

*Sygn. akt VI GC 379/15*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

***Dnia 26 stycznia 2018 r.***

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Marta Zalewska

***Protokolant: Agnieszka Kozłowska***

po rozpoznaniu w dniu 12 stycznia 2018 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: 1. (...) SA z/s w K., 2.M.- E. E. e (...) SA C. - A. w Portugalii

przeciwko: (...) Spółka z oo. z/s w J.

przy udziale interwenienta ubocznego (...) S.A. z/s w K.

o zapłatę

***I. zasądza od pozwanego (...) Spółka z oo. z/s w J. na rzecz powodów (...) SA z/s w K. i M.- E. E. e (...) SA C. - A. w Portugalii kwotę 113.953,05zł (sto trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt trzy złote, pięć groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 113.491,15zł od dnia 4 października 2014r. do dnia zapłaty***

***II. w pozostałej części oddala powództwo***

***III. zasądza od pozwanego na rzecz powodów kwotę 714,59zł (siedemset czternaście złotych, pięćdziesiąt dziewięć groszy) tytułem kosztów procesu***

***IV. zasądza od powodów solidarnie na rzecz interwenienta ubocznego (...) S.A. z/s w K. kwotę 4.572zł (cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt dwa złote) tytułem kosztów procesu***

***V. zarządza zwrot powodowi (...) SA z/s w K. od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwoty 12.269,20zł (dwanaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt dziewięć złotych, dwadzieścia groszy) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki***

***VI. zarządza zwrot pozwanemu (...) Spółka z oo. z/s w J. od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwoty 4.518,48zł ( cztery tysiące pięćset osiemnaście złotych, czterdzieści osiem groszy) tytułem niewykorzystanej zaliczki na wydatki***

***VII. zarządza zwrot interwenientowi ubocznemu (...) S.A. z/s w K. od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwoty 6.748zł (sześć tysięcy siedemset czterdzieści osiem złotych) tytułem nadpłaconej opłaty od interwencji ubocznej.***

Sygn.akt VI GC 379/15

***Uzasadnienie wyroku z dnia 26.01.2018r.***

(...) S.A. w K. oraz M. E. E. e (...) S.A. w Portugalii wnieśli o zapłatę od pozwanego (...) sp. z o.o. w J. kwoty 769.578,26zł tytułem wynagrodzenia za roboty budowlane wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 4.10.2014r. oraz kwoty 692,86zł tytułem skapitalizowanych ustawowych odsetek od kwoty 648.441,68zł za okres 4.10.2014r. – 7.10.2014r. W uzasadnieniu podali, iż na podstawie umowy z dnia 26.09.2011r. pod nazwą „ Budowa hangarów dla statków powietrznych” wykonali roboty budowlane. W dniu 29.08.2014r. inżynier kontraktu przekazał stronie powodowej przejściowe świadectwo płatności ze wskazaniem do zapłaty kwoty 1.280.245,54zł netto jako wynagrodzenia należnego stronie powodowej, w oparciu o które zgodnie z treścią umowy strona powodowa wystawiła pozwanemu fakturę na kwotę 1.574.702,01zł brutto, gdzie termin płatności 30 dni od daty otrzymania kompletu dokumentów wraz z FV minął w dniu 3.10.2014r. Pozwany dokonał tylko częściowej zapłaty i z opóźnieniem, tj. kwoty 648.441,68zł w dniu 7.10.2014r. Powód wskazał, iż niniejszym pozwem dochodzi zapłaty jedynie części przedmiotowej wierzytelności, która w pełnej wysokości wynosi 926.260,33zł

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości. Wniósł o zawiadomienie o toczącym się postępowaniu w charakterze interwenientów ubocznych następujących podwykonawców: 1/M. S. S., 2/ (...) S.A z siedzibą w K., 3/B. C. (1) (...), 4/ (...) sp. z o.o., oraz 5/ (...) S.A. jako inżyniera kontraktu. W uzasadnieniu sprzeciwu wskazał, iż (...) sp. z o.o. pełniła obowiązki inżyniera kontraktu na podstawie umowy zlecenia z pozwanym inwestorem na prowadzenie nadzoru inwestorskiego, rozliczenie rzeczowe i finansowe kontraktu, stałe konsultacje i fachowe doradztwo na rzecz zamawiającego. Zgodnie z warunkami kontraktu wykonawca czyli powodowie zobowiązani byli do przedłożenia zamawiającemu umowy bądź projektu umowy z podwykonawcą oraz podpisanej umowy przejęcia długu przez zamawiającego. Stosowne umowy zostały zatem podpisane w stosunku do w/w podwykonawców, którzy to wyrazili zgodę na takie przejęcie długu. Zgodnie z umową o przejęcie długu doszło do niego po ziszczeniu się warunku zawieszającego, tj. na podstawie pisemnego oświadczenia złożonego przez podwykonawcę jako wierzyciela, że wykonawca nie dokonał płatności za odebrane i wymagalne roboty; dłużnik, czyli generalny wykonawca nie dostarczył w terminie 7 dni dowodów zapłat należnego podwykonawcy wynagrodzenia i sumy należne nie zostały zapłacone pomimo upływu w/w terminu. W konsekwencji skoro ziściły się w/w warunki umowy przejęcia długu pozwany dokonał zapłaty bezpośrednio na rzecz w/w podwykonawców należnych im wynagrodzeń w kwotach wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu pozwu. Następnie złożył oświadczenie o potrąceniu na podstawie klauzuli 4.1 Kontraktu w dniu 6.10.2014r. z należnym powodowi wynagrodzeniem z faktury objętej żądaniem pozwu na kwotę 926.260,33zł. Pozostałą część wynagrodzenia w wysokości 648.441,68zł zapłacił powodowi zgodnie z terminem płatności, liczoną wedle umowy od daty, w którym został obciążony rachunek zamawiającego, czyli mając na względzie datę otrzymania FV: 3.09.2014r. i datę złożenia polecenia zapłaty: 6.10.2014r. Tym samym pozwany nie pozostawał w opóźnieniu po dacie 6.10.2014r. Pozwany uzasadnił, iż w stosunku do podwykonawców strona powodowa naliczyła kary umowne za opóźnienie, potrąciła z tytułu kaucji gwarancyjnych, jak również z tytułu zapłaty na rzecz podwykonawcy jednego z podwykonawców, przy czym nie wykazała w żaden sposób zasadności i wysokości naliczonych kar umownych, jak i pozostałych potrąceń. Pozwany zarzucił, iż strona powodowa pozostawała w opóźnieniu w wykonaniu prac. Ostatecznie w dniu 7.03.2014r. strony zawarły porozumienie, na mocy którego zamawiający cofnął oświadczenie o rozwiązaniu umowy z inwestorem, a strona powodowa zobowiązała się do zaspokojenia wszystkich roszczeń podwykonawców, bieżącego regulowania ich należności oraz doręczania zamawiającemu dowodów zaspokojenia podwykonawców, co miało warunkować z kolei zaspokojenie roszczeń generalnego wykonawcy względem inwestora, bądź też upoważniało zamawiającego do dokonania bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców. Pozwany dążył do wyjaśnienia okoliczności stanowiących podstawę do naliczania podwykonawcom kar umownych i w dniu 1.04.2014r. w wyniku spotkania trójstronnego zobowiązał stronę powodową do pozyskania od podwykonawców oświadczeń, określających tytuł i wysokość potrąceń dokonanych przez wykonawcę oraz pozyskania zwolnienia zamawiającego z długu w wysokości uznanych przez podwykonawców potrąceń, a brak takich oświadczeń podwykonawców uprawniał pozwanego jako inwestora do potrącenia kwoty ich roszczeń z wynagrodzeniem wykonawcy. Mimo kolejnych wezwań zamawiającego generalny wykonawca nie przedstawił dokonanych rozliczeń z podwykonawcami, ani ich stosownych oświadczeń. Zawniósł świadków na okoliczności wskazujące, iż przyczyny opóźnienia w realizacji robót nie były zależne od podwykonawców.

W odpowiedzi na sprzeciw powód dokonał prezentacji sposobu rozliczenia się z jego poszczególnymi podwykonawcami, w tym (...) sp. z o.o. Z uwagi, iż podwykonawca ten przekroczył termin umowy wykonania umowy przypadający na 30.09.2013r., bowiem prace zakończył i zgłosił gotowość do odbioru w dniu 16.11.2013r. powód naliczył mu karę umowną w wysokości 451.714,67zł z uwzględnieniem maksymalnej jej umownej wysokości i złożył oświadczenie o potrąceniu należnego T. wynagrodzenia z powyższą karą umowną. O powyższym potrąceniu powód informował pozwanego pismem z dnia 1.10.2014r. W stosunku do S. M. pozwany naliczył kary umowne za opóźnienie: termin umowy przypadł na 27.09.2013r., zaś prace podwykonawca ten zakończył i zgłosił do odbioru w dniu 29.10.2013r. Z tego tytułu kary umowne wyniosły: 13.480,35zł i po upływie wyznaczonego do zapłaty terminu powód potrącił powyższą karę z wynagrodzeniem należnym podwykonawcy w dniu 18.03.2014r., informując o powyższym fakcie stroną pozwaną pismem z dnia 27.09.2014r. Co do E. termin umowy wykonania umowy przypadł na dzień 20.09.2013r., prace zakończone: 28.11.2013r. Kary umowne za 39 dni opóźnienia wyniosły 218.080,98zł i po upływie terminu wyznaczonego do ich zapłaty pozwany potrącił w dniu 23.04.2014r. tę należność z wynagrodzeniem E.. Ponadto odnośnie tej spółki powód dokonał zapłaty bezpośrednio spółce (...) sp. z o.o. jako dalszemu podwykonawcy E., na co podwykonawca ten wyraził zgodę i następnie doszło do potrącenia wzajemnego z tego tytułu między E. a stroną powodową, a resztę wynagrodzenia należnego E. w wysokości 5.612,62zł powód uiścił w dniu 23.04.2014r. O powyższym rozliczeniu pozwany został poinformowany w dniu 25.04.2014r. Ponadto powód zatrzymał względem E. kaucję gwarancyjną jako zabezpieczenie należytego wykonania robót, tj, odpowiednio w wysokości 44.255,33zł oraz 8.616,03zł z faktur (...), niemniej powód wskazał, że powyższe kwoty były należne firmie (...) i powód nie dochodzi zapłaty przedmiotowych kwot od strony pozwanej niniejszym pozwem. Odnośnie (...) termin umowy wykonania umowy przypadł na 30.09.2013r., zaś roboty zostały zgłoszone do odbioru dnia 21.11.2013r., stąd też powód naliczył spółce (...) karę umowną, ale jedynie za 25 dni zwłoki, wezwał do jej zapłaty i po upływie terminu płatności potrącił powyższą karę w wysokości: 167.280zł z wynagrodzeniem należnym (...), o czym poinformował stroną pozwaną pismem z dnia 28.04.2014r. Odnośnie pozostałej kwoty 17.220zł, którą to pozwana zapłaciła spółce (...), stanowiła ona kaucję gwarancyjną, zatrzymaną przez powoda na podstawie 7.1.2 OWU Umowy, z czego 12.054zł tj. 70% kwoty kaucji było wymagalne, zaś pozostała kwota 5.166zł do chwili obecnej nie jest wymagalna. Niniejszym pozwem powód nie dochodzi od pozwanego kwoty 12.054zł. O braku wymagalności względem (...) 30 % kaucji gwarancyjnej powód informował pozwaną pismem z dnia 28.04.2014r. Tabelaryczne rozliczenie powód przedstawił na str. 14 i 15 uzasadnienia pisma (k. 1238- 1239). Na podstawie tego rozliczenia zarzucił, iż łączna zapłata przez zamawiającego podwykonawcom kwoty 861.334,97zł nie miała podstawy prawnej, bowiem dotyczyła wierzytelności, które zostały wcześniej uregulowane przez powoda na rzecz jego podwykonawców poprzez dokonane potrącenia lub bezpośrednią zapłatę lub też dotyczyła zapłaty niewymagalnych wierzytelności. Uzasadnił, iż pozwany w istocie podniósł zarzut wygaśnięcia wierzytelności poprzez dokonaną zapłatę, a następnie potrącenie z należnością powoda i jest to zarzut wspólny dla dłużników solidarnych, lecz niezasadny. Tym samym pozwana, dokonując zapłaty należności, która nie przysługiwała podwykonawcom, nie istniała, nie nabyła w stosunku do powoda jakiegokolwiek wierzytelności, nie wywołując skutków prawnych w relacjach między powodem a pozwanym . Powód zarzucił też, iż pozwany nigdy nie wezwał powoda do zapłaty kwoty objętej oświadczeniem o potrąceniu, zatem doszło do nieskutecznego oświadczenia o potrąceniu, bowiem ewentualna wierzytelność pozwanego do powoda nie była wymagalna.

