

Sygn. akt	VIII GC 153/15		
WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ			
		Dnia	30 czerwca 2017 r.
Sąd Okręgowy w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy w składzie:			
Przewodniczący:	SSO Artur Fornal		
Protokolant:	Katarzyna Burewicz		
po rozpoznaniu w dniu	23 czerwca 2017 r.	w Bydgoszczy	
na rozprawie			
spraw z powództwa:	J. J. (1)		
przeciwko:	1. (...) w K., 2. (...) w W., 3. (...) w M. (W.)		
o zapłatę z pozwów złożonych : w dniu 14 maja 2015 r. oraz w dniu 15 czerwca 2015 r.			
1. w sprawie z pozwu z dnia 14 maja 2015 r. (sygn. akt VIII GC 153/15):			

1. oddala powództwo,
2. zasądza od powódki na rzecz każdego z pozwanych kwoty po 2 417 zł (dwa tysiące czterysta siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu,
3. koszty sądowe, które nie zostały uiszczone w toku postępowania przejmuje na rachunek Skarbu Państwa;

2. w sprawie z pozwu z dnia 15 czerwca 2015 r. (o sygn. akt VIII GC 184/15):

1. oddala powództwo,
2. zasądza od powódki na rzecz każdego z pozwanych kwoty po 2 417 zł (dwa tysiące czterysta siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu,
3. koszty sądowe, które nie zostały uiszczone w toku postępowania przejmuje na rachunek Skarbu Państwa.

Sygn. akt VIII GC 153/15

UZASADNIENIE

I.

Powódka J. J. (1) w pozwie z dnia 14 maja 2015 r. wniosła o zasądzenie solidarnie od pozwanych:

4. (...) w W.,
5. (...) w M.,
6. (...) w K.

kwoty 537.999,33 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwot :

4. 150.343,18 zł od dnia 9 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty,

5. 387.656,15 zł od dnia 21 maja 2014 r. do dnia zapłaty,

a także kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu tego pozwu powódka podała, że podstawą żądania pozwu jest umowa o wykonanie robót budowlano-montażowych w ramach której powódka, jako podwykonawca, zobowiązała się względem pozwanych – zrzeczonych w konsorcjum, jako generalnego wykonawcy, do wykonania zleconych prac w ramach zadania inwestycyjnego (...) Powódka wskazała, że wykonała szereg zleconych jej robót oraz uzgodnionych prac dodatkowych. Prace te zostały przyjęte, a sama inwestycja ukończona i oddana do użytku. Powódka nie uzyskała jednak w całości należnego jej z tego tytułu wynagrodzenia - odpowiadającego fakturom VAT nr : (...) z dnia 7 marca 2014 r. i (...) z dnia 18 kwietnia 2014 r.

W odpowiedzi na pozew pozwani : (...), (...) oraz (...) domagali się oddalenia powództwa względem nich, a także o odrzucenie pozwu w stosunku do (...), ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku – o oddalenie powództwa w stosunku do tego pozwanego (obecnie (...), jako spółki przejmującej). Wnieśli ponadto o zasądzenie na rzecz pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwani potwierdzili fakt zawarcia pomiędzy stronami przedmiotowej umowy, wskazali jednak, że skutecznie od niej odstąpili. Powódka nie wywiązała się bowiem z umownego terminu zakończenia robót i zaprzestała realizacji umowy. Ponadto powódka zaprzestała regulowania należności swoich podwykonawców. W związku z odstąpieniem od tej umowy pozwani naliczyli powódce karę umowną w wysokości 722.469,80 zł, a także dokonali potrącenia należności z tego tytułu z należnościami powódki objętymi dochodzonymi w pozwie fakturami. Pozwani podnieśli ponadto, że zgodnie z łączącą strony umową mieli prawo potrącić swoje wierzytelności z wierzytelnościami pozwanej, chociażby jedna z nich lub obie nie były wymagalne. Tak więc z należności powódki objętych ww. fakturami VAT pozwani dokonali także stosownych potrąceń z następujących tytułów : zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 18 umowy), kosztu obsługi budowy (§ 13 pkt 1 ppkt 5 umowy), kary umownej w związku z niezyskaniem potwierdzenia wykonania zabezpieczeń BHP i utrzymania czystości terenu budowy (§ 13 pkt 1 ppkt 15 umowy). Pozwani podnieśli ponadto, że zgodnie z § 5 pkt 4 umowy, do każdej faktury przejściowej wystawianej przez powódkę, powinny być dołączone oświadczenia wszystkich jej podwykonawców, pod rygorem wstrzymania zapłaty wynagrodzenia. Powódka nie przedłożyła takich oświadczeń, a pozwani zostali poinformowani przez jej podwykonawców o tym, że zalegała z płatnościami.

W piśmie przygotowawczym z dnia 5 października 2015 r. powódka podtrzymała dotychczasowe stanowisko, a także wniosła o wezwanie do udziału w sprawie po stronie pozwanej (...) w M. – w miejsce (...), wskazując, że w chwili wniesienia pozwu nie wiedziała o połączeniu przez przejęcie tego pozwanego przez inny podmiot ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2014 r. W konsekwencji przedmiotowe postępowanie powinno być kontynuowane z udziałem ogólnego następcy prawnego tego pozwanego.

Powódka zaprzeczyła podniesionym zarzutom potrącenia, zarówno co do ich wysokości, jak i skuteczności. Podniosła, że dokonane przez pozwanych potrącenie nie spełnia przesłanek wymaganych przez przepis art. 498 k.c. Jakkolwiek bowiem pomiędzy stronami zachodzi wzajemność oraz jednorodzaowość wierzytelności o tyle wątpliwości budzić musi wartość przedstawionej do potrącenia kary umownej w kwocie 722.469,80 zł. Powódka podniosła, że nota obciążeniowa z dnia 3 marca 2014 r. mająca stanowić podstawę jej naliczenia nie zawiera wyjaśnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie ww. kary, a także kalkulacji jej wartości. Powódka podała, że konsekwentnie kwestionowała i kwestionuje zasadność i wartość kary, zarzucając pozwanym dowolne i niewspółmierne jej ukształtowanie. Wątpliwości powódki budzi także wymagalność potrącaniej wierzytelności. Oznacza to, że strona pozwana nie dysponowała dostatecznie skonkretyzowaną i wymagalną wierzytelnością spełniającą wymogi tzw. stanu potrącalności. Jeśli zatem przedstawiona do potrącenia wierzytelność nie istnieje, choćby jedynie w pewnym

zakresie, to złożone oświadczenie o potrąceniu nie może, jako bezskuteczne, doprowadzić do umorzenia wierzytelności dochodzonej pozwem. Poza tym powódka podniosła, że nie ponosi względem pozwanych odpowiedzialności z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie prac, ponieważ to przede wszystkim pozwani nie wywiązali się z umowy, nie dokonując na rzecz powódki terminowych wpłat, wynikłych z wystawionych częściowych faktur VAT.

Postanowieniem z dnia 20 stycznia 2016 r. na podstawie art. 194 § 1 k.p.c. wezwano do udziału w sprawie w charakterze pozwanego : (...) w M. (W.).

W kolejnym piśmie przygotowawczym z dnia 25 kwietnia 2016 r. pozwani podtrzymali dotychczasowe stanowisko, a także wyjaśnili, że kara umowna w kwocie 722.469,80 zł została naliczona zgodnie z § 31 pkt 1 ppkt 3 łączącej strony umowy i stanowi ona 15 % wynagrodzenia umownego powódki brutto, wynoszącego ostatecznie kwotę 4.816.465,34 zł. Pozwani wskazali na umowny zapis zgodnie z którym kara umowna staje się wymagalna z chwilą zaistnienia podstawy do jej naliczenia, a ponadto podkreślili, że powódka nie zakwestionowała przyczyn odstąpienia od umowy, tj. nie tylko niedotrzymania umownego terminu wykonania (§ 3 pkt 1 ppkt 4 umowy), lecz także zaprzestania kontynuowania realizacji umowy i brak podjęcia prac pomimo wezwania (§ 32 pkt 1 ppkt 4 i 6 umowy), zaprzestania regulowania należności swoich podwykonawców i zaleganie z zapłatą na ich rzecz powyżej 30 dni (§ 32 pkt 1 ppkt 5 umowy) oraz faktu zajęcia majątku powódki przez komornika (§ 32 pkt 1 ppkt 3 umowy). Pozwani podkreślili, że powódka nie zakwestionowała prawdziwości dokumentów prywatnych załączonych do odpowiedzi na pozew, a także nie odniosła się merytorycznie do podstaw odstąpienia przez pozwanych od umowy podwykonawczej.

II.

Powódka J. J. (1) w pozwie z dnia 9 czerwca 2015 r., zarejestrowanym pod sygnaturą VIII GC 184/15 wniosła o zasądzenie od pozwanych:

4. (...) w W.,

5. (...) w M.,

6. (...) w K.

kwoty 520.000 zł tytułem wynagrodzenia jakie miało jej przysługiwać w związku z wykonaniem umowy łączącej strony, wraz z kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu tego pozwu powódka podała, że zgodnie z umową o wykonanie robót budowlano-montażowych powódka, jako podwykonawca, zobowiązała się względem pozwanych – zrzeszonych w konsorcjum, jako generalnego wykonawcy, do wykonania zleconych prac w ramach zadania inwestycyjnego (...) Powódka wskazała, że wykonała szereg zleconych jej robót oraz uzgodnionych prac dodatkowych, wyjaśniła również, że kwota jej wynagrodzenia wynikająca z umowy, tj. 3.761.992,08 zł została oznaczona jako wstępna, odpowiadająca ustalonej kalkulacji jego podstawy, zakresu robót i określonych w załącznikach cen jednostkowych. Ostateczna wysokość wynagrodzenia oznaczona miała być poprzez uwzględnienie wskazanej podstawy oraz zakresu wykonanych prac zgodnych ze zgodnych ze Specyfikacją Techniczną i dokumentacją projektową, potwierdzoną stosownymi pomiarami. Umowa została następnie rozszerzona aneksem o szereg prac dodatkowych, co spowodowało zwiększenie wynagrodzenia o kwotę 153.833,40 zł (tj. do łącznej kwoty 3.915.825,48 zł netto). Poza powyższymi pracami, które zostały poddane obmiarom w poszczególnych etapach i przyjęte, sama zaś inwestycja ukończona i oddana do użytku, powódka nie uzyskała jednak należnego jej wynagrodzenia odpowiadającego dodatkowo wykonanym usługom. Z tego tytułu pozwani zalegać mają powódce z płatnościami następujących kwot :

3. 220.000 zł – za wykonanie prac dodatkowych, których potwierdzeniem miał być sporządzony protokół konieczności, co było wynikiem zmiany sposobu wykonania zahumusowania skarp (ponowne zahumusowanie i umocnienie matą przeciwezyjną) na skutek decyzji inspektora nadzoru inwestorskiego z dnia 13 lutego 2014 r.,

4. 300.000 zł – za naniesienie poprawek dotyczących humusowania pasa rozdzielni spowodowanych działaniem osób trzecich (pozostałych podwykonawców), systematycznie niszczących efekty prac powódki.

