przedmiotowej sprawie skutecznym sposobem obrony pozwanego nie musiało być podniesienie zarzutu potrącenia dochodzonej pozwem należności z tytułu wynagrodzenia z ewentualną wierzytelnością mogącą mu przysługiwać względem powoda z tytułu nienależytego wykonania umowy (art. 471 k.c.).

Wbrew zatem zarzutom apelacji powoda w rozpatrywanej sprawie zaistniały podstawy, które pozwoliłyby Sądowi a quo na poddanie merytorycznej ocenie zasadność ewentualnych roszczeń odszkodowawczych pozwanych względem powoda z tytułu wad wykonanych przez powoda robót.

Wbrew stanowisku skarżącego, obniżenie należnego powodowi wynagrodzenia o koszty usunięcia wad było również zasadne pomimo, że pozwany ad. 2 uzyskał tytuły egzekucyjne co do zapłaty odpowiednio kwot 5.708.263,26 zł i 7.045.137,10 zł od Towarzystwa (...)Spółki Akcyjnej w W. oraz od (...)Towarzystwa (...)Spółki Akcyjnej w S. z tytułu udzielonych gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy podwykonawczej oraz rękojmi za wady.

Wprawdzie co do tych dokumentów Sąd Okręgowy oddalił wnioski powoda o przeprowadzenie z nich dowodu, a powód nie zgłosił skutecznego zastrzeżenia do protokołu rozprawy, wskazując jakim przepisom procesowym Sąd Okręgowy uchybił oddalając te wnioski. Niemniej jednak przepis art. 162 k.p.c. dedykowany jest do stron, a nie do sądu. Ponadto Sąd II instancji, uwzględniając obowiązujący w porządku prawnym system apelacji pełnej, bierze pod uwagę całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, zatem również pominiętego przez Sąd I instancji, dokonując samodzielnych ustaleń faktycznych.

Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w sprawie I AGa 291/18 oraz w sprawie I ACa 1028/16 z powództwa (...) przeciwko towarzystwom ubezpieczeniowym przy udziale powoda w charakterze interwenienta ubocznego po stronie pozwanej wynika, że przedmiotem roszczeń (...) była między innymi kwestia pokrycia kosztów usunięcia wad w robotach wykonanych przez powoda na podstawie umowy podwykonawczej z dnia 14 maja 2013r., w oparciu o którą na zlecenie (...) oraz pozwanych ubezpieczycieli udzielili oni (...) gwarancji ubezpieczeniowych należytego wykonania umowy oraz rękojmi za wady. Celem tych gwarancji było zabezpieczenie roszczeń odszkodowawczych beneficjenta, którym było (...). Warunkiem uruchomienia gwarancji było otrzymanie przez gwarantów wezwań do zapłaty. Z uzasadnienia wyroku w sprawie I AGa 291/18 wynika, że pismem z dnia 26 maja 2014r. (...) wezwał (...) do usunięcia wad i nieprawidłowości pod rygorem zastępczego skorzystania z wykonania ich usunięcia na koszt i ryzyko (...). Jest to pismo, które zostało złożone również w niniejszej sprawie przez pozwanego ad. 2 do odpowiedzi na pozew (vide k- 1996), a ponadto na ten dokument pozwany ad. 2 powoływał się w odpowiedzi na rozszerzone powództwo, kwestionując wiarygodność powoda z tytułu wykonanych prac co do wysokości z tytułu wad wykonanych robót (vide k- 17.863v). Z uzasadnienia wyroku w sprawie I AGa 291/18 wynika, że (...) wezwało(...)Towarzystwo (...) do zapłaty należności pismem z dnia 12 grudnia 2014r., które zostało złożone do akt niniejszej sprawy (vide – 22.390), natomiast w sprawie I ACa 1028/16 ustalono, że (...) wezwało (...) do zapłaty należności pismem z dnia 1 grudnia 2014r., które również zostało załączone do akt przedmiotowej sprawy (vide – 22.383). Z obu tych pism, jak również z uzasadnienia pozwu w sprawie IX GC 419/15 Sądu Okręgowego w Gdańsku oraz w sprawie IX GC 410/15 wynika, że (...) domagało się między innymi pokrycia kosztów usunięcia wad i usterek w robotach wykonanych przez (...), których wartość została ustalona przez powołanego przez (...) rzeczoznawcę na kwotę 5.556.986,04 zł. Na te same okoliczności pozwany ad. 2 powoływał się również w niniejszej sprawie, dołączając na dowód kosztów usunięcia wad i usterek w robotach wykonanych przez powoda opinię niezależnego rzeczoznawcy. Zarówno w sprawie I ACa 1028/16 jak i w sprawie I AGa 291/18 jako zasadne i podlegające rozliczeniu w ramach udzielonej gwarancji Sąd Apelacyjny uznał roszczenia (...) związane z usunięciem wad, usterek, nieprawidłowości i braków w kwocie 5.556.986,04 zł realizowane w oparciu o normę art. 471 k.c. Uwzględniając wszystkie te okoliczności, w ocenie Sądu Apelacyjnego nie budzi wątpliwości, że w ramach udzielonej pozwanemu ad. 2 gwarancji należytego wykonania umowy dążył on do uzyskania z tego tytułu środków finansowych na pokrycie kosztów usunięcia wad i usterek robót wykonanych przez powoda, które były przedmiotem również niniejszego postępowania. Ponadto z ujawnionych w sprawie okoliczności wynika, że (...) na mocy wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 6 czerwca 2018r. w sprawie I AGa 291/18 w dniu 27 czerwca 2018r. dokonało zapłaty na rzecz (...) kwoty 7.162.541,07 zł, w tym 5.708.263,26 zł z tytułu należności głównej oraz 1.454.277,81 zł z tytułu odsetek za zwłokę (vide pismo z dnia 13 kwietnia 2022r.). Podobnie Towarzystwo (...) dokonało zapłaty na rzecz (...) należności wynikających z wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22 lipca 2016r., w sprawie IX GC 410/15, co do którego Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyrokiem z dnia 20 września 2017r. w sprawie I ACa 1028/16 oddalił apelację pozwanego Towarzystwa oraz powoda jako interwenienta ubocznego.