Sąd zawiadomił o toczącym się procesie w trybie art. 84 kpc wskazanych przez pozwanego podwykonawców oraz inżyniera kontraktu. Do sprawy przystąpił jedynie (...) S. A. (k. 1679- 1684 – t. IX). Zgłaszając interwencje uboczną zarzucił, iż ponieważ powód nie dokonał zapłaty pełnej wysokości należnego wynagrodzenia niezapłacona kwota w wysokości 184.050zł została uregulowana przez pozwanego jako inwestora na podstawie umowy przejścia długu. Zarzucił, iż niezasadnie powód zatrzymał kwotę kaucji gwarancyjnej, bowiem w chwili przedstawienia przez interwenienta generalnemu wykonawcy gwarancji bankowej, kaucja powinna być zwrócona, gdyż zastąpiła ją gwarancja bankowa. Zarzucił, iż przedłużenie terminów realizacji robót wynikało z braku dostaw materiałów i braku akceptacji kart materiałowych np. w zakresie opraw oświetleniowych, bo od takiej akceptacji dokonywanej przez generalnego wykonawcę uzależniona była dostawa materiałów. Ponadto były to; brak frontu robót, dostarczane z opóźnieniem rewizje dokumentacji i dokonywane zmiany w projekcie. W związku z brakami i błędami projektowymi pojawiła się konieczność zwiększenia zakresu robót, co skończyło się podpisaniem aneksów do umowy, od których

realizacji przedmiotu aneksów zależała realizacja terminu robót z umowy głównej. Termin umowny z tej umowy przypadający na 30.09.2013r. nie mógł być dotrzymany, skoro zwiększony zakres robót wynikający z aneksu nr (...) miał nastąpić w terminie 11.12.2013r., przy czym aneks ten jako podpisany przez powoda, został dostarczony interwientowi dopiero dnia 4.03.2014r.

Pozwany złożył wniosek dowodowy (k.1622-1627) w postaci potwierdzenia odbioru przez obu powodów oświadczenia o potrąceniu wierzytelności w wysokości 926.260,33zł z dnia 10.12.2015r. tytułem płatności dokonanych przez pozwanego na rzecz w/w podwykonawców.

Na skutek zobowiązania sądu oraz na wniosek interwenta ubocznego powód w piśmie procesowym (k. 1890- 1895 t. X) uzasadnił podstawę do zatrzymania spółce (...) kaucji gwarancyjnej wskazując, iż (...) spóźnił się z terminem umownym 20 dni od daty podpisania aneksu nr (...) do przedstawienia gwarancji bankowej, co upoważniało powoda do zatrzymania tej kaucji. Wskazał, iż przedmiotem odbiorów częściowych nie były konwertery i transformatory, które stanowią zakres prac umowy głównej, co wynika z pisma (...) do powoda z dnia 21.11.2013r., w którym (...) wskazał na wstrzymanie prac związanych z niniejszymi elementami. Ponadto o opóźnieniu świadczy wpis do dziennika budowy w dniu 22.11.2013r. potwierdzający na tę datę wykonanie wszystkich prac elektrycznych, zaś wpis do dziennika budowy dotyczący odbiorów branżowych częściowych datowany jest dopiero na 30.10.2013r. Ponadto protokoły te nie zostały podpisane przez inspektora nadzoru, co stanowi wymóg pkt. 8.2.3 OWU, a wykonanie umowy ma potwierdzać zgodnie z pkt. 8.2.2. OWU protokół odbioru całości robót. W dalszym piśmie procesowym (k. 2323 – 2324 oraz k. 2399-2400 t. XII) powód sprecyzował żądanie pozwu w stosunku do (...) wskazując, iż w zakresie kwoty zapłaconej przez pozwanego na rzecz (...) łącznie 184.500zł powód nie dochodzi zapłaty kwoty 89.092,66zł, z czego 77.038,66zł przypada na fakturę nr (...), zaś kwota 12.054zł przypada na fakturę nr (...). Ponadto w stosunku do T. w ramach kwoty zapłaconej przez pozwanego na rzecz tego podwykonawcy: 451.714,64zł strona powodowa nie dochodzi zapłaty kwoty 61.274,73zł, objętej fakturą nr (...), natomiast dochodzi zapłaty całości kwoty z faktury nr (...) w kwocie 353.244,51zł . Kwota ta stanowi część kary umownej, nałożonej na T. w związku ze zwłoką w zakończeniu robót. W kolejnym piśmie procesowym odnośnie (...) powód sprecyzował i uzasadnił naliczenie kary umownej za 25 dni zwłoki tj. za okres 27.10.2013r. – 20.11.2013r. w wysokości 167.800zł, przy czym oświadczył, iż w pozwie dochodzi z tego jedynie kwoty 90.241,34zł (pełnomocnik pomylił się wskazując kwotę 90.2014,34zł) za okres od 28.10.2018r. – 11.11.2013r., przy czym za ostatni dzień kara umowna nie jest objęta pełną wysokością, która to wysokość jako pełna stanowi kwotę 6.691,29zł za 1 dzień zwłoki. Pismo to (k. 2399- 2400) było ostatecznym stanowiskiem powoda co do uzasadnienia równowartości wynagrodzenia dochodzonego pozwem z tytułu potrącenia kar umownych względem (...).

Poza sporem było, iż konsorcjum firm : dwóch powodów jako wykonawca oraz pozwany jako zamawiający w dniu 26.09.2011r. podpisali umowę, której przedmiotem były roboty budowlane w postaci budowy hangarów dla statków powietrznych wraz z płytą postojową. Warunki ogólne kontraktu pozostały wiążące, o ile warunki szczególne nie stanowiły inaczej. Zgodnie z klauzulą 4.4. warunków szczególnych kontraktu strony określiły procedurę akceptacji podwykonawców. Uzależniły powierzenie prac podwykonawcy innemu niż wskazanemu w ofercie lub wcześniej zatwierdzonemu przez zamawiającego od przedłożenia zamawiającemu przez wykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji oraz przedłożenia podpisanej umowy przejęcia długu przez zamawiającego jaki może powstać w wyniku podzlecenia. Jeżeli podwykonawca wystąpi na piśmie z oświadczeniem do zamawiającego, że wykonawca nie dokonuje płatności za wykonane roboty, które zostały odebrane i poświadczono do zapłaty w świadectwie płatności przez inżyniera, to takie oświadczenie będzie uważane za wezwanie do przejęcia długu. Następnie jeżeli zamawiający otrzyma oświadczenie podwykonawcy o braku zapłaty, to wezwie wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni dowodów, że sumy należne podwykonawcy za roboty, które były poświadczono przez inżyniera, zostały zapłacone. Jeżeli wykonawca takich dowodów nie dostarczy, zamawiający zobowiązał się zapłacić podwykonawcy w terminie ustawowym kwoty zaległego wynagrodzenia zgodnie z umową przejęcia długu. Tak zapłacone kwoty podwykonawcy zamawiający miał potrącić niezwłocznie z kwot należnych wykonawcy zgodnie z umową przejęcia długu (klauzula 2.5. OWK k. 199 – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia). Zgodnie z klauzulą 14.7 kwotę poświadczoną w świadectwie płatności zamawiający zobowiązany był zapłacić wykonawcy w ciągu 30 dni kalendarzowych od daty otrzymania kompletu dokumentów wraz z fakturą VAT, a za dzień dokonania

zapłaty strony przyjęły dzień obciążenia rachunku zamawiającego kwotą zapłaty ( dowód: akt umowy k. 144 i następne, war.szcz.kontr. k. 159 i k. 172).

Powód opóźniał się w terminowym wykonaniu prac, za co inwestor obciążył go karami umownymi, następnie wypowiedział umowę ( oświadczył o rozwiązaniu ) na podst. kl. 15.2 b i c . W dniu 7.03.14r. doszło do spotkania stron umowy. W tamtym czasie pozwany wiedział o obciążeniu podwykonawców karami umownymi przez powoda z tytułu opóźnienia z pracach oraz o zatrzymaniu kwot z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, choć kwestia ta nie była odnieszona na spotkaniu. W wyniku porozumienia pozwany cofnął oświadczenie o jej rozwiązaniu, wykonawca zobowiązał się wykonać roboty w najkrótszym możliwie terminie, zakres kar umownych inwestora do wykonawcy strony ugodziły na dotychczas potrąconym poziomie kar, a strona powodowa zobowiązała się zaspokoić wierzytelności podwykonawców ponad kwotę wynikającą ze swej wierzytelności nr 1 i 2, opiewające na kwoty odpowiednio 10.784.255 zł i 1.738.475 zł oraz zaspokajając na bieżąco dalsze wierzytelności podwykonawców, a dostarczenie dowodu zaspokojenia podwykonawcy warunkować miała płatności wynagrodzenia przez zamawiającego dla wykonawcy lub bezpośrednio na rzecz jego podwykonawców, przy czym wybór sposobu zaspokojenia podwykonawców miał należeć do zamawiającego. Ponieważ podwykonawcy zgłaszali inwestorowi zaległości płatnicze strony powodowej względem nich, pozwany pismem z dnia 12.03.14r. wezwał powoda do przedstawienia dowodów, że sumy wskazane w tym piśmie zostały zapłacone. W piśmie tym wskazano m.in. na wierzytelności (...), (...), SA, Z. E., C. sp zo.o., M. S. S.. Pisma te ponawiał, w tym żądał rozliczenia z podwykonawcami, w tym wobec C. jako podwykonawcy E., od którego powód miał wg oświadczenia pozwanego nie dostać zgody na bezpośrednią płatność na kwoty : 101.475 zł i 23.388,25 zł. Ostatecznie w dniu 1.04.14r. doszło do trójstronnego spotkania z udziałem podwykonawców, za wyjątkiem podwykonawcy S. S., którzy podnosili, iż niezasadnie zostali obciążeni karami umownymi za opóźnienie przez powoda. Powód uzasadniał kary umowne za opóźnienie oraz zasadność zatrzymania kaucji gwarancyjnych podwykonawcom. Każda ze stron przedstawiała własną argumentację, ostatecznie pozwany nie chcąc angażować się w spór między wykonawcą a podwykonawcami oraz by nie zastępować sądu w jego rozstrzygnięciu, nie będąc w stanie sporu rozstrzygnąć, zobowiązał wykonawcę do przedłożenia mu podpisanych przez podwykonawców i generalnego wykonawcę oświadczeń, jakie potrącenia zostały między nimi dokonane oraz że zwalniają zamawiającego z długu z wysokości dokonanych potrąceń, w przeciwnym razie zagroził dokonaniem potrącenia kwoty roszczeń podwykonawców z wynagrodzeniem generalnego wykonawcy. Powód takiego zobowiązania nie przyjął, takich oświadczeń nie przedłożył, ponieważ strony nie doszły do porozumienia co do zasadności obciążenia podwykonawców karami umownymi i kaucjami. Pismem z dnia 25.04.14r. podwykonawcy : T., E. i E. złożyły skargę do pozwanego na uchylanie się przez niego z zapłaty należnego im wynagrodzenia, wskazując na przyczyny przekroczenia terminów umownych i bezzasadność naliczenia im kar umownych , wskazując, że wykonawca nie odpowiadał na ich pisma wskazujące na zagrożenie terminu umownego 30.09.13r. z przyczyn nie leżących po stronie podwykonawców: brak sporządzenia przez wykonawcę realnego harmonogramu prac, brak koordynacji prac przez wykonawcę, brak dokumentacji technicznej i braki projektowej, zmiany koncepcji prac, brak koordynacji międzybranżowej w projektach i wymiany informacji ( dowód: porozumienie k. 742- 743 t. IV, pisma i monity do gen. Wykonawcy k. 745-759, pismo z dnia 3.04.14r. k. 1149 T. VI , częściowe zezn. św. B. P. k. 1749/2, św. S. Ć. k. 1757/2- 1758 T. IX, św. M. M. k. 1874/2, częściowe zezn. D. M. (1) k. 1933/2 – 1934, Z. H. k. 21322- `133 ).