Powódka informowała o tej sytuacji pozwanych, a za ich wiedzą i akceptacją wykonała szereg prac dodatkowych wyrażających się w wartości 3 zł/m² – łącznie 300.000 zł, które to wartości pozwani zaakceptowali. Także prace dodatkowe w zakresie ponownego zahumusowania i umocnienia skarp matą zostały zlecone powódce, która je wykonała, pozwani zaś zaakceptowali wartość tej usługi w kwocie 220.000 zł (1 zł/m²). Potwierdzeniem wykonania tych prac miał być protokół konieczności, do czego nie doszło z powodu biernej postawy i zaniechań pozwanych.

W odpowiedzi na pozew pozwani : (...), (...) oraz (...) domagali się oddalenia powództwa względem nich, a także o odrzucenie pozwu w stosunku do (...), ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia tego wniosku – o oddalenie powództwa w stosunku do tego pozwanego (obecnie (...), jako spółki przejmującej). Wnieśli ponadto o zasądzenie na rzecz pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwani potwierdzili fakt zawarcia pomiędzy stronami przedmiotowej umowy, wskazali jednak, że skutecznie od niej odstąpili. Zarzucili, iż powódka nie sprecyzowała należycie swojego roszczenia.

Odnośnie żądania w zakresie kwoty 220.000 zł z tytułu prac dodatkowych pozwani podnieśli, że powódka miała w zakresie umownym wykonanie prac polegających na humusowaniu i obsianiu trawą skarp i rowów oraz umocnienie skarp matą przeciwerozryjną. Ten zakres umowy powódka wykonała zgodnie z protokołem końcowym odbioru robót z dnia 22 kwietnia 2014 r. Z tego protokołu, a zwłaszcza dołączonych do niego załączników wynika, że wartości tam ujęte stanowią ostateczną wartość wykonanych robót. Powyższe rozliczenie zostało zaakceptowane przez powódkę. Pozwani zaprzeczyli, aby wydane zostało polecenie zmiany sposobu wykonania skarp, tym samym strony nie prowadziły jakichkolwiek negocjacji odnośnie podpisania protokołu konieczności. Nadto inspektor nadzoru nie jest osobą, która mogłaby wydawać wiążące polecenia wykonawcy, czy też podwykonawcom, a umocowany do wystąpienia z takim żądaniem względem wykonawcy inżynier kontraktu nie wydał polecenia zmiany w zakresie sposobu wykonania skarp. Pozwani zauważyli także, że wszystkie przedstawione przez powódkę dowody w postaci zestawienia wykonanych prac, druków obmiaru robót, protokołów odbioru robót i zgłoszenia do odbioru, są dokumentami dotyczącymi realizacji robót ujętych w łączącej strony umowie i w aneksie. Dokumenty te nie są kompletne, gdyż nie zostały zatwierdzone przez inżyniera kontraktu, a przede wszystkim nie dotyczą przedmiotu żądania. Pozwani powołali się ponadto na treść § 2 pkt 2 i 3 umowy, według której wykonanie przez podwykonawcę robót dodatkowych, wymagało zgłoszenia, które powinno mieć odpowiednią formę i następować wedle uzgodnionej procedury. Jej niezachowanie, w sytuacji braku zlecenia tych robót w formie pisemnej przez wykonawcę - zawierającego w szczególności akceptację cen jednostkowych, powodowało, że ich wykonanie następowało na wyłączny koszt i niebezpieczeństwo podwykonawcy. Ponadto pozwani podnieśli, że zgodnie z § 34 ust. 4 umowy, wszelkie zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności, zatem ewentualne roboty dodatkowe lub rozszerzenie zakresu umownego, powinno zostać stwierdzone na piśmie.

Za bezzasadne pozwani uznali również żądanie zapłaty 300.000 zł tytułem naniesionych poprawek. Zaprzeczyli, by w trakcie realizacji umowy dochodziło do niszczenia prac wykonanych przez powódkę. Pozwani powołali się też na § 13 pkt 10 umowy przewidujący obowiązek podwykonawcy zabezpieczenia wykonywanych robót w sposób uniemożliwiający zniszczenie ich efektów. Jednocześnie zarzucili, że powódka nie wskazała ile metrów prac miała rzekomo wykonać. Przyjmując zaś wskazaną w pozwie stawkę 3 zł/m² należałoby stwierdzić, że powódka wykonała poprawki na 100.000 m², co stanowiłoby aż 64% wszystkich wykonanych przez powódkę prac. Pozwani uznali to za nieprawdopodobne i podali, że przeczą temu dokumenty rozliczeniowe zaakceptowane przez powódkę.

W piśmie przygotowawczym z dnia 5 października 2015 r. powódka podtrzymała dotychczasowe stanowisko, a także wniosła o wezwanie do udziału w sprawie po stronie pozwanej (...) w M. – w miejsce (...), wskazując, że w chwili wniesienia pozwu nie wiedziała o połączeniu przez przejęcie tego pozwanego przez inny podmiot ze skutkiem od

dnia 1 stycznia 2014 r. W konsekwencji przedmiotowe postępowanie powinno być kontynuowane z udziałem ogólnego następcy prawnego tego pozwanego.

Powódka podniosła, że sformalizowana procedura z o której mowa w § 2 pkt 2 i 3 umowy nie miała zastosowania, gdyż w warunkach realizacji umowy ta procedura nie była w wielu aspektach prac dochowana z winy pozwanych. Okoliczność ta nie może jednak przeczyć faktom wykonania przez powódkę licznych prac dodatkowych, o których pozwani wiedzieli i których realizacji nie sprzeciwili się na żadnym z etapów wykonawstwa. Podniosła, iż pozwani, jako podmiot dominujący, celowo zlecali jej prace z pominięciem drogi formalnej. Jednak to na pozwanych spoczywał obowiązek dochowania wymogów formalnych w postaci pisemnego zlecenia powódce wykonania prac dodatkowych. Celowe zaniechanie tego obowiązku powinno być odebrane jako nadużycie prawa podmiotowego, w postaci wykonania przez powódkę szeregu prac na własny koszt i niebezpieczeństwo, z jednoczesnym bezpodstawnym wzbogaceniem pozwanych.

Postanowieniem z dnia 15 lutego 2016 r. na podstawie art. 194 § 1 k.p.c. wezwano do udziału w sprawie w charakterze pozwanego : (...) w M. (W.).

W kolejnym piśmie przygotowawczym z dnia 15 marca 2016 r. pozwani podtrzymali dotychczasowe stanowisko podnosząc, że powódka w żaden sposób nie wykazała zakresu rzekomych robót dodatkowych, które miały zostać wykonane, jak i zakresu robót poprawkowych.

III.

Zarządzeniem z dnia 31 marca 2016 r. połączono do wspólnego rozpoznania i ewentualnie także rozstrzygnięcia obie wymienione wyżej sprawy.

Postanowieniem wydanym w dniu 1 lipca 2016 r. odrzucone zostały ww. pozwy w stosunku do (...) z siedzibą w M. (W.).

W obu połączonych sprawach Sąd ustalił, co następuje:

Powódka J. J. (1), w ramach prowadzonej działalności gospodarczej pod nazwą PPHU (...) zawarła dnia 27 sierpnia 2013 r. z konsorcjum pozwanych: (...) w W., (...) w M., a także (...) w K. umowę nr (...) o wykonanie robót budowlano-montażowych, w ramach zadania inwestycyjnego „Kontynuacja budowy Autostrady (...) T. – S.. Odcinek I C. – O. od km 151+900 do km 163+300, O. II O. – B. od km 163+300 do km 186+366”, którego konsorcjum było generalnym wykonawcą, zgodnie z umową z dnia 3 kwietnia 2013 r. zawartą przez to konsorcjum ze (...) w B..

Jak wynikało z treści umowy podwykonawczej w imieniu firm tworzących konsorcjum działał – na podstawie pełnomocnictwa – pozwany (...) (występujący dalej jako „wykonawca”).

W ramach powyższej umowy powódka zobowiązała się wykonać prace szczegółowo określone w załączniku nr 1 do umowy polegające na humusowaniu oraz umocnieniu skarp i rowów zgodnie ze Specyfikacją Techniczną (załącznik nr 2 do umowy) oraz Dokumentacją Projektową (załącznik nr 3 do umowy).

Konsorcjum, jako wykonawca, miało prawo rozszerzyć umowny zakres robót, a powódka, jako podwykonawca, zobowiązała się wykonać rozszerzony zakres robót za wynagrodzeniem ustalonym na zasadach określonych w § 4 ust. 7 tej umowy. Wykonawca mógł żądać wykonania przez powódkę robót zamiennych lub dodatkowych w stosunku do tych określonych projektem, o ile nie spowoduje to podwyższenia wartości wynagrodzenia za dany element robót, określony w zakresie rzeczowym o więcej niż 10 % (§ 2 umowy). Strony ustaliły zakończenie robót objętych przedmiotem umowy na dzień 28 lutego 2014 r. (§ 3 ust. 1 pkt 4).

Wynagrodzenie powódki ustalono w § 4 ust. 1 umowy wstępnie na kwotę 3.761.992,08 zł netto. Podstawę do ustalenia wynagrodzenia końcowego stanowiły ceny jednostkowe określone w załączniku nr 1 do umowy. Ostateczna wysokość wynagrodzenia za przedmiot umowy miała zostać ustalona przy uwzględnieniu wskazanej wyżej podstawy oraz

zakresu robót wykonanego zgodnie ze Specyfikacją Techniczną i Dokumentacją Projektową, potwierdzonego przez Wykonawcę (obmiar robót).