Powyższe nie oznacza, że w rozpatrywanej sprawie zdezaktualizowały się okoliczności pozostające w związku z oceną prawidłowości wykonanych przez powoda robót. Przedmiotem niniejszego postępowania było ustalenie należnego powodowi wynagrodzenia, zatem kwestia czy pozwany ad. 2 faktycznie uzyskał środki finansowe na pokrycie kosztów usunięcia wad i usterek z innej podstawy prawnej jaką była gwarancja ubezpieczeniowa na gruncie rozpatrywanej sprawy pozostawała irrelevantna. Sens prawny gwarancji ubezpieczeniowej polega na przyjęciu przez gwaranta zobowiązania do zapłaty gwarantariuszowi świadczenia pieniężnego w postaci sumy gwarancyjnej w razie wystąpienia wypadku gwarancyjnego, w szczególności w przypadku niespełnienia świadczenia przez dłużnika ze stosunku podstawowego. Może być ukształtowana jako stosunek prawny o charakterze abstrakcyjnym albo kauzalnym. W pierwszym wypadku płatność gwarantowanego świadczenia z racji wprowadzenia klauzuli "nieodwołalnie i

bezw warunkowo" następuje na pierwsze żądania. W drugiej sytuacji zobowiązanie gwaranta powstaje po spełnieniu przesłanek określonych w umowie. W obu przypadkach zobowiązanie gwaranta nie jest zobowiązaniem akcesoryjnym wobec stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została udzielona. Oznacza to, że z racji samodzielności zobowiązania gwaranta, jego odpowiedzialność i jej zakres nie zależy od istnienia zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego (rzecz jasna, górną granicę zobowiązania gwaranta stanowi suma gwarancyjna). Dlatego gwarant nie może w relacji prawnej do gwarantariusza (wierzyciela ze stosunku podstawowego) podnosić zarzutów ze stosunku podstawowego, w związku z którym została udzielona, a zatem zarzutów, które przysługują dłużnikowi z tego stosunku prawnego. Oczywiście nie ma przeszkód prawnych, aby strony umowy gwarancji, w ramach swobody kontraktowania unormowały odmienne zasady odpowiedzialności gwaranta (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15).