Sąd nie dał wiary zezn. św. B. P. i D. M., iż powód zobowiązał się na w/w spotkaniach do bezpośredniej zapłaty podwykonawcom wszystkich zaległych i w przyszłości wymagalnych wynagrodzeń bez dokonywania jakichkolwiek potrąceń. Przeczą temu zeznania pozostałych w/w świadków, zwłaszcza osoby reprezentującej powoda św. M. M. oraz św. S. Ć., jak też sama treść porozumienia z dnia 7.03.14r., z której nie wynika takie zobowiązanie ( nie ma mowy jednoznacznie o rezygnacji z potrąceń w pkt 5 porozumienia, w przeciwieństwie do pkt 4 ), ponadto przeczy temu logika rozumowania i doświadczenie życiowe ( potrącenie jest sposobem zapłaty, „zaspokojenia zobowiązań wobec podwykonawców”, jak stanowi pkt 5 porozumienia, a zobowiązanie się M. do przedłożenia zwolnienia z długu pozwanego podpisanego przez podwykonawców było nieracjonalne, jako niewykonalne z uwagi na spór między podwykonawcami a generalnym wykonawcą, co sensownie wyjaśniał św. M. M. ). Brak zatem umownego wyłączenia prawa potrącenia wynikającego z przepisu art. 498 § 1 kc między podwykonawcą a generalnym wykonawcą czy zrzeczenia się tego prawa przez generalnego wykonawcę względem podwykonawców.

Odnośnie przyczyn obciążenia karami umownymi i innymi podstawami wstrzymania płatności przez wykonawcę, jak też historii zapłaty pozwanego inwestora względem poszczególnych podwykonawców, sąd poczynił następujące ustalenia:

1/ (...) S. S.

Dnia 3.09.2013r. S. S., działająca pod firmą (...) podpisała z powodem umowę, której przedmiotem było wykonanie nawierzchni chodników i paski betonowej z kostki brukowej wokół budynków. Termin zakończenia robót strony ustaliły na 18.09.2013r. Płatność za wystawione i zaakceptowane przejściowe czy końcowe świadectwo płatności miała nastąpić na podstawie faktury VAT w terminie 30 dni od otrzymania przez wykonawcę czyli stronę powodową faktury. Strony zastrzegły kary umowne za opóźnienie w wykonaniu prac w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Wynagrodzenie strony ustaliły w kwocie 32.470zł netto i do tego należny podatek VAT.

Następnie strony aneksowały umowę, którym zwiększyły wartość robót poprzez wykonanie robót dodatkowych, polegających na ułożeniu 392mb ścieku korytkowego na ławie betonowej oraz wykonanie odwodnienia liniowego w ilości 11mb w drogach dojazdowych D2 i D3. W aneksie tym strony ustaliły realizację przedmiotu niniejszego aneksu: montaż akodrenów od 18.09.2013r. do 21.09.2013r., wykonanie ścieków korytkowych odpowiednio do 19,20,21.09., zaś przy płycie hangarowej do 25.09.2013r., termin wykonania chodników i opaski hangarowej od 20.09.2013r. do 27.09.2013r. jako zmiana terminu z umowy głównej, a ostateczny termin zakończenia całości robót **strony aneksowały na 27.09.2013r.** Aneks ten strona powodowa podpisała i przesłała S. S. w dniu 14.03.14r. S. S. jako podwykonawca w umowie zobowiązała się do zabezpieczenia robót w sposób uniemożliwiający ich zniszczenie do czasu odbioru ostatecznego. (dowód: umowa k. 1340 i następne, załącznik do umowy k. 1362 i nast., aneks k. 1374, pismo z dnia 14.03.14r. o podpisaniu aneksu k. 1372 ).

Dnia 16.09.2013r. strona powodowa, pozwany oraz podwykonawca powoda M. S. S. powołując się na umowę podwykonawczą podpisały umowę przejęcia długu , na mocy której pozwany oświadczył względem powoda, że przejmuje dług powoda w stosunku do S. S. jako wierzyciela, wynikający z umowy podwykonawczej pod warunkiem zawieszającym łącznego wystąpienia okoliczności o których mowa w klauzuli 4.4. FGH kontraktu:

- a) Wierzyciel, czyli podwykonawca wystąpi na piśmie z oświadczeniem do przejmującego, czyli zamawiającego że dłużnik nie dokonuje płatności za odebrane przez wykonawcę w świadectwie płatności i potwierdzone przez inżyniera prace które to należności są wymagalne
- b) Przejmujący wezwie dłużnika do dostarczenia w terminie 7 dni dowodów że sumy należne wierzycielowi za roboty wyżej wskazane zostały zapłacone
- c) Pomimo upływu terminu o którym mowa w lit b. dłużnik nie dostarczy przejmującemu dowodów że sumy należne wierzycielowi zostały zapłacone. Przejęcie długu miało nastąpić do wysokości każdorazowo należnej wierzycielowi kwoty wskazanej w oświadczeniu pkt a, do wysokości nie większej niż wynagrodzenie wierzyciela określone w umowie podwykonawczej. (dowód: umowa przejęcia długu 657-658).

Dodać należy, iż analogicznej treści umowy o przejęcie długu zostały podpisane co do pozostałych podwykonawców.

S. S. powyższe prace wykonała z opóźnieniem, mianowicie w dniu 29.10.2013r., zgłaszając w tej dacie stronie powodowej roboty do odbioru (dowód: zgłoszenie robót k. 1497 t. VIII). Na tej podstawie w dniu 7.03.2014r. strona powodowa wystawiła S. S. notę obciążeniową, naliczając jej za okres 28.09.2013r. – 29.10.2013r. karę umowną łącznie za 32 dni opóźnienia w wysokości 13.480,35zł, wyznaczając termin płatności 3 dni. Powyższa nota została doręczona S. S. w dniu 12.03.2014r. Dnia 18.03.2014r. strona powodowa sporządziła oświadczenie o kompensacie, które S. S. otrzymała w dniu 31.03.2014r. Przedmiotem kompensaty była po stronie powodowej wierzytelność z tytułu w/w noty obciążeniowej, zaś po stronie S. S. jej wynagrodzenie należne z tytułu wystawienia w dniu 5.02.2014r. faktury za wykonane roboty, płatne w terminie 30 dni, gdzie termin płatności przypadł na 7.03.2014r. (dowody: F. M. z dnia 5.02.2014 k. 765, nota obciążeniowa z dowodem doręczenia k. 793-795, k. 1481, oświadczenie o kompensacie k. 1483,

protokół odbioru końcowego robot z dnia 9.06.2014r., w którym poświadczono zakończenie robot poza umownym terminem, protokół podpisany przez S. S.).

Dnia 22.07.2014r. S. S. składa do inwestora komplet niezbędnych dokumentów, w tym notę obciążeniową z wezwaniem do zapłaty kary umownej z dnia 7.03.14r. i oświadczeniem o potrąceniu wraz z oświadczeniem o zaleganiu przez generalnego wykonawcę w zapłacie kwoty w wysokości objętej w/w oświadczeniem o potrąceniu (dowód: pismo z zał. k. 872 i nast. ). Dnia 28.07.2014r. pozwany wzywa stronę powodową do przedłożenia w terminie 7 dni dowodu zapłaty tej należności. Dnia 29.07.2014r. powód informuje pozwanego w odpowiedzi, że wszystkie zaległości zostały skompensowane, co wyjaśnił już uprzednio w pismach z dnia 13.06. i 7.07.2014r. (dowód: pismo k. 878). Dnia 18.07.2014r. zgodnie z procedurą umowną inżynier kontraktu sporządza pismo, w którym uznaje na mocy wykładni art. 375 kc, iż zarzut zapłaty z tytułu potrącenia kar umownych nie przysługuje zamawiającemu wobec podwykonawcy, ponieważ nie wynika z tej samej podstawy prawnej i faktycznej (dowód: pismo k. 880). Dnia 22.08.2014r. pozwany dokonuje zapłaty kwoty 13.480,35zł na rzecz podwykonawcy S. S. ( dowód: polecenie przelewu k. 763).

S. S. jako podwykonawca konsorcjantów pismem z dnia 26.09.2013r. informowała stronę powodową o przeszkodach w realizacji robót. Wnioskowała o korekty harmonogramu i przesunięcie terminu zakończenia robót, sporządzając w tym przedmiocie pismo z dnia 17.03.2014r. Pismem tym potwierdziła, iż zakończenie robót i zgłoszenie do odbioru nastąpiło pismem z dnia 29.10.2013r., a odbiór robót potwierdzony został protokołem z dnia 2.12.2013r. Pismem tym nie uznała dokonanego potrącenia wskazując, iż przesłany aneks z rozszerzeniem robót został przesłany do podpisu w dniu 29.11.2013r. (dowód: pismo z dnia 17.03.2014r. k. 798,799). S. S. w pisemnej korespondencji do strony powodowej z daty 29.10.2013r. naprowadziła, iż doszło do zniszczenia ścieku korytkowego, brakowało frontu robót, gdzie brak rynien dachowych powodował penetrację terenu przez wody opadowe, ponadto zgłosiła dewastację wykonanych robót przez sprzęt budowlany innych podwykonawców. Pismem z dnia 23.10.2013r. (dowód: k. 1485 t. VIII) strona powodowa odpowiedziała, iż za zniszczenia odpowiada podwykonawca. Stwierdziła, iż od 3.10. po stronie podwykonawcy nikt z pracowników nie pojawił się, a przez cały czas wykonania robót zbyt mało pracowników wykonywało roboty, wezwała do wzmocnienia kadrowego i sprzętowego pod rygorem kar umownych. Protokołem oględzin sporządzonym w okresie 4.10. i 7.10.2013r. strony stwierdziły zniszczenia ścieku korytkowego, co wymagało wymiany i ponownego położenia (dowód: protokół k. 1487- 1494). Przyczyną opóźnień w wykonaniu prac były braki kadrowe i sprzętowe oraz konieczność wymiany i naprawy zniszczonych ścieków korytkowych (dowód: zeznania św. T. K. k. 1478, I. M. k. 1935, wpis do dziennika budowy k. 2115, w/w pisma ).

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka T. O. (1) (k. 1747), iż ten podwykonawca mógł rozpocząć swoje prace dopiero po 26.09. Wpis do dziennika budowy z tej daty potwierdza bowiem fakt przeciwny: iż w tej dacie podwykonawca ten zakończył wykonywanie korytowania dróg, co wchodziło w zakres aneksu do umowy. Brak twierdzeń i dowodów, kiedy w/w podwykonawca przystąpił do wykonania tych właśnie prac i dlaczego zakończył je po terminach umownych określonych w aneksie na 19, 20 i 21.09.13r. , tj. w dacie 26.09.13r. Zeznań św. T. O. nie potwierdziła zarówno słuchana w charakterze świadka S. S., jak również żaden z biegłych sądowych, zwłaszcza A. W., którego zadaniem była analiza wpisów do dziennika budowy pod kątem oceny istnienia bądź też braku frontu robót dla poszczególnych podwykonawców. Ponadto słuchana w charakterze świadka S. S. (k. 2177/2) na okoliczność przyczyn opóźnienia, nie złożyła w tym przedmiocie żadnych konkretnych zeznań, nie pamiętając nawet, czy były opóźnienia. Wskazać należy zatem, iż wprawdzie doszło do zniszczenia ścieku korytkowego, niemniej nastąpiło to już, gdy podwykonawca pozostawał w opóźnieniu i jeszcze przed zgłoszeniem prac do odbioru. Zgodnie zaś z treścią umowy do daty zgłoszenia prac do odbioru to podwykonawca odpowiada za zabezpieczenie dotychczas wykonanych prac przed zniszczeniem. Z tych względów Sąd uznał, iż naliczona przez stronę powodową kara umowna za 32 dni opóźnienia naliczona została zasadnie, przy czym wysokość tej kary nie była przez strony kwestionowana. Zważyć też należy, iż bez znaczenia dla ustalenia przyczyn opóźnienia miała data podpisania aneksu do umowy, co nastąpiło już po terminie końcowym aneksowanym przedmiotowym aneksem. Skoro podwykonawca przed podpisaniem aneksu przystąpił i wykonał prace nim objęte, to należało uznać, iż strony ustnie przed rozpoczęciem aneksowanych robót ustaliły stosowne przesunięcie terminu końcowego prac. Nie było bowiem zarzutu przeciwnego po stronie podwykonawcy. Tym samym należało przyjąć, iż podpisanie aneksu miało charakter wyłącznie zatwierdzenia przez strony wcześniejszych ustnych ustaleń.