Zgodnie z § 4 ust. 7 umowy w przypadku rozszerzenia przedmiotu umowy przez wykonawcę, zgodnie z jej § 2 ust. 1 o zakres robót szerszy niż pierwotnie przewidziany powódka miała prawo do dodatkowego wynagrodzenia wyliczonego według cen jednostkowych i (lub) danych do kosztorysowania zawartych w załączniku nr 1 umowy lub danych do kosztorysowania SCB. W § 4 ust. 10 umowy strony postanowiły natomiast, że wykonanie przez podwykonawcę robót dodatkowych lub zamiennych bez wcześniejszego ich zlecenia w formie pisemnej przez wykonawcę, zawierającego w szczególności akceptację cen jednostkowych, będzie odbywało się na wyłączny koszt i niebezpieczeństwo podwykonawcy.

W § 5 umowy przewidziano z kolei rozliczenie między stronami po odbiorze końcowym na podstawie faktury końcowej, a także wypłaty zaliczek na podstawie przejściowych faktur VAT. Do każdej faktury wystawianej przez powódkę musiały być dołączane – zgodnie z § 5 ust. 4 umowy – oświadczenia wszystkich jej podwykonawców oraz dalszych ewentualnych podwykonawców, podpisane przez upoważnione osoby, potwierdzające, że należne im wynagrodzenie z tytułu wykonanych robót będących przedmiotem niniejszej umowy, a objętych ostatnią fakturą, zostało zapłacone oraz dowody zapłaty podwykonawcom (oraz dalszym ewentualnym podwykonawcom) wynagrodzenia objętego fakturą podwykonawcy lub odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty, uprzednio zaakceptowanego przez wykonawcę. W razie niedostarczenia tych dokumentów wykonawca miał prawo wstrzymać zapłatę w wysokości nie potwierdzonej tymi oświadczeniami i dowodami zapłaty do czasu ich dostarczenia lub po upływie terminu dostarczenia, zapłaty bezpośrednio na rzecz podwykonawcy powódki.

Ponadto w § 5 ust. 7 zd. 2 umowy przewidziano, że wykonawca ma prawo potrącić swoje wierzytelności z wierzytelnościami podwykonawcy, chociażby jedna z nich lub obie nie były wymagalne lub zaskarżalne.

Do umówionych obowiązków powódki należało w szczególności: zapłata na rzecz wykonawcy kosztów obsługi zaplecza budowy w wysokości 2 % wartości wynagrodzenia netto (§ 13 pkt 1 ppkt 5 umowy), utrzymanie w czystości terenu i zaplecza budowy oraz dróg publicznych i chodników przylegających do terenu budowy oraz zabezpieczeń BHP w odpowiednim stanie - na zakończenie każdego tygodnia pracy powódka zobowiązała się uzyskać od kierownika budowy lub kierownika kontraktu potwierdzenia ww. zabezpieczeń w odpowiednim stanie oraz o pozostawieniu w czystości na terenie budowy oraz przylegających do terenu budowy drogach publicznych i chodnikach; w razie nie uzyskania takiego potwierdzenia, wykonawca miał prawo obciążyć powódkę ryczałtową kwotą 2.000 zł za każdy tydzień z tytułu zastępczego wykonania tego obowiązku, którą będzie miał prawo potrącić z faktur powódki (§ 13 pkt 1 ppkt 15 umowy).

W § 13 ppkt 10 umowy powódka zobowiązała się do bieżącego zabezpieczania wykonywanych robót w sposób umożliwiający zniszczenie ich efektów, w razie niewykonania tego zobowiązania wykonawca mógł sam wykonać powyższe zabezpieczenie na koszt podwykonawcy.

W § 18 ust. 1 umowy powódka zobowiązała się ustanowić na rzecz wykonawcy zabezpieczenie ewentualnych roszczeń, w szczególności z tytułu niewykonania lub nienależytego jej wykonania, roszczeń z tytułu rękojmi, a także roszczeń osób trzecich w stosunku do wykonawcy z powodu stwierdzonych wad wykonawczych - w wysokości 10 % wynagrodzenia podwykonawcy brutto, które miały być potrącane przez wykonawcę z każdej kolejnej faktury powódki. Powódka upoważniła przy tym wykonawcę do potrącania z ww. faktur kwot potrzebnych na ustanowienie zabezpieczenia. Zwrot zabezpieczenia miał zostać dokonany na pisemny wniosek powódki - z zachowaniem wymogów i terminów określonych w § 18 ust. 2 -4 umowy.

W § 30 ust. 3 umowy powódka upoważniła wykonawcę do potrącenia kar umownych z wynagrodzenia przysługującego jej jako podwykonawcy. Strony postanowiły ponadto, że kary umowne stają się wymagalne z chwilą powiadomienia podwykonawcy o istnieniu podstawy do ich naliczenia.

Powódka zobowiązała się do zapłaty kary umownej na rzecz pozwanych m.in. w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność podwykonawca - w wysokości 15 % wynagrodzenia umownego brutto (§ 31 pkt 3 umowy).

Wykonawca miał prawo, w okresie obowiązywania umowy, odstąpić od niej m.in. w przypadkach gdy : podwykonawca przerwał realizację robót i nie realizuje ich bez uzasadnionych przyczyn przez okres kolejnych 7 dni roboczych lub opóźnia się tak dalece z realizacją robót, że wątpliwym będzie ich terminowe zakończenie (§ 32 pkt 4 umowy), podwykonawca nie płaci swoim podwykonawcom realizującym roboty objęte przedmiotem umowy i (lub) opóźnia się z płatnościami na ich rzecz powyżej 30 dni w stosunku do terminu płatności wynikającego z faktury i (lub) faktur wystawionych przez podwykonawców na rzecz powódki (§ 32 pkt 5 umowy), zostanie wydany nakaz zajęcia majątku podwykonawcy (§ 32 pkt 3 umowy).

Strony postanowiły również w § 32 umowy, że odstąpienie od niej będzie skuteczne natychmiast, tj. z chwilą doręczenia drugiej stronie oświadczenia o odstąpieniu i będzie wywierało skutek na przyszłość, przy zachowaniu w pełni przez wykonawcę wszystkich uprawnień nabytych przed dniem odstąpienia, w szczególności w zakresie uprawnień z gwarancji jakości, rękojmi, zabezpieczenia należytego wykonania umowy i kar umownych.

Nadto postanowiono, że odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej z podaniem przyczyny odstąpienia. W razie odstąpienia od umowy strony obciążały obowiązki określone w § 32 pkt 7 umowy, tj. m.in. sporządzenie protokołu inwentaryzacji robót według stanu na dzień odstąpienia, zgłoszenie do odbioru robót przerwanych.

Przedstawicielem wykonawcy ustanowiony został w powyższej umowie M. N. – jako dyrektor kontraktu, natomiast jako przedstawiciele ze strony podwykonawcy wskazano : samą powódkę oraz D. G. (§ 33 ust. 1 i 2 umowy).

Zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 34 pkt. 4 umowy).

(dowód : zaświadczenie z CEIDG powódki – k. 11 akt, umowa z dnia 27 sierpnia 2013 r. – k. 12-33 akt, załączniki do ww. umowy - k. 275-283 w aktach sprawy VIII GC 184/15).

Zakres przedmiotowy powyższej umowy uległ następnie zmianie poprzez zawarcie pomiędzy stronami aneksu nr (...) z dnia 2 grudnia 2013 r. na podstawie którego powódka przejęła do wykonania zleczone jej przez pozwanych prace dodatkowe szczegółowo określone w załączniku nr 1 do ww. aneksu. Wynagrodzenie powódki zwiększone zostało o kwotę 153.833,40 zł netto, tym samym wstępna wysokość umówionego wynagrodzenia o której mowa była w § 4 ust. 1 umowy została ustalona na kwotę 3.915.825,48 zł netto.

(dowód : aneks z dnia 2 grudnia 2013 r. – k. 34-36 akt)

Za wykonane w ramach powyższej umowy roboty powódka wystawiła m.in. faktury VAT nr :

a) (...) z dnia 7 marca 2014 r. na kwotę 150.343,18 zł (dotyczącą robót wykonanych w okresie rozliczeniowym od dnia 1 grudnia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r.) - z terminem zapłaty w dniu 8 kwietnia 2014 r.,

b) (...) z dnia 18 kwietnia 2014 r. na kwotę 387.656,15 zł (dotyczącą robót wykonanych w okresie rozliczeniowym od 1 stycznia 2014 r. do dnia 31 marca 2014 r.) - z terminem zapłaty w dniu 20 maja 2014 r.

Podstawą wystawienia powyższych faktur były protokoły zaawansowania robót za wskazane wyżej okresy podpisane przez powódkę, a z ramienia wykonawcy przez kierownika Działu Rozliczeń – A. K. oraz przez kierownika budowy – T. P.. Jednocześnie zatwierdzone zostały przez przedstawiciela pozwanych – M. N. i podpisane także przez powódkę lub jej przedstawiciela – D. G. Certyfikaty Płatności do powyższych faktur :

a) Nr 4 na kwotę 130.302,01 zł - z treści którego wynikało, iż z kwoty 150.343,18 zł objętej fakturą VAT nr (...) (dotyczącej robót wykonanych w okresie rozliczeniowym od dnia 1 grudnia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r.) potrąceniu podlegały następujące kwoty :

- 15.034,31 zł stanowiąca równowartość 10 % wartości brutto umowy tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3.006,86 zł stanowiącą koszty obsługi budowy (wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 7 stycznia 2014 r.),
- 2.000 zł tytułem kary porządkowej – tj. kary umownej w związku z niezyskaniem potwierdzenia wykonania zabezpieczeń BHP i utrzymania czystości terenu budowy za okres od dnia 24 lutego 2014 r. do 2 marca 2014 r.,

b) Nr 5 na kwotę 341.137,42 zł - z treści którego wynikało, iż z kwoty 387.656,15 zł objętej fakturą VAT nr (...) (dotyczącej robót wykonanych w okresie rozliczeniowym od dnia 1 stycznia 2014 r. do dnia 31 marca 2014 r.) potrąceniu podlegały następujące kwoty :

- 38.765,61 zł stanowiąca równowartość 10 % wartości brutto umowy tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 7.753,12 zł stanowiącą koszty obsługi budowy (wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 18 kwietnia 2014 r.).