Z ujawnionych w sprawie okoliczności wynika, że co do części robót objętych przedmiotem umowy podwykonawczej należało uwzględnić zasady rozliczenia, jakie strony przewidziały w umowie. Nie można zatem w tej kwestii pominąć, że w świetle brzmienia § 11 ust. 5 i 6 umowy podwykonawczej powodowi należało się wynagrodzenie za prawidłowo wykonane roboty wychodzące w zakres umowy. Część natomiast robót wykraczających poza zakres umowy podlegała rozliczeniu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Jeżeli ostatecznie powód poniósłby określoną szkodę z tego tytułu, że pomimo obniżenia należnego mu wynagrodzenia o koszty usunięcia wad, musiał następnie zwrócić gwarantom wypłacone na rzecz pozwanego ad. 2 świadczenie, to będzie miał możliwość wystąpienia z tego tytułu z odrębnym roszczeniem wobec pozwanego ad. 2. Natomiast aktualnie brak jest podstaw prawnych do uznania, że pozwany ad 2 pozostaje bezprawnie wzbogacony kosztem powoda. Powód nie wykazał, że na skutek uzyskania przez pozwanego ad 2 świadczenia od gwarantów doszło do pomniejszenia jego majątku o tę kwotę. Z oświadczenia pełnomocnika powoda złożonego na rozprawie apelacyjnej wynika, że aktualnie jedynie (...) zgłosiła do masy upadłości wierzytelność z powyższego tytułu, przy czym wierzytelność ta nie została uznana przez Syndyka masy upadłości powoda, w związku z tym złożony został sprzeciw przez (...), a postępowanie w tym przedmiocie zostało zawieszona przez sędziego komisarza.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak było natomiast podstaw do uwzględnienia kosztów usunięcia wad w kwocie brutto. Żądanie obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia o koszt usunięcia wad miało swoje źródło w nienależnym wykonaniu umowy, zatem zarzuty pozwanych w tym zakresie miały charakter odszkodowawczy. Pozwani nie przedłożyli przy tym faktur, z których wynikałoby, że ponieśli określone koszty powiększone o zapłacony podatek od towarów i usług. W judykaturze uznano wcześniej, że nawet cena (a więc nie odszkodowanie) nie obejmuje podatku VAT, jeżeli umowa nie przewiduje jako elementu ceny tego podatku (wyrok SN z dnia 23 stycznia 1998 r. I CKN 429/97, OSNC 1998/9/139; wyrok SN z dnia 23 marca 2004 r., V CK 358/03, niepubl.). Strony w umowie w przedmiocie ustalenia kosztów usunięcia wad nie przewidziały żadnych regulacji. Z też względów należne powodowi wynagrodzenie powinno zostać pomniejszone o koszt usunięcia wad ustalony w kwocie netto tj. 1.656.085,64 zł.

Ostatecznie zatem powodowi należało się wynagrodzenie w łącznej kwocie 25.376.574,75 zł.

Reasumując powyższe rozważania zaskarżony wyrok na mocy art. 386 § 1 k.p.c. podlegał zmianie w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że należało zasądzić od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 25.376.574,75 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie:

- od kwoty 23.614.508,47 zł od dnia 6 marca 2014r. do dnia zapłaty,
- od kwoty 1.762.066,28 zł od dnia 15 kwietnia 2016r. do dnia zapłaty,

Dodatkowo należało zasądzić od pozwanego (...)Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. na rzecz powoda ustawowe odsetki za opóźnienie od kwoty 1.652.257,18 zł od dnia 6 maja 2014r. do dnia 14 kwietnia 2016r. Natomiast w pozostałym zakresie powództwo w stosunku do obu pozwanych podlegało oddaleniu. Zmiana zaskarżonego wyroku była nieznaczna, zatem nie wpłynęła na przyjęty przez Sąd Okręgowy stosunek w jakim strony nawzajem uległy swoim żądaniom, zatem nie wpłynęła na rozstrzygnięcie o kosztach procesu za I instancję.

W pozostałym zakresie apelacje pozwanych na mocy art. 385 k.p.c. podlegały oddaleniu.

Apelacja powoda nie doprowadziła do oczekiwanych przez skarżącego skutków w postaci podwyższenia należnego mu wynagrodzenia, zatem na mocy art. 385 k.p.c. podlegała oddaleniu.

O kosztach procesu w instancji odwoławczej Sąd Apelacyjny orzekł na mocy art. 100 k.p.c. Wskazać należy, że pozwani wygrali postępowanie apelacyjne jedynie w 1%, a powód przegrał je w całości. W ocenie Sądu Apelacyjnego tak nieznaczny procent w jakim pozwani wygrali swoje apelacje daje podstawy do zniesienia wzajemnie pomiędzy stronami kosztów procesu poniesiony w postępowaniu apelacyjnym, tym bardziej, że koszty te obie strony poniosły w tożsamy wysokościach. Powyższe dotyczy również kosztów postępowania zażaleniowego. Wprawdzie powód wygrał postępowanie zażaleniowe w całości, ale miało ono charakter postępowania incydentalnego, zatem o kosztach poniesionych w tym postępowaniu należało orzec przy uwzględnieniu wyników postępowania kończącego postępowanie w sprawie.

Na mocy art. 79 ust. 1 pkt e) ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Sąd Apelacyjny zwrócił powodowi uiszczoną przez niego opłatę od zażalenia. Apelacja powoda została bowiem odrzucona na skutek niechronologicznego wszycia wniosku powoda o sporządzenie uzasadnienia wyroku uzupełniającego, który został następnie odnaleziony w innym tomie akt sprawy.

SSA Wiesław Łukaszewski SSA Anna Strugała SSA Leszek Jantowski