## 2/ (...)

(...) jako podwykonawca przedmiotowej inwestycji w dniu 16.07.2013r. podpisał umowę z generalnym wykonawcą na wykonanie oświetlenia instalacji elektrycznej itp. Termin wykonania prac jako całości wraz z próbami końcowymi i uruchomieniami strony ustaliły na **30.09.2013r.** (dowód: umowa k. 1429, tom VIII). W umowie strony ustaliły terminy pośrednie na transformatory: do 10.09.2013r., konwertery do 30.09.2013r. całość oświetlenia zewnętrznego wraz z awaryjnym do 20.09.2013r., oświetlenie krawędziowe do 30.09.2013r. Terminy powyższe miały obowiązywać w przypadku akceptacji wszystkich kart materiałowych w poniżej wskazanych szczegółowo terminach. Strony ustaliły, iż warunkiem zabezpieczenia należytego wykonania umowy będzie gwarancja bankowa, którą podwykonawca zobowiązał się dostarczyć wykonawcy w terminie 20 dni od podpisania umowy. Ostateczna treść, forma i podmiot wystawiający zabezpieczenie wymagały przed wydaniem zatwierdzenia przez wykonawcę pod rygorem niezaakceptowania zabezpieczenia z winy podwykonawcy. W przypadku niedostarczenia lub nieutrzymania zabezpieczenia przez podwykonawcę wykonawca mógł potrącić wartość zabezpieczenia z należności podwykonawcy według kolejności powstania należności aż do pokrycia całej wartości zabezpieczenia. (dowód: OWU 7.1. k. 1444). Gwarancja bankowa miała stanowić jako wartość zabezpieczenia 10% wynagrodzenia umownego brutto. Zabezpieczenie podlegało zwrotowi w wysokości 70% wartości w terminie 30 dni od daty potrzymania świadectwa przejęcia po ewentualnym potrąceniu kar przewidzianych w umowie. Data obowiązywania zabezpieczenia to 31.10.2013r., pozostałe 30% w terminie 15 dni po upływie okresu gwarancji i rękojmi. Planowana data zwrotu na dzień zawarcia umowy to 15.11.2016r. (dowód: SWU k. 1430). Gwarancja i rękojmia zostały udzielone na 60 miesięcy (SWU k. 1431). W przypadku przedłużenia terminu robót podwykonawca zobowiązał się uzyskać przedłużenie wartości zabezpieczenia o czas, o jaki został przedłużony termin zakończenia robót. W przypadku zwiększenia zakresu robót podwykonawca miał obowiązek uzyskania zwiększenia wartości zabezpieczenia do wartości określonej jako aktualna wysokość zwiększonego wynagrodzenia brutto. Podwykonawca zobowiązany był przedstawić wykonawcy rozszerzony zakres zabezpieczenia w terminie 20 dni od podpisania rozszerzonego zakresu umowy licząc od dnia, w którym powziął wiadomość o przedłużeniu terminu zakończenia robót lub podpisania aneksu do umowy, którym zwiększono wartość wynagrodzenia umownego, jednak nie później niż 30 dni przed wygaśnięciem zabezpieczenia (dowód: OWU pkt 7.2. k. 1444). Strony nie zastrzegły w umowie sposobu zabezpieczenia w postaci kaucji gwarancyjnej. (pkt 7.3. SWU k. 1430). Strony zawarły aneks do umowy podstawowej datowany na sierpień 2013r. nr (...), de facto podpisany przez powoda w dniu 24.09.13r. którym zwiększyły zakres robót o instalację przeciwoblodzeniową i przeciwzamarzaniową i wartość o 140.000zł, a tym samym ostateczną wartość umowy. Strony w aneksie tym ustaliły termin rozpoczęcia wykonania przedmiotu aneksu: 26.08.2013r. a termin zakończenia: 15.09.2013r. (dowód: aneks k. 1456-1457, pismo k. 1741). Następnie strony zawarły aneks nr (... )02/13 do umowy głównej, którym zwiększyły zakres robót podstawowych m.in. o rozbudowę instalacji oświetlenia ewakuacyjnego i przeszkodowego, rozbudowę rozdzielni ppoż, uzupełnienie instalacji na przepompowni ścieków oraz ustaliły wartość zwiększonego zakresu robót na 40.000zł netto i termin rozpoczęcia tych robót ustaliły na dzień 2.11.2013r. a termin zakończenia na dzień 11.12.2013r., w rzeczywistości podpisany przez powoda w dniu 3.03.14r. (dowód: aneks (...) k. 1459-1460, pismo k. 1742).

Podwykonawca ten wykonał prace z umowy głównej i obu aneksów w zakresie wszystkich instalacji wraz z ich uruchomieniem, wykonaniem prób funkcjonalnych i dokonaniem pomiarów do dnia 25.10.2013r., zaś kierownik robót powoda H. B. zgłosił te prace do odbioru inwestorskiego dnia 30.10.13r., co umożliwiło i skróciło termin odbioru prac między investorem a wykonawcą, który to termin przypadł na 30 października: do tej daty inwestor miał odebrać prace od strony ppoż - wykonanie wszystkich instalacji elektrycznych wraz z konwerterami i transformatorami z wykonaniem prób funkcjonalnych, pomiarów, uruchomieniem ( dowód: wpisy do dziennika budowy k. 2119- 2120, 2121, opinia biegłego A. W. k. 2341, św. T. N. k. 1758/2, św. W. S. k. 1939 ). Nie doszło jedynie na tę datę do przeszkolenia pracowników i uruchomienia konwerterów z uwagi, iż powód nie podpisał aneksu nr (...) do umowy, co skutkowało uznaniem przez podwykonawcę, iż powód nie zaakceptował tych robót, ponadto przeszkolenie wraz z uruchomieniem konwerterów wymagały uzgodnienia z zamawiającym i termin przeszkolenia i wykonania testów konwerterów został narzucony przez inwestora na koniec listopada 13r., na co podwykonawca ani wykonawca nie mieli wpływu ( dowód: pismo (...) z dnia 21.11. 13r. k. 1519, opinie biegłego A. W. k. 2413/2 – (...), św. Z. R. k. 1937/2- 1938 ). Powód policzył karę umowną za okres 27.10. 2013r. – 20.11.2013r. tj. za 25



dni opóźnienia, która wyniosła 167.280,00zł, przy czym w pozwie **dochoził kwoty 90.241,34zł za okres 28.10.2013r. – 11.11.2013r.**, co sprecyzował w ostatnim piśmie procesowym (dowód: pismo procesowe powoda z dnia 19.12.2017r. k. 2400 t. XII). Konieczność poszerzenia zakresu prac o aneks nr (...) wynikała z braków projektowych, w związku z czym doszło do poszerzenia zakresu robót, a tym samym poszerzenia kwoty wynagrodzenia, przy czym wykonanie prac dodatkowych objętych aneksami warunkowało wykonanie prac z umowy podstawowej i konieczność przebudowy rozdzielni oraz odbiór instalacji ppoż. Roboty dodatkowe wynikające z aneksów związane były z zakresem podstawowym, więc nie można było go zakończyć przed terminem wynikającym z aneksu nr (...) przypadającym na dzień 11.12.13r. Dopiero po wykonaniu robót dodatkowych wynikających z aneksów, które stanowiły całość wykonywanej instalacji, całość robót mogła zostać zgłoszona do odbioru, ponieważ roboty dodatkowe ingerowały w roboty podstawowe, wszystkie one musiały być wykonane i odebrane łącznie. O braku w projekcie oświetlenia ewakuacyjnego, co warunkowało odbiór ppoż całej instalacji, okazało się po wykonaniu instalacji z umowy głównej pod koniec października 2013r., co wymagało wykonania w trybie pilnym przez powoda uzupełniającego projektu , a następnie prace te zostały zlecone (...) i objęte aneksem nr (...). Prace te podwykonawca wykonywał popołudniami i nocami jeszcze w listopadzie, gdyż dochodziły one sukcesywnie w wyniku rewizji dokumentacji projektowej (dowód: opinia biegłego sądowego A. W. k. 2341, ustna k. 2413/2, pisemna biegłego J. H. k. 2228, św. K. N. k. 1758/2, 1759/2, św. Z. R. k. 1936/2. W. S. k. 1938-1939 ). Przyczyną przedłużenia terminu wykonania prac było oczekiwanie (...) na akceptację kart materiałowych do oświetlenia awaryjnego i podstawowego: na powyższe (...) oczekiwał 4 tygodnie. Powód zaakceptował powyższe w dniu 28.08.2013r., tj. 36 dni później niż termin umowny przypadający na 23.07.2013r., dlatego termin zakończenia prac uległ z mocy zapisów umowy podstawowej przedłużeniu o powyższe 36 dni, tj. **do 26.10.2013r.** (dowody: pismo (...) z daty 13.08.2013r. k. 1713 tom IX, pismo z dnia 18.09.2013r. k. 1714, św. K. N. k. 1758, św. S. K. k. 1748/2, pismo proc. interwenienta z dnia 23.03.17r. k. 2200 ). Ponadto (...) oczekiwał na dostawę opraw oświetleniowych już po ich akceptacji. Brak powyższych dostaw uniemożliwił kontynuację prac. Podwykonawca ten nie miał zapewnionego frontu robót, umożliwiającego rozpoczęcie i bieżące kontynuowanie prac, np. wewnątrz hangaru w budynku socjalnym miał zamontować gniazda, podczas gdy w październiku były tam dopiero kładzione płytki, brakowało konstrukcji ścian, niezbędnych do korytowania pod okablowanie pionowych tras kablowych wewnątrz hangarów, brakowało koryt dachowych i rynien spustowych, co warunkowało terminowe zakończenie prac z aneksu nr (...). Na budowie była wystarczająca ilość pracowników podwykonawcy, dostosowana do aktualnego frontu robót. (dowód: pismo z dnia 24.09.2013r. k. 1715, zeznania św. K. N. k. 1758/2 – 1759/2, św. I. M. k. 1935, św. Z. R. k. 1936, św. W. S. k. 1939, korespondencja pisemna k. 1713-1722, e-maile k. 1725-1740 ). Pismem z dnia 13.11.2013r. (...) poinformował stronę powodową, iż zobowiązana była wystawić przejściowe świadectwo płatności w terminie 6.11.2013r., co warunkowało wystawienie faktury za wykonanie prace, w tym za zakupione wcześniej materiały. Spowodowało to wypłatę zaliczki przez (...) w wysokości około 1 miliona złotych netto. Konsekwencją braku wystawienia psp, a tym samym uzyskania zapłaty za wykonane prace był problem z płynnością finansową firmy oraz brak możliwości zamówienia dalszych materiałów i zapłaty za nie. Z uwagi na brak podpisania aneksu nr (...) poinformował także o wstrzymaniu prac rozruchowych konwerterów i innych systemów. Pismem z dnia 21.11.2013r. (...) poinformował powoda, iż z uwagi na brak podpisania aneksu na prace dodatkowe oraz w konsekwencji brak akceptacji w/w robót dodatkowych wstrzymuje uruchomienie konwerterów oraz przeszkolenie obsługi. Poinformował, iż wszystkie instalacje zostały zakończone i nadają się do przekazania inwestorowi oraz wniósł o odbiór stacji trafo oraz instalacji całego obiektu i poinformował, że z dniem 29.11.2013r. zaprzestaje eksploatacji stacji transformatorowej i instalacji obiektów. (dowód: pisma k. 1719, k. 1720).

Sąd nie dał wiary zezn. św. S. K., iż brak frontu robót przesunął prace o ok. 2 tygodnie, co zostało uwzględnione w przesunięciu terminu umownego o 3 tygodnie. Przeczą temu zeznania pozostałych świadków, jak też korespondencja stron. Przesunięcie terminu umownego do dnia 27.10.13r. nastąpiło wyłącznie z powodu braku terminowej akceptacji przez powoda kart materiałowych.