W treści protokołu stanu zaawansowania robót za okres od dnia 1 stycznia 2014 r. do dnia 31 marca 2014 r., a także w Certyfikacie Płatności faktury nr (...) zaznaczono, że podano tam ostateczną wartość wykonanych robót zgodnie z odbiorem końcowym przedmiotu umowy.

(**dowód:** faktura nr (...) – k. 37, faktura nr (...) – k. 41, protokoły stanu zaawansowania robót – k. 38-39, 42-43, 146-149, pełnomocnictwo udzielone przez powódkę D. G. – k. 150-151, certyfikaty płatności faktur – k. 40, 44, 145, zeznania świadka A. K. – k. 306, nota obciążeniowa nr : (...) z dnia 3.03.2014 r. wraz z dowodem nadania w dniu 26.03.2014 r. – k. 163-164, faktura VAT nr (...) z dnia 7.01.2014 r. z dowodem nadania w dniu 26.03.2014 r. - k. 152-153, faktura VAT nr (...) z dnia 18.04.2014 r. z dowodem nadania w dniu 7.05.2014 r. - k. 154-155, dokument kompensaty nr : (...) z dnia 4.04.2014 r. z dowodem nadania w dniu 28.04.2014 r. – k. 172-173)

Pismem z dnia 13 marca 2014 r. powódka poinformowała Dyrektora Kontraktu o tym, iż w związku z bardzo trudną sytuacją finansową i brakiem możliwości finansowania niemożliwa stała się dalsza realizacja z jej strony przedmiotowej umowy. Jako przyczynę takiego stanu rzeczy powódka podała olbrzymie koszty jakie poniosła przy realizacji zadania (kilkukrotne poprawianie pasa rozdziału) oraz zakwestionowanie 50 % sprzedaży przez inspektora nadzoru z powodu złej jakości humusu uniemożliwiło jej wywiązanie się wobec podwykonawców z zapłatą należności w terminach. Powódka w treści tego pisma podkreśliła także, iż docenia ogromną pomoc ze strony wykonawcy w celu rozwiązania tego problemu. Wyjaśniła również, że obecna sytuacja związana z zajęciem komorniczym przez firmę (...) - będącą jej podwykonawcą na innej budowie, całkowicie zablokowała powódce możliwość dalszej pracy.

(**dowód:** pismo powódki z 13 marca 2014 r., k. 177-178, zeznania powódki - k. 434-437)

Pismem z dnia 17 marca 2014 r., doręczonym powódce w dniu 26 marca 2014 r., pozwani złożyli oświadczenie od odstąpieniu od umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2013 r. z powołaniem, jako jego podstawy, § 32 pkt 3, 5, 6 oraz pkt 4. Wykonawca powołał się na upływ terminu jej realizacji w dniu 28 lutego 2014 r. (§ 3 pkt 1 ppkt 4 umowy) i niezrealizowanie przez powódkę przedmiotu umowy. W piśmie tym wykonawca zarzucił również, że powódka przerwała prace w trakcie realizacji robót i pomimo wezwania przez wykonawcę, pismem z dnia 13 marca 2014 r., nie podjęła dalszej ich realizacji. Nadto, wykonawca powołał się na fakt wszczęcia egzekucji przeciwko powódce w ramach postępowania zabezpieczającego - na kwotę 422.387,60 zł, co miało utrudniać realizację zawartej umowy, jak również na informacje od podwykonawców powódki ((...), (...), (...), (...), (...)) o zaleganiu przez nią z płatnościami na ich rzecz. W powyższym piśmie pozwani, na podstawie § 31 pkt 1 ppkt 3 umowy, naliczyli także powódce karę umowną

w wysokości 722.469,80 zł. Wezwali ponadto powódkę do przystąpienia do inwentaryzacji wykonanych robót – w terminie 7 dni.

Na okoliczność obciążenia powódki powyższą karą umowną wystawiona została wcześniej przez wykonawcę Nota Obciążeniowa nr : (...) datowana na dzień 3 marca 2014 r. - a nadana pocztą na adres powódki w dniu 21 marca 2014 r.

(**dowód:** pismo z dnia 13.03.2014 r. z dowodem nadania i doręczenia – k. 174-176, oświadczenie o odstąpieniu od umowy z 17.03.2014 r. z dowodami doręczenia – k. 124-127, nota obciążeniowa wraz z dowodem nadania – k. 161-162, pismo (...) z dnia 12.02.2014 r. - k. 179, pismo T. W. ((...)) z dnia 13.02.2014 r. - k. 186, pismo (...) z dnia 10.03.2014 r. - k. 192, pismo E. C. z dnia 14.03.2014 r. - k. 193, pismo (...) z dnia 14.03.2014 r. - k. 197, pismo Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w S. z dnia 6.03.2014 r. w przedmiocie zajęcia wierzytelności powódki, sygn. akt KM 141/14 - k. 269, zeznania reprezentanta pozwanego – k. 302 v. -303)

Pozostałą do zapłaty na rzecz powódki kwotę 132.302,01 zł wynikającą z Certyfikatu Płatności Faktury Nr (...) (dotyczącego faktury VAT (...) z dnia 7 marca 2014 r.) pozwani potrącili następnie – dokumentem kompensacyjnym wystawionym w dniu 9 kwietnia 2014 r. (nadanym na adres powódki w dniu 27 maja 2014 r.) – z częścią należności z tytułu ww. kary umownej w powyższej kwocie (ze wskazaniem, iż do zapłaty z tego tytułu pozostaje kwota 590.167,79 zł)

(**dowód:** certyfikat płatności – k. 40, faktura – k. 37, nota obciążeniowa wraz z dowodem nadania – k. 161-162, dokument kompensaty nr (...) wraz z dowodem nadania i oświadczeniem powódki – k. 165-167)

Z pozostałej do zapłaty na rzecz powódki kwoty 341.137,42 zł wynikającej z Certyfikatu Płatności Faktury Nr (...) (dotyczącego faktury VAT (...) z dnia 18 kwietnia 2014 r.) pozwani dokonali następnie potrącenia – dokumentem kompensacyjnym wystawionym w dniu 26 maja 2014 r. (nadanym na adres powódki w dniu 16 czerwca 2014 r.) – następujących kwot:

- 2.000 zł tytułem kary umownej w związku z nieuzyskaniem potwierdzenia wykonania zabezpieczeń BHP i utrzymania czystości terenu budowy za okres od dnia 18 listopada 2013 r. do 23 listopada 2013 r. (wynikającej z pisma wykonawcy z dnia 28 listopada 2013 r., której dotyczyła wystawiona następnie – w dniu 15 kwietnia 2014 r. – Nota Obciążeniowa nr : (...)),
- 339.137,42 zł tytułem części należności stanowiącej karę umowną, której dotyczyła Nota Obciążeniowa nr : (...)

(**dowód:** certyfikat płatności – k. 44, faktura – k. 41, noty obciążeniowe wraz z dowodem nadania – k. 165-162, dokument kompensaty nr (...)wraz z dowodem nadania – k. 168-169, pismo z dnia 28.11.2013 r. z dowodem nadania w dniu 29.11.2013 r. i doręczenia w dniu 13.12.2013 r. - k. 156 – 158)

W dniu 22 kwietnia 2014 r. z udziałem przedstawicieli wykonawcy spisany został jednostronnie protokół odbioru robót wykonanych przez firmę powódki, po jej zejściu z budowy w marcu 2014 r., w którym stwierdzono niekompletność wykonanych robót i brak możliwości zakwalifikowania ich do odbioru.

(**dowód:** protokół odbioru końcowego z 22.04.2014 r. z zestawieniami wykonanych prac – k. 139-144, zeznania reprezentanta pozwanego – k. 302 v. - 303 i 437, 437-438, zeznania świadka A. K. - k. 306)

W trakcie realizacji przedmiotowej umowy powódka, po wykonaniu prac związanych z humusowaniem pasa rozdziału, kilkakrotnie naprawiała – w związku z ich niszczeniem przez innych podwykonawców, także w czasie wykonywania przez nich innych prac – wykonane już odcinki, ponownie dokonując : humusowania, grabienia, a także obsiewania trawy i obsypywania wpustów do wody. Nie wykonano jednak żadnego obmiaru tych ponownie wykonanych robót. Odbyło się natomiast nieformalne spotkanie z udziałem A. J. – ówczesnej dyrektor przedsiębiorstwa powódki, J. J. (2) – kierownika robót z ramienia powódki oraz M. N. – wówczas dyrektor kontraktu będącego przedstawicielem

wykonawcy, w czasie którego była mowa o zapłacie kwoty 300.000 zł za ponownie wykonywane przez powódkę prace. Ze spotkania tego nie sporządzono żadnej notatki.

Zaistniała ponadto, na skutek informacji przekazanej w lutym 2014 r. przez inspektora nadzoru inwestorskiego W. K., konieczność wykonania przez powódkę prac polegających na zahumusowaniu i umocnieniu skarp matami antyerozyjnymi, które to prace widniały już w ewidencji jako wykonane przez inną firmę. W tym zakresie doszło do spotkania na którym obecni byli inspektor nadzoru – W. K., J. J. (2) – kierownik robót z ramienia powódki oraz inżynier kontraktu. Nie doszło jednak do udokumentowania wykonania tych robót, nie sporządzono protokołów konieczności, ani nie dokonano ich obmiaru.

(dowód: zeznania świadków : A. J. - k. 304-305, J. J. (2) - k. 410v.-415 akt, zeznania powódki - k. 434-437, korespondencja mailowa wraz z dokumentacją fotograficzną – z dnia 17.02.2014 r. - k. 194-195, z dnia 13.11.2014 r. - k. 164 – 171, z dnia 14.11.2014 r. - k. 191, z dnia 19.11.2014 r. - k. 180-190, z dnia 4.12.2014 r. - k. 172-179, pismo powódki z dnia 25.06.2014 r. - k. 192-193)

Ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2014 r. nastąpiło połączenie poprzez przejęcie (...) przez spółkę przejmującą – (...), która od daty połączenia występuje pod firmą : (...)