Sąd ustalił ostatecznie, mając na względzie okres dochodzenia tym pozwem przez powodów kar umownych : tylko za okres 28.10. – 11.11.13r. za nieterminowo zakończoną umowę główną i objętą aneksem nr (...), iż podwykonawca wykonał jej zakres w terminie do dnia 25.10.13r., zgłaszając całość prac do odbioru w dniu 25.10.13r.po ich uprzednim

uruchomieniu i wykonaniu prób rozruchowych, a więc nie opóźnił się w dotrzymaniu umownie przesuniętym terminem końcowym prac z umowy głównej i aneksu nr (...) przypadającym na dzień 27.10.13r. Terminu tego nie zmienił fakt, iż prace te były usterkowe i ostatecznie sprawdzone i zgłoszone do odbioru inwestorskiego przez generalnego wykonawcę w dniu 30.10.17r. Zważywszy zaś na uruchomienie konwertorów i przeszkolenie pracowników, co wchodziło w zakres umowy podstawowej, a co nastąpiło w II poł. listopada, uzupełniając zmieniające prace wykonawcze z aneksu nr (...), opóźnienie tego zakresu prac z umowy podstawowej, wynikało z przyczyn niezależnych od podwykonawcy: brak podpisania aneksu nr (...) przez powoda uniemożliwił podwykonawcy ustalenie zakresu tych prac do wykonania, co warunkowało zakończenie prac z umowy głównej oraz termin narzucony przez inwestora tego przeszkolenia, które wiązało się z uruchomieniem konwertorów. Z pisma podwykonawcy z dnia 21.11.13r. ( dowód: k. 1519), z którego powód wywodził przekroczenie przez (...) terminu umownego nie wynika, iż nie doszło do takiego przeszkolenia i uruchomienia konwertorów, uzgodnionego na 25 i 26. 11 13r. , nie wynika też, iż by w tej dacie 21.11. podwykonawca wykonał dopiero instalacje elektryczne, lecz pismem tym informuje powoda o ich wykonaniu. Wpisy do dziennika budowy wskazują, co potwierdził biegły, że instalacje te zostały wykonane w dniu 25.10.13r, a więc w terminie. Gdyby nawet uznać, iż przyczyna braku przeszkolenia pracowników i uruchomienia konwertorów na datę 21.11.13r. , a więc po terminie umownym z umowy głównej przypadającym na 27.10.13r. leżało po stronie podwykonawcy, to zważywszy , iż z uwagi na termin umowy wykonania aneksu nr (...) : 11.12.13r. , którego zakres warunkował wykonanie prac z umowy głównej , to podwykonawca nie przekroczył terminu ostatecznego całości prac : 11.12.13r. , co potwierdził biegły A. W.. Ponadto wyżej ustalone okoliczności przebiegu współpracy stron wskazują, iż podwykonawca ten nie ponosi żadnej odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy, nawet gdyby przyjąć, iż doszło do jego przekroczenia poczynając od 28.11. Przyczyny te leżały wyłącznie po stronie wykonawcy lub innych podwykonawców: nie zapewniali bieżącego frontu robót z uwagi na opóźnienie wcześniejszych prac, warunkujących wykonanie prac przez (...), np. brak rynien pod kable, z czym opóźniła się firma (...) ( tzw. efekt domina ), powód dokonywał rewizji projektu, uzupełniał projekt i dokonywał zmian materiałowych. Jednocześnie postępowanie dowodowe wykazało, wbrew twierdzeniom powoda, iż opóźnienie nie leżało po stronie zbyt małego zaangażowania podwykonawcy od strony kadrowej i technicznej. Sam generalny wykonawca nie był wiarygodny w uzasadnieniu naliczenia kary: w wezwaniu do zapłaty z dnia 11.03.14r. karę naliczył, przyjmując za termin umowy wykonania umowy : 30.09.13r., w piśmie tym naliczając jednocześnie karę od 27.10, gdy tymczasem w procesie ostatecznie kary dochodził za okres 28.10.- 11.11.13r., przy czym nie w pełnej wysokości za ostatni dzień tej kary. Nie uzasadnił też , na jakiej podstawie wyliczył karę za w/w okres, wliczając do podstawy jej naliczenia wynagrodzenie z aneksu nr (...), gdy z aneksu tego wynika termin jej wykonania : 15.09.13r.

(...) wraz z fakturą nr (...) z dnia 20.01.14r. z terminem jej płatności 24.02.14r. dostarczył powodowi aneks z dnia 13.01.2014r. do gwarancji bankowej, rozszerzający kwotę gwarancji, co nie było sporne między stronami (dowód: aneks do gwarancji z prezentatą otrzymania go przez powoda k. 966-967, pismo z dnia 16.01.14r. z zał w postaci aneksu do gwarancji bankowej z datą wpływu do M.: 20.01.2014r. k. 1009-1010, e-mail z dnia 10.03.14r. k. 1712). Mimo to powód potrącił z niniejszej faktury kwotę gwarancji z uzasadnieniem, iż aneksu nie przyjął, czego w tym procesie nie wykazał oraz nie uzasadnił przyczyn braku przyjęcia aneksu. Potrącenie nastąpiło z wynagrodzenia z bieżącej faktury nr (...) z dnia 20.01.2014r. z terminem płatności : 24.02.2014r. Kwota potrącenia dokonana przez stronę powodową stanowiła 17.220zł, z czego 70% tej wartości to 12.054zł, które to roszczenie podwykonawcy o zwrot tej części kwoty zatrzymanej było zasadne na dzień wniesienia pozwu, i tej kwoty pozwany nie objął niniejszym sporem. Natomiast pozostałe 30% stanowiło 5.166zł.

Strona powodowa złożyła pisemne oświadczenie firmie (...) w dniu 11.03.2014r. (dowód: k. 968) o obciążeniu (...) karą umowną za okres 27.10.-20.11.2013r.: 25 dni razy 6.691,20zł = 176.280zł z terminem płatności 3 dni oraz oświadczeniem o potrąceniu w przypadku braku płatności, pismo to (...) otrzymał w dacie 13.03.2014r., a zatem termin płatności tej kary przypadł na 16.03.2014r. (dowód: potwierdzenie otrzymania k. 968 t. V). Pismem z dnia 18.03.2014r. strona powodowa oświadczyła na piśmie o potrąceniu w/w kary w dniu 18.03.2014r., które to pismo wpłynęło do (...) w dniu 31.03.2014r. (dowód: pismo k. 1524 t. VIII). Firma (...) pismem z dnia 14.04.2014r. (dowód: pismo k. 884) złożyła oświadczenie inwestorowi pod odpowiedzialnością karną o wymagalności kwoty 184.500zł z dwóch faktur, potwierdzonych świadectwem płatności i wezwał pozwanego do zapłaty na podstawie umowy o

przejęcie długu. Kolejne wezwanie o zapłatę w trybie art. 647<sup>1</sup> kc skierowane do pozwanego sporządziła w dacie 16.07.2014r. (dowód: pismo k. 904). W odpowiedzi PL (...) skierował pismo z dnia 6.08.2014r. (dowód: k. 1000) do (...) o wyjaśnienie przyczyny braku płatności. W odpowiedzi pismem z dnia 8.08.2014r. (dowód: k. 961) (...) wyjaśnił przyczyny braku płatności przez M. potwierdzając obciążenie go karą umowną w wysokości 167.280zł. Pismem z dnia 28.04.2014r. (dowód: k. 964) strona powodowa na wezwanie pozwanego wyjaśniła przyczyny braku płatności : zatrzymanie tytułem kaucji kwoty 17.220zł dotyczący faktury (...) z uzasadnieniem, iż w chwili wpływu faktury aneks do gwarancji nie był przyjęty przez wykonawcę, a gdy wykonawca złoży poprawny wniosek o zwrot kaucji zostanie ona zapłacona, ponadto uzasadnił naliczenie i potrącenie kary umownej w wysokości 167.280zł. W odpowiedzi pismem z dnia 6.05.2014r. (dowód: k. 987 t V) (...) zaprzeczył powyższym wyjaśnieniom, uzasadniając, iż dostarczyli rozszerzoną gwarancję bankową w postaci aneksu łącznie z dostarczona fakturą , dlatego brak było podstaw do zatrzymania (dowód: pismo k. 988). Pismem z dnia 18.07.2014r. (dowód: k. 979) pozwany wezwał powoda o wykazanie w terminie 7 dni dowodu zapłaty należności względem (...), następnie inżynier kontraktu w dniu 9.09.2014r. potwierdził zasadność wynagrodzenia podwykonawcy oraz należące się podwykonawcy wynagrodzenia z tytułu bezzasadnie zatrzymanej kwoty gwarancyjnej (dowód: pismo k. 995)

W związku z powyższym pozwany w dniu 9.09.2014r. dokonał płatności za dwie faktury wystawione przez (...) na M. z dnia 20.01.2014r. i 29.01.2014r. w łącznej wysokości 184.500zł (167.280zł jako równowartość potrąconej kary umownej i 17.220zł jako równowartość zatrzymanej przez powoda kwoty zabezpieczenia) - k. 767 polecenie przelewu.

W dniu 11.07.2013r. strony zawarły umowę o przejęcie długu (umowa przejęcia długu k. 662- 664). Niesporne było, iż wyczerpana została względem pozwanego procedura zgłoszenia roszczenia przez podwykonawcę i tryb wynikający z umowy o przejęcie długu.

### **3/ E.**

E. – B. C. (1) w dniu 10.12.2012r. zawarł ze stroną powodową pisemną umowę na wykonanie kanalizacji technicznej, oświetlenia, konwertorów, przyłączy elektrycznych itd. z terminem rozpoczęcia: 10.12.2012r. i terminem zakończenia: 15.02.2013r. (dowód: umowa k. 1407 – 1424 tom VII). Aneksem z dnia 13.05.2013r. strony rozszerzyły zakres robót, zwiększając łączną wartość umowy do kwoty 614.069,20zł netto. W aneksie tym ustaliły termin zakończenia robót objętych rozszerzonym zakresem na 24.05.2013r., przy ich rozpoczęciu: 13.05.2013r. (dowód: aneks k. 1425 tom VII) .Umowa o przejęciu długu została podpisana w dniu 10.12.2012r. (dowód: k. 668 – 669) oraz z dnia 9.08.2013r. (k. 673- 675). W dniu 22.04.2013r. E. wystawił fakturę nr (...) z tytułu wykonania prac z w/w umowy na kwotę 168.883,55zł, z czego kwota zabezpieczenia zgodnie z umową podwykonawczą stanowiła wysokość 63.221,90zł, z czego 70 % do zwrotu to kwota **44.255,33zł** z terminem płatności: 21.07.2013r. W dniu 19.07.2013r. E. wystawił na M. fakturę nr (...) na kwotę 101.210,55zł z czego kwota zatrzymanego zabezpieczenia stanowiła 12.308,61zł, z czego 70% do zwrotu do dnia 21.07.2013r. stanowiło kwotę **8.616,03zł**. Tych równowartości kwot z tytułu potrąceń 70 % wynagrodzenia powód nie dochodził ostatecznie w tym procesie, co wyjaśnił pismem procesowym z dnia 29.12.2015r. k. 1236 ( okoliczności niesporne ).