(okoliczność bezsporna; zaświadczenie notarialne o dokonanym połączeniu z 6.12.2013 r. wraz z tłumaczeniem przez tłumacza przysięgłego – k. 113-114 v.)

W obu połączonych sprawach Sąd zważył, co następuje:

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie przedłożonych przez strony dokumentów, których wiarygodność i autentyczność nie była kwestionowana. Podstawę powyższych ustaleń, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia, stanowiły także zeznania świadków : A. J., A. K., J. J. (2) oraz powódki i M. N. - reprezentanta pozwanego (...), które Sąd uznał za wiarygodne.

Sąd oddalił natomiast wnioski o powtórne przesłuchanie świadka A. J. (zob. k. 406-407 i 415) – na podstawie art. 241 k.p.c. a contrario – brak było bowiem jakichkolwiek podstaw do czynienia domniemania – jak to twierdził pełnomocnik powódki – aby treść zeznań tego świadka złożonych na rozprawie w dniu 15 września 2016 r. (k. 304 v. - 305 v.; zob. także stanowisko pozwanych – k. 396 – 397) nie odpowiadała rzeczywistej ich treści. Trzeba tutaj, w ocenie Sądu, zwrócić uwagę, że strona powodowa domagając się sprostowania i uzupełnienia protokołu rozprawy z tego dnia (k. 374 – 376) – któremu to żądaniu odmówiono uwzględnienia zarządzeniem Przewodniczącego wydanym w dniu 31 marca 2017 r. (zob. k. 410 v. i 416) – nie wносиła jednak o jego sprostowanie poprzez zaznaczenie, że świadkowi temu nie odczytano treści zeznań, jak tego wymaga przepis art. 273 § 1 k.p.c.

Tymczasem z treści protokołu rozprawy z dnia 15 września 2016 r. jednoznacznie wynika że zeznania te, po ich zapisaniu, odczytano świadkowi A. J. (zob. k. 306 v.). Strona powodowa – reprezentowana przez fachowego pełnomocnika obecnego wówczas na rozprawie (k. 302 i 319) – nie wniosła zresztą co do sposobu podejmowanych wówczas w tym zakresie czynności procesowych stosownego zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c., a trzeba mocno podkreślić, że zaprotokołowane zeznanie świadka może być, stosownie do okoliczności, sprostowane lub uzupełnione wyłącznie na podstawie własnych uwag zeznającego, zgłoszonych sądowi bezpośrednio po odczytaniu mu protokołu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 października 1962 r., II CR 996/61, OSNC 1963, nr 11, poz. 245).

Sąd oddalił także wnioski pozwanych o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka T. P., uznając że okoliczności na jakie miałby on zeznawać (k. 72-73 i k. 226-230 v. akt VIII GC 184/15) zostały już dostatecznie wyjaśnione za pomocą zgromadzonego materiału dowodowego (art. 217 § 3 k.p.c.). Oddalony został również wniosek powódki (złożony w sprawie o sygnaturze VIII GC 184/15 – zob. k. 3 ww. akt) o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa lądowego na okoliczność zakresu prac (deklarowanych jako dodatkowe), które miały być wykonane przez powódkę oraz ich wyceny, przy braku w ww. pozwie konkretnych twierdzeń i nieistnieniu jakiegokolwiek materiału źródłowego, który mógłby w sposób przynajmniej przybliżony stanowić podstawę wydania takiej opinii.

Trzeba zwrócić uwagę, że opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie materiału wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może ona natomiast być sama w sobie być źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego. Dowód ten na celu naświetlenie i umożliwienie wyjaśnienia przez sąd okoliczności sprawy z punktu widzenia specjalności biegłego - przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu materiału (por. m.in. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06, LEX nr 238973). Może on być wykorzystany do weryfikowania wymagających wiedzy specjalnej powiązań między ustalonymi faktami albo do wyprowadzenia z tych faktów wniosków, których sformułowanie wymaga wiedzy specjalistycznej, w myśl art. 278 k.p.c. (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2012 r., I CSK 200/11, LEX nr 1133787). Sam w sobie, co do zasady, nie może jednak służyć ustalaniu faktów mających znaczenie w sprawie (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 stycznia 2015 r., V CSK 254/14, LEX nr 1652706). Dowód z opinii biegłego nie może w rezultacie wyręczać stron z formalnego ciężaru procesowego określonego w art. 232 k.p.c., a brak konkretnych twierdzeń powódki nawet co do tego gdzie dokładnie i w jakim rozmiarze prace te wykonywano (w pozwie ograniczono się jedynie do wskazania stawek za 1 m² – zob. k. 7 akt VIII GC 184/15) nie może podlegać „zastąpieniu” poprzez dowód z opinii biegłego.

W niniejszej sprawie strona powodowa nie przedstawiła zatem, w ocenie Sądu, ani skonkretyzowanych twierdzeń, ani też mających je potwierdzać dowodów, które mogłyby stanowić podstawę dla opracowania opinii przez biegłego. Nie pozwala to w konsekwencji na sformułowanie wniosku, że w sprawie wymagane były wiadomości specjalne (art. 278 k.p.c. a contrario). W ocenie Sądu wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zmierzał zatem jedynie do zwłoki w postępowaniu, co uzasadniało jego pominięcie na podstawie art. 217 § 3 k.p.c.

Niezależnie od przyczyn takiego stanu rzeczy (tj. obiektywnie uzasadnionej konieczności, czy też braku należytego zabezpieczenia wykonanych już prac – w kontekście postanowień umowy łączącej strony, o czym w dalszej części uzasadnienia), na podstawie zeznań świadków : A. J., J. J. (2) oraz samej powódki, a także korespondencji mailowej wraz z dokumentacją fotograficzną, można było ustalić jedynie, że pewne prace związane z humusowaniem w pasie rozdziału rzeczywiście były przez stronę powodową – i to kilkukrotnie – powtarzane, na tej podstawie nie można jednak, w ocenie Sądu, ustalić w żaden sposób jak często i w jakim rozmiarze prace te wykonywano. Nie było przedmiotem sporu, że nie został dokonany obmiar powyższych prac, zaś załączone do pozwu w sprawie VIII GC 184/15 dokumenty w postaci zestawienia wykonanych prac, druków obmiaru robót (zob. k. 42 – 163 ww. akt) nie dotyczą robót dodatkowych będących przedmiotem sporu, lecz umówionego (aneksowanego następnie) przedmiotu umowy. Na tą okoliczność zwrócili uwagę pozwani w odpowiedzi na powyższy pozew (k. 227), a strona powodowa nie zaprzeczyła jej w dalszym toku procesu (art. 230 k.p.c.). Także z treści wiadomości e-mail z dnia 17 lutego 2014 r. (k. 194-195) nie można w żadnym razie wyprowadzić wniosku, w jakim zakresie wzmiankowane tam prace rzeczywiście zostały wykonane skoro nie sporządzono ostatecznie wzmiankowanego tam protokołu konieczności (k. 195).

W ocenie Sądu powództwa w obu połączonych sprawach nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej z rozpoznawanych spraw (sygn. akt VIII GC 153/15) pozwani nie kwestionowali faktu wykonania na podstawie umowy łączącej strony prac, których dotyczyły przedłożone przez powódkę faktury VAT z dnia 7 marca 2014 r. na kwotę 150.343,18 zł (k. 37) oraz z dnia 18 kwietnia 2014 r. na kwotę 387.656,15 zł (k. 41). Należy jednak zwrócić uwagę, że z dokumentów załączonych przez samą powódkę (Certyfikaty Płatności do powyższych faktur – zaaprobowane przez powódkę – k. 40 i 44) wynikało, że kwoty tam ujęte zostały, i to zgodnie z wolą każdej ze stron, pomniejszone (na skutek opisanych tam potrąceń) do kwot odpowiednio : 130.302.01 zł i 341.137,42 zł.

Już na tej tylko podstawie można było prima facie uznać w tym zakresie skuteczność obrony pozwanych polegającej na podniesieniu zarzutu określonego w odpowiedzi na pozew jako zarzut potrącenia, będącego jednak w istocie rzeczy zarzutem nieistnienia roszczeń powódki ze względu na umorzenie wierzytelności jeszcze przed wszczęciem procesu (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, LEX nr 1314394). Zauważyć trzeba, że strona pozwana powołała się na postanowienie § 5 ust. 7 zd. 2 umowy, gdzie przewidziano, że wykonawca

(działający w imieniu pozwanych) ma prawo potrącić swoje wierzytelności z wierzytelnościami podwykonawcy (powódki), chociażby jedna z nich lub obie nie były wymagalne lub zaskarżalne (k. 16)

Należy wskazać, że „potrącenie umowne” (z którym mamy niewątpliwie do czynienia w cytowanym postanowieniu umownym) stanowi instytucję odmienną od potrącenia ustawowego (art. 498 k.c. i art. 499 k.c.), którego warunki zostały określone przez ustawodawcę w sposób restryktywny. Znajduje ona oparcie w zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.), strony mogą zatem w sposób odmienny niż to przyjęto w kodeksie cywilnym, ukształtować podstawy potrącenia, skutki czy sposób potrącenia. W ustawie brak jest bowiem postanowień krępujących wolę stron decydujących się na potrącenie umowne (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1998 r., II CKN 849/98, OSNC 1998, nr 7–8, poz. 128).

W niniejszej sprawie skuteczność dokonanego przez pozwanych potrącenia potwierdza w pierwszej kolejności, jak to wyżej wskazano, treść ww. Certyfikatów Płatności, zaaprobowanych przez samą powódkę (w przypadku faktury nr (...) - k. 40), a także jej pełnomocnika (w przypadku faktury nr (...) – k. 44, pełnomocnictwo - 150-151, a także zeznania powódki – k. 436 v.). Wskazane tam kwoty, o które potrącono należności powódki objęte ww. fakturami, stanowiły wierzytelności pozwanych wynikające z następujących postanowień umowy : § 13 pkt 1 ppkt 5 (zapłata na rzecz wykonawcy kosztów obsługi zaplecza budowy w wysokości 2 % wartości wynagrodzenia netto), § 13 pkt 1 ppkt 15 (kara umowna za brak potwierdzenia zabezpieczeń BHP w odpowiednim stanie oraz o pozostawieniu w czystości na terenie budowy oraz przylegających do terenu budowy drogach publicznych i chodnikach) i § 18 ust. 1 (z tytułu ustanowionego na rzecz wykonawcy zabezpieczenia ewentualnych roszczeń - w wysokości 10 % wynagrodzenia podwykonawcy brutto, co do którego powódka upoważniła wykonawcę do potrącania z każdej kolejnej faktury kwoty potrzebnej na ustanowienie zabezpieczenia (zob. k. 20 – 26 akt).

Co do ostatniej z wymienionych należności powódka nie zakwestionowała w toku procesu takiego rozumienia ww. zapisu umowy – zgodnego z jego literalną treścią – nie było zatem podstawy do podważenia, w tym konkretnym przypadku, wskazanego przez pozwanych charakteru i kwalifikacji (statusu) kwoty udzielonego w taki sposób zabezpieczenia, biorąc pod uwagę rzeczywistą wolę stron w myśl art. 65 § 2 k.c. (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2015 r., V CSK 124/15, LEX nr 1846475). Nawet jednak przy założeniu, że kwota zatrzymana przez wykonawcę tytułem „kaucji gwarancyjnej” pozostawała nadal częścią należnego powódce wynagrodzenia, które nie uległo umorzeniu w tej części (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 r., V CSK 204/10, LEX nr 784977) powódka nie twierdziła nawet, ani nie wykazywała, że zachodziły warunki jego zwrotu o których mowa w § 18 ust. 2 -4 umowy (k. 25-26 akt).

Podkreślić także trzeba, że w § 30 ust. 3 umowy powódka upoważniła wykonawcę do potrącenia kar umownych z wynagrodzenia przysługującego jej jako podwykonawcy. Strony postanowiły ponadto, że kary umowne stają się wymagalne z chwilą powiadomienia podwykonawcy o istnieniu podstawy do ich naliczenia. Na okoliczność spełnienia tego wymogu pozwani przedłożyli – opisane wyżej – odpisy dowodów nadania lub doręczenia powódce takich zawiadomień.

Sporna pomiędzy stronami była natomiast zasadność obciążenia powódki karą umowną o której mowa w § 31 ust. 3 umowy, naliczonej w związku z odstąpieniem od umowy przez wykonawcę z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność podwykonawca – w wysokości 15 % wynagrodzenia umownego brutto (k. 30 akt). Powódka, w piśmie z dnia 5 października 2015 r. stanowiącym replikę na odpowiedź na pozew, zarzuciła w tym zakresie jedynie, że nota obciążeniowa z dnia 3 marca 2014 r. nie zawiera wyjaśnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie ww. kary umownej w kwocie 722.469,80 zł, a także kalkulacji wartości tejże kary. Z tej przyczyny powódka zakwestionowała zasadność i wysokość kary zarzucając stronie pozwanej dowolne i „niewspółmierne” jej ukształtowanie (zob. k. 212 akt).

W odpowiedzi na powyższe pozwani – w kolejnym piśmie z dnia 25 kwietnia 2016 r. – wyjaśnili, że fakt naliczenia kary umownej był wynikiem odstąpienia od umowy z powódką, co nastąpiło w piśmie z dnia 14 marca 2014 r., doręczonym następnie powódce wraz z wystawioną odrębnie notą obciążeniową. Jeśli zaś chodzi o wysokość kary umownej z

tego tytułu, to – w ocenie pozwanych – skoro sama wysokość wynagrodzenia umownego netto (zmodyfikowanego następnie aneksem), określona w § 2 ust. 2 umowy wynosiła kwotę 3.915.825,48 zł netto (zob. k. 35). W konsekwencji nie może budzić wątpliwości, że podstawę wyliczenia ww. kary umownej stanowiła, jak to wyjaśnili pozwani, kwota umówionego wynagrodzenia brutto, tj. 4.816.465,34 zł (zob. k. 266). Z kolei sama nota księgową na kwotę 722.469,80 zł (15 % ww. wartości) datowana na dzień 3 marca 2014 r. (k. 161; nadana na adres powódki w dniu 21 marca 2014 r. - k. 162) nie może być odczytywana w oderwaniu od treści pisma wykonawcy z dnia 17 marca 2014 r. (k. 124-125; doręczonego powódce w dniu 26 marca 2014 r. - k. 126 – 127), gdzie zostały opisane przyczyny odstąpienia od umowy wynikające z jej § 32 ust. 1 pkt 3 (wydano nakaz zajęcia majątku podwykonawcy), pkt 5 (podwykonawca nie płaci swoim podwykonawcom lub opóźnia się z płatnościami na ich rzecz powyżej 30 dni), pkt 6 (podwykonawca nie podjął robót pomimo dodatkowego wezwania) oraz pkt 4 (podwykonawca przerwał realizację robót i nie realizuje ich bez uzasadnionych przyczyn przez okres kolejnych 7 dni roboczych – zob. k. 124-125 i 30 akt).

Do powyższej argumentacji podniesionej przez pozwanych w piśmie z dnia 25 kwietnia 2016 r. (k. 263-268) powódka nie odniosła się w żaden sposób w dalszym toku procesu. W ocenie Sądu nie mogło odnieść zamierzonego skutku zawarte w piśmie z dnia 5 października 2015 r. oświadczenie pełnomocnika powódki, iż zaprzecza ona podnoszonym przez pozwanych twierdzeniom (zob. k. 211). Nie może bowiem budzić wątpliwości, że jeśli powódka nie zgadzała z konkretnymi okolicznościami – podniesionymi w toku procesu dla uzasadnienia stanowiska pozwanych – powinna je wskazać i ustosunkować się do twierdzeń strony przeciwnej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2009 r., III CSK 341/08, LEX nr 584753). Zgodnie bowiem z art. 210 § 2 k.p.c. każda ze stron obowiązana jest do złożenia oświadczenia co do twierdzeń strony przeciwnej, dotyczących okoliczności faktycznych. Gdy zaś nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, sąd, mając na uwadze wyniki całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane (art. 230 k.p.c.).

W ocenie Sądu taka właśnie sytuacja zachodzi w niniejszej sprawie. Zauważyć trzeba, że powódka de facto już w piśmie z dnia 13 marca 2014 r. (skierowanym do Dyrektora Kontraktu) oświadczyła, że z uwagi na trudną sytuację finansową nie jest w stanie kontynuować budowy autostrady na powierzonym odcinku, z czym wiązało się faktyczne opuszczenie placu budowy (k. 177-178). W tym samym dniu przedstawiciel wykonawcy wezwał powódkę do podjęcia przerwanych robót (k. 174). Okoliczność przerwania prac przez powódkę już w dniu 13 marca 2014 r. była zatem bezsporna pomiędzy stronami. Tymczasem w świetle § 32 ust. 1 pkt 4 umowy pozwany miał prawo odstąpić od umowy, jeżeli wykonawca (powódka) przerwie realizację robót i nie realizuje ich bez uzasadnionych przyczyn przez okres kolejnych 7 dni roboczych (k. 30).

Nadto, pozwany miał prawo odstąpić od umowy, jeżeli podwykonawca nie płaci swoim podwykonawcom realizującym roboty objęte przedmiotem umowy i opóźnia się z płatnościami na ich rzecz powyżej 30 dni w stosunku do terminu płatności wynikającego z faktur wystawionych przez podwykonawców na rzecz dalszych podwykonawców (§ 32 ust. 1 pkt 5 umowy). Również i w tym przypadku bezsporne było, że powódka zalegała z takimi płatnościami (zob. k. 179, 186, 192, 193, 197, 269, zeznania reprezentanta pozwanego – k. 302 v. -303 akt).

Ubocznie zauważyć należy, że do treści przedmiotowej umowy (jak i aneksu nr (...) do niej) powódka nie wносиła żadnych zastrzeżeń, nie zgłaszała problemów interpretacyjnych, ani nie uzależniała podpisania umowy od wprowadzenia do niej zmian. Fakt zaaprobowania warunków powyższej umowy powódka potwierdziła własnoręcznym podpisem (k. 33, 36). Tym samym powódka wyraziła w szczególności zgodę na zapis § 5 ust. 7 zd. 2 umowy o prawie wykonawcy do potrącenia swoich wierzytelności z wierzytelnościami podwykonawcy (powódki), chociażby jedna z nich lub obie nie były wymagalne lub zaskarżalne, a także § 31 pkt 1 ppkt 3 o obowiązku zapłaty wykonawcy kary umownej w wysokości 15 % wynagrodzenia umownego brutto, w razie odstąpienia przez niego od umowy z przyczyn, za które powódka ponosi odpowiedzialność, a wreszcie także na postanowienie § 32, w którym szczegółowo wymieniono zdarzenia, których zaistnienie uprawniało pozwanego do odstąpienia od umowy.

Zauważyć trzeba, że – jak to wyjaśnił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 178/06 (OSNC 2007, nr 7-8, poz. 118) – kara umowna zastrzeżona na wypadek rozwiązania umowy, może być elementem każdej umowy okresowej, której rozwiązanie w drodze wypowiedzenia skutkuje powstaniem szkody

lub tylko stawia stronę dotkniętą wypowiedzeniem w innej, niekorzystnej sytuacji. Celem takiego zastrzeżenia – jak podkreślił to Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 grudnia 2008 r., I CSK 240/08 (LEX nr 484667) – jest zabezpieczenie interesów takiej strony poprzez „zryczałtowanie utraty zysku” jaki mogłaby ona osiągnąć gdyby umowa została zrealizowana.

Nie powinno ponadto budzić wątpliwości, że uwzględniając rozkład ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) na wierzycielu powołującym się na fakt obciążenia dłużnika karą umowną spoczywa obowiązek udowodnienia faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, zawinienie dłużnika jest zaś objęte domniemaniem wzruszalnym, stąd na dłużniku ciąży powinność jego obalenia poprzez udowodnienie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności. Dłużnik może się zatem zwolnić od obowiązku zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, przy czym miernik staranności, z którym należy zestawić zachowanie dłużnika, aby ocenić je jako niewłaściwe (nienależyte), musi mieć charakter obiektywny. Okolicznością ograniczającą (wyłączającą) odpowiedzialność dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na opóźnieniu świadczenia, może być również obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 2014 r., V CSK 402/13, LEX nr 1486994). W ocenie jednak Sądu orzekającego w niniejszej sprawie takich okoliczności powódka nie wskazała, a w konsekwencji także nie udowodniła.