Podwykonawca ten podpisał drugą umowę ze stroną powodową w dniu 19.07.2013r. Przedmiotem jej było wykonanie instalacji elektrycznej niskoprądowej, gdzie rozpoczęcie prac strony ustaliły na 22.07.2013r., a termin zakończenia : 20.09.2013r. (dowód: umowa k. 1378 tom VII). Na podstawie tej umowy strony zawarły umowę o przejęciu długu w dniu 9.08.2013r. (dowód: k. 874 tom IV). Podwykonawca roboty do odbioru zgłosił z tej umowy w dniu **28.11.2013r.** (dowód: pismo z potwierdzeniem zakończenia umowy i zgłoszenia gotowości do odbioru k. 1495 tom VIII). Opóźnienie stanowiło więc okres 69 dni, niemniej powód naliczył firmie (...) z tytułu opóźnienia w terminie realizacji umowy karę umowną za 39 dni zważywszy, że termin umowny z mocy umowy podwykonawczej uległ przesunięciu z uwagi na przesłanie przez powoda rewizji do harmonogramu, co spowodowało **umowne przesunięcie terminu** wykonania robot do **19.10.2013r.** Tym samym opóźnienie za okres 20.10.2013- 28.11.2013r. (39 dni x 5.591,82zł ) dało łączną karę umowną w wysokości **218.080,98zł**. Storna powodowa wezwała E. w dniu 11.03.2014r. do zapłaty tej kary z terminem płatności 3 dni, dołączając stosowną notę (dowód: wezwanie wraz z notą i potwierdzeniem odbioru k. 1498

-1499). W dniu 23.04.2014r. złożyła firmie (...) oświadczenie o kompensacie (dowód: k. 1500) z fakturą firmy (...)/ (...) z dnia 28.01.2014r. opiewającą na kwotę 236.790,67zł

Pismem z dnia 28.11.2013r. strona powodowa poinformowała podwykonawcę o opóźnieniu w terminie wykonania prac i uprawnieniu do naliczenia z tego tytułu kar umownych, wzywając podwykonawcę do zwiększenia potencjału kadrowego i sprzętowego oraz tempa pracy, lecz nie były to rzeczywiste przyczyny opóźnienia (dowód: pismo k. 1502). Przyczyną opóźnień w wykonaniu prac był brak frontu robót, co spowodowało efekt tzw. domina ( opóźnienie poprzedniego podwykonawcy pociągało opóźnienia następnych ), front robót został przekazany po upływie terminu umownego, ponadto nie przygotowano kanałów pod okablowanie, co leżało w zakresie obowiązku umownego spółki (...), ale ta nie mogła ich na czas wykonać , bo nie było ścian, co uniemożliwiało położenie kabli przez E. w ciągach kanalizacyjnych, kabli wymalowania tynków, co uniemożliwiało wykonania tzw. białego montażu, brakowało koordynacji prac za strony gen. wykonawcy, wykonywanie przez innego podwykonawcę kanalizacji uniemożliwiało położenie w tym miejscu, prace zatem były wykonywane tam, gdzie się dało, a ilość załogi była dostosowana do aktualnego frontu robót. (dowód: zeznania św. T. O. k. 1747/2, I. M. k. 1935/2, S. K. k.1749, B. C. k. 1759/2 – (...)). Sąd nie dał wiary zeznaniom św. S. K., iż brak frontu robót został uwzględniony w przesunięciu okresu, za jaki powód naliczył podwykonawcy kary umowne za opóźnienie. Nie potwierdziły tego żadne inne środki dowodowe, sam powód w piśmie procesowym z dnia 29.12.2015r. tego nie twierdził, uzasadniając skrócenie okresu naliczenia kar z 68 dni na 39 jedynie tzw. rewizją projektu. Twierdzenia powoda, iż przyczyna naliczenia kar temu podwykonawcy było zbyt małe zaangażowanie osobowe pozostały gołosłowne nie tylko w świetle zeznań świadków słuchanych na tę okoliczność, ale też faktu, iż powód pismo w tym przedmiocie skierował do podwykonawcy już w okresie , gdy ten pozostawał w opóźnieniu, co oznacza, iż w rzeczywistości nie chodziło o ponaglenie w dochowaniu terminu poprzez wzmocnienie kadry pracowniczej, lecz zapewnienie sobie „dokumentu” dla uzasadnienia naliczenia kar umownych. Brak też stosownych wpisów kierownika budowy po stronie generalnego wykonawcy czy po stronie inspektora nadzoru o opóźnieniu, jego przyczynach czy ponagleniu podwykonawcy do zwiększenia tempa czy zaangażowania kadrowo – sprzętowego.

Podwykonawcą Firmy (...) była spółka (...) sp. z o.o. ( okoliczność niesporna ). Pismem z dnia 15.01.2014r. E. wyraził zgodę na płatność kwoty **329.317,15zł**, należnej jego podwykonawcy spółce (...), którą to kwotę M. zapłacił w dniu 15.01.2014r. (dowód: pismo k. 1505, zapłata k. 1507, Tom VIII). Powyższa zapłata została potrącona **z fakturą firmy (...)/ (...)** na kwotę **223.163,94zł**. Tym samym **do potrącenia** z dalszymi należnościami firmy (...) względem M. **pozostała kwota 106.153,21zł**. Pismem z dnia 19.03.2014r. (k. 1515) E. wyraża zgodę, by kwotą tą potrącić z jego należnością z faktury (...). Podsumowując rozliczenie potrąceń z tytułu kar umownych i zapłaty przez M. na rzecz podwykonawcy C. przedstawia się następująco:

-Należność firmy (...) **z faktury (...)** to kwota 739.237,23zł.:

- 23.04.2014r. powód potrąca z tej faktury tytułem kary umownej za opóźnienie 218.080,98zł

- 14.03.2014r. zapłata przelewem kwoty 392.836,41zł na rzecz E. (dowód: polecenie przelewu k. 1114)

- 24.04.2014r. – zapłata przelewem kwoty 18.709,69zł na rzecz E. (dowód: polecenie przelewu k. 1115)

- 19.03.2014r. – zapłata na rzecz podwykonawcy C. w dniu 15.01.2014r. kwoty 106.153,21zł (polecenie przelewu k. 1507) i oświadczenie o potrąceniu tej wierzytelności z należnością E. z fv nr (...)(k. 1515)

- 4.156,59zł - koszty polisy i zaplecza jako kwota zasadnie potrącona przez M., którą to kwotę E. uznał we własnym rozliczeniu, zalegającym na k. 1090 (t. VI)

- zapłata przez M. na rzecz podwykonawcy C. kwoty 124.863,25zł za zgodą Firmy (...), o czym wiedzę posiada pozwany (dowód: polecenie przelewu na rzecz C. k. 1117, e- mail S. N. do D. M. (1) ze skanem potwierdzenia przelewu k. 1509 -1511, oświadczenie E. z dnia 13.03.2014r., że zapłata tej kwoty do C. umarza wierzytelności z FV (...) – k. 1511 jako równoznaczne z oświadczeniem o potrąceniu, pismo M. do E. o zapłacie w/w kwoty do podwykonawcy C. k. 1118)

- 23.04.2014r. – zapłata przez powoda na rzecz E. kwoty 5.612,62zł tytułem faktury (...) (dowód: polecenie przelewu k. 1119).

O powyższych zapłatach i potrąceniach powód poinformował pozwanego pismem z dnia 25.04.2014r. (dowód: k. 1112). Tym samym oświadczenie E. o zapłatach i wzajemnych potrąceniach z daty 15.07.14r. skierowane do pozwanego celem wyczerpania procedury płatności przez inwestora do podwykonawcy nie było prawidłowe ( vide: pismo z dnia 15.07.14r. k. 1089 -1091 ). W dniu 15.07.2014r. E. skierował do pozwanego pismo o zaleganiu mu przez M. z zapłatą kwoty ( vide: pismo k. 1034-1035 ):

1. 93.218,08zł z tytułu FV nr (...)/2014 z terminem płatności: 9.03.2013r.
2. 130.475,87zł z FV nr (...)jako zwrot 70% zatrzymanej kaucji z terminem płatności: 7.03.2014r.
3. 44.255,33zł z FV nr (...) jako zwrot 70% kaucji z terminem płatności: 31.07.2013r.
4. 8.616,03zł z FV nr (...) jako zwrot 70% kaucji z terminem płatności : 21.07.2013r.

Pozwany w dniu 9.09.2014r. zapłacił łącznie na rzecz podwykonawcy E. kwotę 276.565,31zł za cztery w/w faktury. (dowód: zapłata k. 767 t. IV). Płatności tych dokonał zgodnie z akceptacją tej kwoty przez inżyniera kontraktu pismami z daty 29.08.14r. ( pismo k. 1121-1122 i k. 1124-1125). Powód w niniejszym procesie pozycje nr 3 i 4 uznał jako kwoty prawidłowo zapłacone przez pozwanego inwestora na rzecz podwykonawcy i nieobjęte niniejszym sporem(dowód: odpowiedź na sprzeciw k. 1239 tom VII).

Zatem do oceny sądu w tym procesie pozostała kwota 223.693,95 zł z poz. 1 i 2 , z czego kwota 218.080,98 zł to potrącona przez powoda z wynagrodzeniem E. kara umowna , a kwota 5.612,97 zł to reszta kwoty zapłaconej przez pozwanego na rzecz podwykonawcy. Jak wynika z ustaleń sądu kara umowna nie należała się powodowi, bowiem podwykonawca ten nie ponosił odpowiedzialności ze opóźnienie w przekroczeniu terminu umownego. Nienależnie zaś pozwany zapłacił resztę kwoty 5.612,67 zł, bowiem została ta kwota zapłacona przez powoda na rzecz E., o czym pozwany został powiadomiony wraz z dowodami zapłat i potrąceń oraz szczegółowym rozliczeniem przez powoda , jeszcze przed płatnością inwestora wykonaną na rzecz podwykonawcy.

#### **4/ (...) sp. z o.o.**

Odnosnie tej firmy powód dochodził swego wynagrodzenia jako równowartości potrąceń jedynie na kwotę 390.439,94zł (dowód: pismo procesowe powoda : 2324 tom XII)

W dniu 2.04.2013r. podwykonawca ten podpisał z powodem jako wykonawcą umowę o pokrycie dachu z kłapami, wykonanie obróbek blacharskich, elewacji z naświetleniami itd., gdzie elewacja miała być wykonana w okresie 13.05.-22.07.2013r., zaś dach w okresie 22.04.-.31.07.2013r. (dowód: umowa k. 1250 tom VII). Umowa o przejęciu długu została podpisana w dniu 8.05.2013r. (dowód: k. 679 -680). Aneksiem z dnia 29.07.2013r. strony rozszerzyły umowę o roboty dodatkowe na kwotę dodatkową do zapłaty: 150.000zł netto, zmieniając termin umowny na całość robót z obu umów na okres 29.04.-.31.08.2013r. Aneksiem z dnia 31.08.2013r. rozszerzyły zakres robót o kolejną kwotę 7.476zł netto, gdzie cała wartość umowy łącznie z aneksami została powiększoną do kwoty 3.672.476,99zł netto. Aneksiem tym zmieniono **termin końcowy** zakończenia wszystkich robót na datę **30.09.2013r.** (dowód: aneksy k. 1332 tom VII, 1338 i nast.). T. zakończenie prac i zgłoszenie do odbioru dokonał pismem z dnia **16.11.2013r.** (dowód: pismo k. 1462 tom VIII). Pismem z dnia 11.12.2013r. M. obciążyła T. karą umowną za opóźnienie w wykonaniu robót naliczoną w wysokości: 623.366,24zł za okres 1.10.2013- 15.11.2013r. (46 dni opóźnienia), ale zważywszy na maksymalną umowną wysokość kary umownej zastrzeżoną w umowie do 10% wynagrodzenia, karę tę ostatecznie naliczyła w nocie obciążeniowej na 451.714,67zł i wezwała do zapłaty w terminie 3 dni (dowód: pismo obciążeniowe k. 1464, zeznania św. D. S. k. 1761). Pismem bez daty (dowód: k. 1467) M. potrącił kwotę 452.384,86zł z tytułu w/w kary umownej oraz innych należności ( które nie były sporne ) z należnościami firmy (...) z tytułu wynagrodzenia objętego

FV nr (...)i FV nr (...)z dnia 20.01.2014r., łącznie opiewającymi na kwotę 452.384,86zł (dowód: kompensata k. 1467, zeznania św. D. S. o otrzymaniu przez T. powyższej kompensaty w marcu 2014r. k. 1761).