Nie może być również kwestionowane, że należna pozwanemu z tego tytułu kara umowna powstała na skutek matematycznego wyliczenia (4.816.465,34 zł brutto x 15 % = 722. 469,80 zł), co pozwany wyczerpująco wyjaśnił w piśmie z dnia 25 kwietnia 2016 r. (k. 265). Wbrew ponadto zarzutom powódki, powyższa kara umowna stała się wymagalna już z chwilą powiadomienia powódki o istnieniu podstawy do jej naliczenia – stosownie do § 30 ust. 3 zd. 2 umowy (k. 29) – choć jak wskazano już powyżej, przy potrąceniu umownym nie jest wymagana ani zaskarżalność, ani też wymagalność świadczeń (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1998 r., II CKN 849/98, OSNC 1998, nr 7–8, poz. 128).

W orzecznictwie wskazuje się na podstawowe funkcje kary umownej (art. 483 § 1 k.c.) jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna – w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co ma w założeniu ułatwić realizację dochodzonego uprawnienia (kara umowna stanowi bowiem przede wszystkim surogat odszkodowania). Obowiązek zapłaty kary umownej w zastrzeżonej wysokości – stosownie do art. 484 § 1 k.c. – istnieje niezależnie od poniesienia przez wierzyciela szkody (zob. uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69).

Wyjaśnić należy, że w art. 484 § 2 k.c. przewidziano uprawnienie dłużnika do żądania zmniejszenia kary umownej, w przypadkach gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, a także gdy kara ta jest rażąco wygórowana. Jest ono materialnoprawnym środkiem obrony przed żądaniem wierzyciela zapłaty tej kary. Skorzystanie z tego środka obrony zależy jednak od woli dłużnika, jeżeli bowiem chce on z uprawnienia tego skorzystać musi złożyć w tym przedmiocie określone oświadczenie woli (art. 60 k.c.). Jeśli jednak następuje żądanie takiej kary umownej w toku procesu przybrać ono musi odpowiednią formę procesową – zarzutu procesowego miarkowania kary umownej, sąd zaś nie może w tym zakresie działać z urzędu (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia z dnia 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05, OSNC 2007/1/15, z 13 czerwca 2013 r., V CSK 375/12, LEX nr 1360347). W wyroku z dnia 18 czerwca 2003 r., II CKN 240/01 (LEX nr 121708) Sąd Najwyższy stwierdził z kolei, że wniosek dotyczący miarkowania kary umownej powinien w zasadzie być zgłoszony w sposób wyraźny, tym bardziej gdy dłużnik reprezentowany jest przez fachowego pełnomocnika.

Niezależnie od powyższego nie ulega wątpliwości, że rozstrzygnięcia wydawane na podstawie art. 484 § 2 k.c. mają charakter kształtujący. Rozpatrywane są one w doktrynie oraz orzecznictwie jako wyraz tzw. prawa sędziowskiego, w ramach którego postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, z uwagi na to, że miarkowanie

osłabia skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej, a nadto redukcja stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, LEX nr 200875 oraz z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 7, poz. 380).

Zaprobować w związku z tym należy dominujący obecnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego pogląd, że z samego oświadczenia dłużnika o braku podstaw do naliczenia kary umownej nie można co do zasady wyinterpretować jednocześnie żądania jej miarkowania (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2003 r., II CKN 240/01, LEX nr 121708; z dnia 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05, OSNC 2007, nr 1, poz. 15; z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07, LEX nr 361437; z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, OSNC-ZD 2010, nr 4, poz. 115 oraz z dnia 13 czerwca 2013 r., V CSK 375/12, LEX nr 1360347). Dłużnik zamierzający zgłosić żądanie oparte na art. 482 § 2 k.c., zwłaszcza jeśli jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, obowiązany jest wyraźnie takie żądanie sformułować, umotywić je oraz wykazać jego zasadność przy pomocy zaferowanych na jego poparcie dowodów, a przede wszystkim wskazać ustawową przesłankę obniżenia kary (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, OSNC-ZD 2010, nr 4, poz. 115 oraz z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 276/14, LEX nr 1663413). Sformułowanie takiego żądania i przytoczenie faktów oraz dowodów na jego poparcie daje dopiero wierzycielowi możliwość zwalczania go w toku procesu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07, LEX nr 361437).

Należy zgodzić się również z poglądem, że dla przyjęcia, iż wniosek taki został przedstawiony sądowi wystarczy podniesienie zarzutu zawierającego twierdzenie o rażącym wygórowaniu kary, odpowiadające sformułowaniu ustawowej przesłanki miarkowania (por. wyroki Sądu Najwyższego : z dnia 22 stycznia 2010 r., V CSK 217/09, LEX nr 564858, z dnia 8 marca 2013 r., III CSK 193/12, LEX nr 1341679, a także z dnia 26 października 2016 r., III CSK 312/15, LEX nr 2186574).

W ocenie Sądu w niniejszej sprawie powódka – reprezentowana przez pełnomocnika będącego adwokatem – nie wystąpiła jednak z tak sformułowanym żądaniem, ograniczając się jedynie do wskazania, że kara umowna została ukształtowana w sposób dowolny i niewspółmierny (bez podania w stosunku do czego należałoby oceniać taki stan „niewspółmierności” - zob. k. 212). Powódka nie podniosła natomiast – na żadnym etapie postępowania – zarzutu rażącego wygórowania kary umownej, nie powołała się również na fakt wykonania zobowiązania w znacznej części (art. 484 § 2 k.c.). Nie uczyniła tego zwłaszcza na rozprawie, w odpowiedzi na pismo przygotowawcze z dnia 25 kwietnia 2016 r., w którym pozwani dokładnie wyjaśnili sposób wyliczenia spornej kary umownej (k. 266). Reasumując ten wątek rozważań, bez wyraźnego żądania powódki w tym zakresie, Sąd nie był władny dokonać miarkowania ww. kary umownej z urzędu.

Podsumowując poczynione wyżej uwagi, w sprawie z pozwu z dnia 14 maja 2015 r. powództwo należało oddalić, skoro dochodzona przez powódkę wierzytelności wygasła na skutek złożenia przez pozwanych oświadczeń o potrąceniu, przy zachowaniu warunków § 5 ust. 7 zd. 2 umowy (zob. dokumenty kompensaty wraz z dowodami doręczenia – k. 165 – 173 akt).

W ocenie Sądu, nie zasługiwało również na uwzględnienie żądanie powódki zgłoszone w sprawie o sygnaturze akt VIII GC 184/15.

W sprawie tej powódka domagała się zapłaty wynagrodzenia za prace dodatkowe, których potwierdzeniem miał być sporządzony protokół konieczności (220.000 zł) oraz tytułem naniesionych poprawek (300.000 zł). Pozwani twierdzili natomiast, że pomiędzy stronami nie było żadnych uzgodnień odnośnie prac dodatkowych, a w szczególności strona pozwana zaprzeczyła, aby prowadzone były jakiegokolwiek negocjacje odnośnie podpisania protokołu konieczności, o czym miałyby świadczyć korespondencja mailowa z dnia 17 lutego 2014 r. (k. 194-195 akt VIII GC 184/15).

Z poczynionych w sprawie ustaleń wynikało, że strony podpisały protokoły zaawansowania wykonanych przez powódkę robót za okresy : grudzień 2013 r. i styczeń – marzec 2014 r., zaś pozwany (...) – jako wykonawca – wystawił certyfikaty płatności faktur. W treści certyfikatu płatności faktury nr (...), jak i protokołu stanu zaawansowania

robót w miejscu przed podpisami znajduje się adnotacja, że wartości tam ujęte stanowią **ostateczną wartość wykonanych robót** zgodnie z odbiorem końcowym przedmiotu umowy (zob. k. 42-44, 146-149). W protokole zostały wymienione poszczególne prace wykonane przez powódkę wraz ze wskazaniem kwot należnych za wykonane elementy robót i wartości robót pozostałych do wykonania. Ponadto świadectwo płatności (Certyfikat Płatności Faktury) zostało wystawione przez wykonawcę na podstawie prawidłowo podpisanego protokołu zaawansowania robót. Powódka nie zakwestionowała tych dokumentów, ani rozliczeń w nich wskazanych - upoważniony przez nią pracownik zaakceptował je własnoręcznym podpisem (k. 42 - 43, 44 i 150-151 akt VIII GC 153/15).

Powódka nie zakwestionowała ponadto skutecznie dokumentów w postaci protokołu odbioru końcowego z dnia 22 kwietnia 2014 r. wraz z zestawieniami wykonanych prac (k. 139-144). Z zeznań reprezentanta pozwanego - M. N. (k. 302 v. - 303 akt, 437-438), a także świadka A. K. (k. 306) wynika, że po zaprzestaniu wykonywania prac, co bezspornie nastąpiło w marcu 2014 r., ich stan wynosił około 30 % zakresu umownego.

Nie ulega wątpliwości, że prace polegające na zahumusowaniu skarp i umocnieniu skarp matą przeciwoerozyjną, powódka zobowiązała się wykonać w ramach realizacji umowy zawartej pomiędzy stronami. Przedmiot tegoż zobowiązania został wyszczególniony w treści załącznika A1 z załącznikami i A1 harmonogramu (k. 275-276 akt VIII GC 184/15). Powódka wykonała prace polegające na zahumusowaniu skarp i umocnieniu skarp matą, co znalazło potwierdzenie w protokole odbioru robót z dnia 22 kwietnia 2014 r., załączniku nr 1, nr 2, certyfikacie płatności nr 5, protokole stanu zaawansowania robót za okres styczeń - marzec 2014 r. Powódka nie kwestionowała tych dokumentów, ani rozliczeń w nich wskazanych - potwierdzonych ponadto podpisem jej przedstawiciela (k. 42-44, 139-144, 146-149 akt VIII GC 153/15).