M. z dnia 28.09.2013r. oraz 2.10.2013r., 19.10.2013r. I. M. poinformował przedstawiciela T. p. P. S. o niewystarczającym składzie osobowym na budowie, zaś o braku całej ekipy w dniu 28.10.2013r. (dowód: maile k. 1469- 1475), na co podwykonawca reagował, na ile pozwalał aktualny front robót, dostosowując ilość ludzi do aktualnie możliwych do wykonania prac. Podwykonawca ten wstrzymał prace na okres 7 dni z uwagi na brak płatności wynagrodzenia od gen. wykonawcy ( dowód: pismo z dnia 11.12.13r. k. 1464, zezn. św. K. stępień k. 2130 ). W okresie od 06. do 09.2013r. z uwagi na brak konstrukcji T. nie miał możliwości prowadzić robót i dopiero w dniu 12.10. i 15.11 było możliwe zakończenie montażu konstrukcji przy bramach i montowanie obróbek blacharskich, ponadto do dnia 15.11.2013r. nie była osadzona konstrukcjach we wnękach na odpady, co uniemożliwiało zakończenie prac na tych obszarach, do dnia 12.12.2013r. nie było możliwości zakończenia montażu rur spustowych z powodu braku podejścia kanalizacji w płycie betonowej przed hangarem. Zaszła konieczność przeprojektowania instalacji odwodnienia dachu, dlatego przez okres kilku miesięcy nie można było kontynuować prac w tym rejonie, końcem października brakowało konstrukcji komina, zatem obudowa nastąpiła w listopadzie Przyczyną opóźnień był brak frontu robót: głównie nieterminowe wykonanie konstrukcji hali przez podwykonawcę (...) oraz wstrzymanie prac przez podwykonawcę na okres 7 dni. Aneksowanie terminu z uwagi na brak frontu robót zarówno przy rozpoczęciu jak i w trakcie prac nie było wystarczające. Potencjał kadrowo sprzętowy był wystarczający i dostosowany do aktualnego frontu robót. Podwykonawca na bieżąco informował wykonawcę o przeszkodach w prowadzeniu robót. (dowód: pismo T. z dnia 14.01.2014r. k. 1846- 1847, e- mail T. z 28.08., 20.08., 6.08. w zakresie braku frontu robot k. 1850-1852, pismo T. – kierownika robót K. S. z dnia 17.09.2013r. k. 1853, pismo powoda z dnia 18.11.2013r. o konieczności wymiany płyt elewacyjnych z uwagi na ich uszkodzenia mechaniczne podczas betonowania płyty k. 1856, mail z dnia 12.12.2013r. k. 1857 jako odpowiedź na wezwanie I. M. do wykonania odwodnienia dachu, zezn. św. D. S. k. 1760/2 – (...), sw. H. C. k. 1761/2, I. M. k. 1935/2 , św. K. R. k. 1939/2-1940 , św. Kierownika robót T. K. S. k. 2129-2131).

Sąd nie dał wiary treści pisma powoda z dnia 11.12.13r. o braku potencjału kadrowo sprzętowego przez cały okres umowy. Przeczą temu zeznania świadków, w tym I. M. kierownika robót po stronie powoda oraz S. K. dyrektora kontraktu po stronie powoda, jak też okoliczność, iż powyższe nie zostało odnotowane w dzienniku budowy ani przez gen. Wykonawcę, ani inspektora nadzoru, na co wskazywał biegły sądowy A. W. . Świadcowie tego podwykonawcy zgodnie natomiast z treścią bieżącej korespondencji na budowie zeznawali o konkretnych brakach frontu prac, będąc bezpośrednimi uczestnikami procesu budowlanego. Treść ich zeznań była zgodna z treścią w/ w pism, sporządzanych na bieżąco, a informujących powoda o aktualnych problemach na budowie. Tymczasem powód wzywał do przyspieszenia prac dopiero na etapie opóźnienia, co świadczy, iż nie była to rzeczywista przyczyna opóźnienia.

Pismem z dnia 3.04.2014r. (dowód: k. 1149) pozwany wezwał powoda do przedłożenia oświadczeń podwykonawców, że zwalniają inwestora z długu oraz o podanie tytułu potrąceń pod rygorem potrącenia kwoty roszczeń z wynagrodzeniem wykonawcy. Pismem z dnia 25.04.2014r. (dowód: k. 1146) firmy (...), (...) złożyły skargę do PL (...), iż przyczyną opóźnień w wykonaniu robot był brak harmonogramu prac, brak dokumentacji technicznej, zmiany w projektach i brak koordynacji prac po stronie wykonawcy. Ponieważ T. pismem z dnia 23.09.14r. oświadczył pozwanemu w ramach procedury przejęcia długu, że powód nie zapłacił mu wynagrodzenia w kwocie łącznie 451.714,67 ( dowód: pismo k. 1127 ), pozwany wezwał stronę powodową o przedłożenie dowodu zapłaty tej kwoty. (dowód: pismo z dnia 24.09.14r. k. 1130). W odpowiedzi pismem z dnia 1.10.2014r. powód poinformował stronę pozwaną, iż wszystkie należności zostały skompensowane i jest to równoważna forma zapłaty. Powyższą kompensatę potwierdził inżynier kontraktu wobec pozwanego, przy czym wskazał na konieczność zapłaty przez inwestora na rzecz podwykonawcy. Inżynier w zdaniu końcowym pozostawił w gestii zamawiającego decyzję odnośnie dokonywania płatności w ramach solidarnych płatności. (dowód: pisma powoda i inżyniera k. 1141, 1143). Po wyczerpaniu w/ w procedury zgłoszenia roszczenia pozwany dokonał płatności na rzecz T. w kwocie 451.714,67 zł w dniu 6.10.14r. ( dowód: polecenie przelewu k. 783 ).

Sąd nie dał wiary opinii biegłego sądowego J. H. zarówno pisemnej, jak i ustnej złożonej na rozprawie ( k. 2225-2231, 2279-2282, 2290-2291) powołanego na okoliczność przyczyn opóźnień. Biegły opinię swą miał wydać w oparciu o wiedzę specjalną; poprzez analizę wpisów do dziennika budowy, innych dokumentów technicznych, umów itp. zgromadzonych w sprawie miał ustalić, czy prace innych podwykonawców i ich ewentualne opóźnienia wpływały na tempo i możliwość rozpoczęcia i prowadzenia prac podwykonawców objętych niniejszym procesem. Tymczasem biegły takiej analizy dokumentów z wykorzystaniem wiedzy specjalnej nie przeprowadził, lecz postawił tezę, iż przyczyną opóźnienia był brak frontu robót, braki i zmiany dokumentacji projektowej oraz że „mogły” być to braki sprzętowo – kadrowe, wyłącznie na podstawie zeznań świadków i treści korespondencji stron w tym przedmiocie, dokonując w istocie oceny ich wiarygodności oraz ustaleń faktycznych na ich podstawie , zastępując sąd w tym przedmiocie. Na rozprawie biegły nie był w stanie w żaden sposób uzasadnić postawionych w swych opiniach pisemnych tez, powołał się jedynie na zeznania świadka T. O. jako dowód , iż wobec M. nie było frontu robót, która to teza pozostaje w sprzeczności z treścią pisemnej jego opinii, nadto z wpisem do dziennika budowy. Biegły nawet nie pamiętał, jako był zakres prac podwykonawców. Opinia tak pisemna, jak i ustana została wydana bez jakiegokolwiek uzasadnienia. Sąd dał wiarę tej opinii ustnej jedynie w zakresie, gdy biegły ten zgodnie zresztą z opinią kolejnego biegłego A. W. stwierdził, że nie da się na podstawie wpisów do dziennika budowy oraz innej dokumentacji z akt ustalić przyczyn opóźnień. Sąd dał wiarę obu opiniom biegłych sądowych, zbieżnych ze sobą, że zakres prac podwykonawcy (...) z umowy głównej zależał od wykonania prac z aneksu nr (...) do niej. Tezę tą można było bowiem wywieść poprzez analizę przedmiotu robót z obu umów wykorzystując wiedzę specjalną, którą to wiedzą sąd nie dysponował. Sąd nie dał wiary opinii biegłego sądowego A. W. na okoliczność ustalenia przez niego procenta przyczyn opóźnień, obciążających generalnego wykonawcę w 70%, zaś podwykonawców w 30%. Biegły w żaden logiczny sposób nie uzasadnił swej oceny, wskazując na rozprawie, iż jest to jego osobista subiektywna opinia. W szczególności sąd nie dał wiary temu biegłemu, gdy uzasadniał, że zawsze wykonawca jest w stanie i ma obowiązek na tyle zwiększyć zaangażowanie kadrowo-sprzętowe oraz wydłużyć czas pracy, by zminimalizować czy też dotrzymać terminu umownego. Taka teza oznacza bowiem, że w każdym wypadku opóźnienia umownego wykonania prac odpowiada za to wykonawca i prowadzi do konkluzji, że wykonawca odpowiada za opóźnienie niezależnie od przyczyny, bo każde opóźnienie wynika z braku wzmocnienia kadrowo-sprzętowego. W tym przedmiocie wiarygodna była opinia biegłego J. H., że nie da się na podstawie materiału dowodowego ustalić, że przyczyną opóźnienia było zbyt małe zaangażowanie kadrowo sprzętowe wykonawców. Powyższe jednak sąd ustalił na podst. zeznań świadków i treści korespondencji budowlanej między podwykonawcami i wykonawcą. Materiał dowodowy wykluczył, z wyjątkiem 7-dniowego nieuzasadnionego przestoju po stronie T., by podwykonawcy byli zbyt mało zaangażowani kadrowo – sprzętowo, przeciwnie: zaangażowanie to było dostosowane do aktualnego frontu robót, który to front robót uniemożliwił terminowe wykonanie prac podwykonawcom (...), E. i T. ( za wyjątkiem nieuprawnionego wstrzymania prac przez tego ostatniego na 7 dni ).

Sąd oddalił wniosek dowodowy powoda o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego 3. biegłego jako prowadzący wyłącznie do zwłoki w rozpoznaniu sprawy. Zważyć należy, iż w kolejnym zleceniu - dla biegłego A. W. sąd b. szczegółowo udzielił wytycznych, wg jakich kryteriów i metodologii biegły ma ustalić przyczyny opóźnień, tj. poprzez przeanalizowanie wpisów do dziennika budowy oraz w razie potrzeby dokumentacji projektowo – wykonawczej, łącznie ze zwróceniem się o nią do stron procesu ( vide: zlecenie k. 2305 ). W konkluzji, zresztą obydwaj biegli zgodnie podali, iż wpisy do dziennika budowy zawierają jedynie daty zgłoszenia niektórych prac jako zakończonych., brak wpisów o ich rozpoczęciu czy poszczególnych etapach, brak też wpisów odnośnie terminów udostępnienia frontów robót. Sąd oceniając wiarygodność zeznań świadków strony powodowej i pozwanej oraz wzajemnej korespondencji stron na etapie budowy na okoliczność, czy przyczyną opóźnień był brak frontu robót, czy zbyt małe zaangażowanie podwykonawców, miał na względzie opinię obu biegłych, iż wpisy do dziennika budowy miał uprawnienie i obowiązek wykonywać kierownik budowy po stronie powoda oraz inspektor nadzoru po stronie pozwanego, a nie mieli takich uprawnień podwykonawcy. Tymczasem zarówno od strony inwestora, jak i generalnego wykonawcy brak wpisów o ryzyku czy przekroczeniu terminu umownego oraz brak polecenia o konieczności wzmocnienia kadry czy sprzętu. Gdyby zatem przyczyna opóźnień leżała po stronie w/w podwykonawców, wpisy o zaleceniach czy takich opóźnieniach niewątpliwie znalazłyby się w dzienniku budowy jeszcze przed upływem terminów umownych wykonania prac przez podwykonawców. Monituje się bowiem o przyspieszenia prac czy wzmocnienie kadrowe na tyle wcześniej, by

termin umowy zakończenia prac został dochowany. Powyższe odnosi się także do generalnego wykonawcy, który takich monitów odpowiednio wcześniej nie stosował do podwykonawców. Sąd miał na względzie też to, iż noty obciążeniowe wraz z wezwaniami do zapłaty zostały wystawione w jednym czasie: w marcu 2014r. (wyjątek to T., gdzie nota z wezwaniem pochodzi z 11.12.13r., ale bez dowodu doręczenia i przy zeznaniach świadka D. S., że notę i potrącenie otrzymali w marcu 2014r. ), po spotkaniu z inwestorem w sprawie rozwiązania umowy i naliczenia przez inwestora generalnemu wykonawcy kary umownej za opóźnienie, co sugeruje, iż obciążenia podwykonawców karami umownymi za opóźnienie wynikało tylko z tego, że inwestor na spotkaniu w marcu 2014r. podtrzymał dotychczas naliczone generalnemu wykonawcy kary umowne, zatem chodziło o zrekompensowanie sobie tych kar karami przerzuconymi na podwykonawców. Sąd miał też na względzie, iż monity wykonawcy do podwykonawców o zbyt małe zaangażowanie osobowe i sprzętowe sporządzał dopiero po powstaniu opóźnień lub bezpośrednio na dzień lub 2 dni przed popadnięciem podwykonawcy w stan opóźnienia, co również powala na domniemanie faktyczne, iż wskazywane przez powoda przyczyny opóźnień nie były rzeczywiste, co z kolei uwiarygadnia zgodne zeznania świadków strony pozwanej, jak też częściowo św. powoda I. M.- kierownika budowy, iż przyczynami opóźnienia były: braki w dokumentacji projektowej, zmiany i rewizje w niej, dokonywane przez powoda, brak frontu robót ( tzw. efekt domina ) i należytej koordynacji prac podwykonawców przez generalnego wykonawcę, co obciąża stronę powodową.