Jakkolwiek z ustaleń Sądu wynikało, że powódka rzeczywiście po wykonaniu prac polegających na humusowaniu pasa rozdziału kilkakrotnie naprawiała zrealizowane już przez nią odcinki robót, jak również wykonała ponownie prace polegające na umocnieniu skarp matami antyerozyjnymi, to jednak, w ocenie Sądu, że czyniła to na własny koszt i ryzyko, jak o tym stanowiła wprost umowa łącząca strony w § 2 ust. 3 w zw. z § 4 ust. 10 (zob. k. 13 i 15). Trzeba ponadto zwrócić uwagę, że zgodnie z § 13 ust. 1 ppkt 10 ww. umowy powódka zobowiązała się do bieżącego zabezpieczania wykonywanych robót w sposób umożliwiający zniszczenie ich efektów (k. 20), co wykluczać musi możliwość obarczenia pozwanych skutkami związanymi z koniecznością usunięcia takich zniszczeń.

Odnosząc się do twierdzeń powódki o uzgodnieniu pomiędzy stronami, w formie ustnej, kwoty 300.000 zł należnej jej z tytułu robót dodatkowych związanych z koniecznością ww. prac naprawczych to trzeba podkreślić, że w myśl § 34 ust. 4 umowy jej zmiany wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (k. 32), strony przewidziały zaś - w § 2 umowy - sformalizowaną procedurę rozszerzenia umownego zakresu robót (k. 13).

Zgodnie z art. 647¹ § 2 i 4 k.c. dla umów o roboty budowlane zawieranych z przez wykonawcę z podwykonawcami wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności (ad solemnitatem; zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2013 r., V CSK 362/12, LEX nr 1391375). Nawet jednak przy założeniu, że umowa łącząca strony miała inny charakter prawny wskazać trzeba, że stosownie do art. 76 zd. 1 k.c. zasadą jest, że jeśli strony zastrzegły w umowie, iż określona czynność prawna między nimi powinna być dokonana w szczególnej formie, czynność ta dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu zastrzeżonej formy. W konsekwencji należy uznać, że zmiana postanowień ww. umowy, dla dokonania których zastrzeżona została forma pisemna pod rygorem nieważności, nie mogła nastąpić poprzez ustne uzgodnienia pomiędzy stronami. Zmiany takiej, w wymaganej umową formie pisemnej, musiałyby dokonać obie strony umowy (zob. m.in. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2013 r., I CSK 505/12, OSNC-ZD 2014, Nr 3, poz. 50). Dla zachowania zaś formy pisemnej konieczna jest wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 k.c.).

W konsekwencji jakiegokolwiek ustne uzgodnienia jakie miały mieć miejsce pomiędzy przedstawicielem wykonawcy (wówczas Dyrektorem Kontraktu - M. N.), a osobami zatrudnionymi przez powódkę - A. J. i J. J. (2) w zakresie zapłaty za ponownie wykonywane prace nie mogłyby mieć znaczenia dla oceny stosunku pomiędzy stronami. Stałyby one

ponadto w sprzeczności z ww. postanowieniem § 13 ust. 1 ppkt 10 ww. umowy zobowiązującym powódkę do bieżącego zabezpieczania wykonywanych robót w sposób umożliwiający zniszczenie ich efektów.

Podobnie, w ocenie Sądu, należałoby ocenić ewentualne ustne uzgodnienia czynione z udziałem inspektora nadzoru inwestorskiego W. K. co do konieczności wykonania przez powódkę prac polegających na zahumusowaniu i umocnieniu skarp matami antyerozyjnymi, które to prace widnieć już miały w ewidencji jako wykonane przez inną firmę. W tym zakresie nie sporządzono protokołu konieczności, ani też nie dokonano obmiaru wykonanych robót.

W tej sytuacji, przy braku ważnej umowy pomiędzy stronami co do wykonania przedmiotowych robót, podstawy prawnej żądania zapłaty określonych w pozwie kwot za te prace można byłoby upatrywać – zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius*, a także *iura novit curia* (zob. m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 25 października 1937 r., II C 1174/37, Zb. Orz. 1938, Nr 7, poz. 334 oraz wyrok tego Sądu z dnia 13 marca 2014 r., I CSK 274/13, LEX nr 1530784) – wyłącznie w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu.

W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że od strony korzystającej z efektów przeprowadzonych przez inny podmiot prac sąd może zasądzić wynagrodzenie na tej właśnie podstawie jednak jedynie wówczas gdy nie będzie wątpliwości, że o wartość tych robót rzeczywiście została ona wzbogacona (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., II CSK 344/07, LEX nr 388844, z dnia 11 marca 2010 r., IV CSK 401/10, LEX nr 1108517, z dnia 2 lutego 2011 r., II CSK 414/10, LEX nr 738545 i z dnia 7 lutego 2013 r., II CSK 248/12, LEX nr 1293945). Rozpoznanie zatem na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu (art. 410 § 2 w zw. z art. 405 k.c.) roszczenia o zapłatę kierowanego przez wykonawcę (podwykonawcę) robót – który wykonał je w przeświadczeniu, że spełnia ciężące na nim zobowiązanie – stanowi prawidłową realizację obowiązku zapewnienia powodowi należytej ochrony prawnej usprawiedliwionej w przedstawionych przez niego okolicznościach faktycznych (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2013 r., II CSK 9/13, LEX nr 1388638 oraz z dnia 28 sierpnia 2013 r., V CSK 362/12, LEX nr 1391375).

Żądanie zwrotu wzbogacenia może przybrać postać roszczenia o zwrot wartości użytych materiałów (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2005 r., V CK 537/04, LEX nr 519298, z dnia 21 lutego 2013 r., IV CSK 354/12, LEX nr 1311808 i z dnia 11 grudnia 2015 r., III CSK 23/15, LEX nr 1936702). Nie może jednak budzić wątpliwości, że to strona powołująca się na fakt zubożenia powinna udowodnić przesłanki odpowiedzialności strony przeciwnej z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (wzbogacenie, zubożenie, związek między nimi, a także rozmiar roszczenia; tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 71/09, OSP 2014, nr 3, poz. 32). Tymczasem w niniejszej sprawie powódka w istocie rzeczy nie przedstawiła w pozwie nawet żadnych twierdzeń co do zakresu ww. robót ograniczając się w istocie rzeczy jedynie do podania stawek (3 zł/m² - w przypadku naniesionych poprawek i 1 zł/m² - w przypadku prac, co do których miał być sporządzony protokół konieczności – zob. k. 6 i 7 akt VIII GC 184/15). Proponowane wyliczenie odnoszące się do wysokości wynagrodzenia za wykonanie tych prac razi dowolnością, powódka nie przedstawiła bowiem dowodów, które pozwoliłyby na ustalenie w jakim rozmiarze prace te rzeczywiście wykonano (w szczególności obmiaru, czy też protokołu konieczności), co mogłoby stanowić następnie podstawę dla opracowania opinii przez biegłego. Brak też, w ocenie Sądu, dowodów na to, że wskazane wartości zostały zaakceptowane przez pozwanych, przeciwnie - trzeba podkreślić, że o ostatecznie ustalonym zakresie oraz wartości wykonanych przez powódkę prac – odmiennym od dochodzonych przez nią obecnie – mowa jest w innych dokumentach zaaprobowanych także przez jej pełnomocnika, tj. w protokole stanu zaawansowania robót na koniec marca 2014 r. (k. 146-147) i Certyfikacie Płatności nr 5 (k. 145).

Chybione, a w istocie rzeczy oparte na nieporozumieniu, jest podnoszony przez powódkę zarzut, zgodnie z którym zaniechanie przez pozwanych obowiązku pisemnego zlecenia powódce prac dodatkowych powinno być rozpatrywane jako nadużycie prawa podmiotowego. Utrwalony jest bowiem pogląd, że ze względu na obronny charakter zarzutu nadużycia prawa podmiotowego zastosowanie art. 5 k.c. nie może prowadzić ani do zmiany treści normy prawnej, ani do nabycia, zniweczenia bądź modyfikacji prawa podmiotowego. Uwzględnienie takiego zarzutu oznaczać może jedynie, że w konkretnych okolicznościach przyznane normą prawo podmiotowe zostaje uznane za wykonywane bezprawnie, skutek czego nie podlega ochronie (zob. uzasadnienie uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z

dnia 20 czerwca 2013 r., III CZP 2/13, OSNC 2014, Nr 2, poz. 10). W konsekwencji nie byłoby możliwe, jak tego chce powódka, dochodzenie wyłącznie na tej podstawie roszczenia o zapłatę.

Wyjaśnić na koniec należy, że połączenie obu powyższych spraw, pozostających ze sobą w związku faktycznym, w celu ich łącznego rozpoznania i rozstrzygnięcia (art. 219 k.p.c.) miało jedynie techniczny charakter – podyktowany ekonomią procesową – nie pozbawiło natomiast połączonych spraw ich odrębności i nie zmieniło faktu, że łącznie rozpoznane i rozstrzygnięte sprawy pozostawały samodzielnymi sprawami. Sąd w jednym orzeczeniu wydał zatem osobne rozstrzygnięcia co do każdej z połączonych spraw (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2011 r., I CSK 83/11, OSNC-ZD 2012, nr C, poz. 60).

O kosztach procesu Sąd orzekł zatem odrębnie w obu połączonych sprawach zgodnie z zasadą odpowiedzialności za jego wynik wyrażoną w art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 109 § 2 k.p.c., uwzględniając, że w zakresie każdego z ww. pozwów żądanie nie zostało uwzględnione. Na koszty w każdej z połączonych spraw należne pozwany złożyły się : opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17 zł (uiszczone odrębnie przez każdego z pozwanych) oraz koszty zastępstwa procesowego w łącznej kwocie 7.200 zł (§ 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu; Dz. U. z 2013 r., poz. 461 ze zm., a także w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie; Dz. U. z 2015 r., poz. 1800). Sąd zważył przy tym, że każdej z w przedmiotowych sprawach wygrywający proces pozwani – współuczestnicy procesu, o których mowa w art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c. – reprezentowani byli przez tego samego adwokata, w związku z czym zasadnym było przyznanie im zwrotu kosztów procesu w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu jednego pełnomocnika, a zatem po 2.400 zł dla każdego z nich (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2007 r., III CZP 130/06, OSNC 2008, nr 1, poz. 1).

O kosztach sądowych, których strony nie miały obowiązku uiścić w toku procesu orzeczono w każdej z połączonych spraw na podstawie art. 113 ust. 1 a contrario ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jednolity Dz.U. z 2016 r., poz. 623 ze zm.).