### **Sąd zważył, co następuje:**

Niesporne było co do zasady i wysokości oraz terminu płatności wynagrodzenie za roboty budowlane, dochodzone pozwem. Sporne było, czy doszło do skutecznego wygaśnięcia tej wierzytelności z uwagi na zapłatę, a następnie potrącenie dokonane przez pozwanego jako inwestora na rzecz podwykonawców na podst. art.. 647<sup>1</sup> § 5 kc, przy czym pozwany oświadczając o potrąceniu w myśl kl.4.4 umowy powoływał się na przejęcie długu od strony powodowej jako wykonawcy z tytułu wynagrodzenia należnego od niego dla podwykonawców.

Zdaniem sądu umowa o przejęciu długu w części, w jakiej stanowiła o warunkach przejęcia długu i skutkach spełnienia tych warunków była nieważna w myśl art. 647<sup>1</sup> § 6 kc, bowiem wyłączała całkowicie obowiązek zapłaty wykonawcy względem podwykonawcy z tytułu łączącej ich umowy o roboty budowlane. Umowa o przejęciu długu skutkuje bowiem tym, że w miejsce wykonawcy jako zobowiązanego do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy wchodzi inwestor, co oczywiście osłabia pozycję podwykonawcy jako wierzyciela uprawnionego do zapłaty z mocy ustawy wobec zarówno wykonawcy z umowy, jak i inwestora. W razie dopuszczenia konstrukcji przejęcia długu od wykonawcy inwestor nabywałby cudzy dług , wchodząc w miejsce wykonawcy jako dłużnik z umowy podwykonawczej, co wykluczałoby nie tylko wykonawcę jako dłużnika wobec podwykonawcy, lecz także solidarną odpowiedzialność ustawową obu tych podmiotów względem podwykonawcy, co pozostając w sprzeczności z § 5 cyt przepisu czyni umowę o przejęciu długu nieważną. Tym samym pozostaje w mocy jako obowiązujący przepis 647<sup>1</sup> § 5 kc, na mocy którego pozwany dokonał zapłaty 4 podwykonawcom, objętym niniejszym sporem.

Sporne pozostawało w doktrynie, czy inwestor płaci cudzy czy własny dług na mocy 647<sup>1</sup> § 5 kc, co skutkowało zastosowaniem do tzw. roszczenia regresowego przepisu art. 518§ 1 pkt 1 kc ( tak w przypadku przyjęcia koncepcji cudzego długu ), czy też przepisu art. 376 § 1 kc ( tak w przypadku przyjęcia koncepcji długu własnego formalnego ex lege inwestora względem podwykonawcy ). Ostatecznie orzecznictwo SN opowiedziało się za tą drugą koncepcją, przyjmując jednak odpowiedzialność gwarancyjną inwestora za cudzy dług materialny ( tak SN V CSK 339/15, II CSK 15/16 ), przyjmując konsekwentnie nabycie z chwilą zapłaty przez inwestora roszczenia regresowego na mocy art. 376 § 1 kc ( SN V CKN 500/00 ) oraz prawo powoływania się jako dłużnika solidarnego na zarzut wygaśnięcia wierzytelności względem podwykonawcy z tytułu złożonego przez wykonawcę wobec podwykonawcy oświadczenia o potrąceniu ( tak SN II CSK 215/15 ). W konsekwencji przyjęcia odpowiedzialności regresowej z art. 376 § 1 zd. 1 kc jest stwierdzenia, iż jeżeli nic innego nie wynika z łączącego dłużników solidarnych stosunku prawnego ( umowy ), to roszczenie regresowe ogranicza się do zapłaty ustawowej połowy wysokości ( art. 376 § 1 zd. 2 kc ). W tym przypadku jednak strony umówiły się na regres w pełnej wysokości zapłaconego przez inwestora podwykonawcy wynagrodzenia, tak w umowie o przejęciu długu ( § 2. 4 tej umowy i w tej części umowa ta pozostaje ważna, jako stanowiąca umowę, w jakiej części regres pozwanemu przysługuje na mocy art. 376 § 1 zd. 2 kc ), jak i w umowie głównej ( kl. 4.4 ( h ) i ( i ) umowy ). Tym



samym pozwanym miał prawo potrącić wierzytelność z tytułu nabytego względem powoda roszczenia regresowego i to bez obowiązku uprzedniego wezwania powoda do jego zapłaty. Art. 455 kc w tym przypadku nie znajduje zastosowania, choć co do zasady odnośnie kary umownej jest to roszczenie bezterminowe w zakresie terminu płatności. Skoro bowiem strony w kl. 4.4 ustanowiły umowne prawo potrącenia wzajemnych z tego tytułu wierzytelności, to nie było wymogu ustawowego z art. 498 § 1 kc, by wierzytelność potrącającego była wymagalna. Strony dopuściły bowiem w w/w klauzuli umowne potrącenie jedynie wzajemnych względem siebie wierzytelności, bez obowiązku, by były one wymagalne.

Zważyć jednak należy, iż zanim doszło do złożenia przez pozwanego powodowi oświadczenia o potrąceniu, powód dokonał oświadczeń o potrąceniu swych wierzytelności wobec podwykonawców: z tytułu kar umownych oraz zapłaty wynagrodzenia wobec dalszego podwykonawcy C. z ich wierzytelnościami z tytułu wynagrodzenia, co miało spowodować wygaśnięcie roszczenia o wynagrodzenia podwykonawcy, tym samym brak nabycia przez inwestora mimo zapłaty bezpośredniej na rzecz podwykonawcy roszczenia regresowego. Roszczenie bowiem o wynagrodzenie dla podwykonawcy w razie skutecznego potrącenia wygasło zanim inwestor zapłacił podwykonawcy. Taki zarzut wygaśnięcia roszczenia o wynagrodzenie podniósł powód, powołując się na złożone podwykonawcom oświadczenia o potrąceniu z tytułu **kar umownych** za opóźnienie oraz zapłatę podwykonawcy i następnie potrącenie z tego tytułu.

Kary umowne względem podwykonawców zostały skutecznie zastrzeżone w umowach z podwykonawcami na podst. przepisu art. 484 § 1 kc: za opóźnienie w wykonaniu terminowym umowy. Kara umowna zastępuje roszczenie odszkodowawcze określone w przepisie art. 371 kc, a w przypadku kary umownej za opóźnienie, w przepisie art. 477 § 1 kc w zw. z art. 476 kc. Odpowiedzialność za opóźnienie oparta jest na domniemaniu zwłoki, co oznacza, iż wierzyciel, w tym wypadku powód udowadnia okres opóźnienia i wysokość naliczonej z tego tytułu kary umownej, zaś dłużnik, w tym wypadku pozwany, który miał nabyć z tytułu zapłaty podwykonawcom roszczenie regresowe jako dłużnik solidarny winien udowodnić okoliczności zwalniające podwykonawcę z odpowiedzialności za opóźnienie. Pozwany bowiem płacąc cudzy dług materialny, a swój dług formalny, istniejący z mocy ustawy, wchodzi w prawa zaspokojonego wierzyciela, tj. podwykonawcy, czyli ma prawo odnosić zarzuty przynależne temu podwykonawcy. Ponadto na etapie zgłaszania roszczeń przez podwykonawców do inwestora na mocy art. 375 § 1 kc w zw. art. 647<sup>1</sup> § 5 kc miał prawo odmówić zapłaty powołując się na zarzut wygaśnięcia wierzytelności z uwagi na złożone przez wykonawcę wobec podwykonawców oświadczenie o potrąceniu (zarzut wspólny dłużników solidarnych z uwagi na treść umowy podwykonawczej i gwarancyjną odpowiedzialność inwestora), skoro na etapie płatności wiedział, że takie oświadczenia o potrąceniu zostały złożone (o powyższym powód informował pozwanego w ramach uruchomionej przez pozwanego procedury przejęcia długu).

Jak wynika z ustaleń faktycznych powód udowodnił czas opóźnienia i zasadność naliczenia z tego tytułu kary umownej wobec podwykonawcy S. S. w pełnej wysokości: **13.480, 35 zł**, którą skutecznie potrącił, doprowadzając do wygaśnięcia wierzytelności tego podwykonawcy o wynagrodzenie w tej wysokości, przy czym pozwany nie udowodnił w myśl art. 6 kc w tym procesie, by opóźnienie było następstwem okoliczności, za które S. S. nie ponosi odpowiedzialności. Skoro wierzytelność podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia wygasła względem powoda jako wykonawcy, to tym samym wygasła odpowiedzialność pozwanego jako inwestora z art. 647<sup>1</sup> § 5 kc. W konsekwencji pozwany zapłacił nienależnie podwykonawcy (art. 410 § 2 kc), zatem nie stał się wierzycielem wzajemnym względem powoda, lecz przysługiwała by mu teoretycznie wierzytelność o zwrot zapłaconej kwoty do podwykonawcy jako jego dłużnika z tytułu nienależnego świadczenia, czego oczywiście sąd w tym procesie nie przesądza z uwagi, iż roszczenie to nie było przedmiotem żądania pozwu, a tym samym sądowej oceny faktycznej i prawnej.

Wg analogicznej zasady doszło do nienależnego świadczenia względem T. z tytułu skutecznego potrącenia przez powoda kary umownej za okres 7 dni opóźnienia wynikającego z przyczyn zależnych od podwykonawcy: przestój z powodu wstrzymania prac z uwagi na brak płatności nie stanowi przyczyny niezależnej od podwykonawcy, skoro podwykonawca ten (w tym procesie pozwany niejako go zastępujący) nie twierdził ani wykazał, że brak płatności wymagalnych należności przez generalnego wykonawcę uniemożliwiło mu prowadzenie prac budowlanych (brak

środków pieniężnych na kontynuację prac ). Zatem kara umowna za okres 7 dni nieuzasadnionego przepisami prawa wstrzymania prac wyniosła **94.860,08 zł.**: 623.366,24 zł ( wysokość kary umownej za 46 dni opóźnienia nie była w procesie tym sporna ) : 46 dni x 7 dni. W pozostałym zakresie opóźnienia pozwany wykazał, iż było ono spowodowane okolicznościami, za które nie odpowiadał ten podwykonawca, lecz strona powodowa, co sąd ustalił w ustaleniach faktycznych.

Odnośnie E. nie doszło do skutecznego potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej za opóźnienie, skoro opóźnienia nie było , a jeśli nawet go przyjąć, nie odpowiadał za nie podwykonawca, lecz generalny wykonawca. Przedmiotem sporu była również kwestia, czy powód zasadnie potrącił kwotę 5.166 zł jako 30 % zabezpieczenia z tytułu należytego wykonania umowy na podst. 7. 1.2 A umowy z wynagrodzenia podwykonawcy ( k. 1444 ). Zdaniem sądu powód nie miał do tego podstaw prawnych. Po pierwsze prawo potrącenia strony przewidziały jedynie w przypadku niedostarczenia lub nie utrzymania gwarancji bankowej , nie zaś w przypadku określonym w 7.2 umowy, tj. gdy doszło do rozszerzenia kwoty zabezpieczenia z uwagi na wzrost wynagrodzenia umownego, co rodziło obowiązek uzyskania zwiększenia wartości gwarancji bankowej. Brak bowiem stosownego odesłania w zapisach 7.2 umowy do 7.1.2 A umowy ( wykładnia systemowa ), po drugie podwykonawca dostarczył rozszerzoną gwarancję bankową ( stosowny aneks , co nie było sporne między stronami procesu ) łącznie z fv , z której to faktury powód potrącił kwotę zabezpieczenia. Termin dostarczenia rozszerzonej gwarancji bankowej z pkt 7.2 umowy, w przeciwieństwie do terminu 20 dni na dostarczenie gwarancji z pkt 7.1 umowy, strony umówiły jako najpóźniejszy: 30 dni przed wygaśnięciem zabezpieczenia. Powód nie wyjaśnił i wskazał, kiedy miało wygasnąć zabezpieczenie, a mając na względzie zapis sz.w.u., iż planowana data obowiązywania zabezpieczenia 30 % to 15.11.2016r.zatem podwykonawca niewątpliwie przed upływem terminu 30 dni do wygaśnięcia zabezpieczenia dostarczył rozszerzoną gwarancję bankową: w dniu 20.01.2014r. , po trzecie powód miał prawo potrącić, czyli zatrzymać 10 % wynagrodzenia z bieżącej fv podwykonawcy tylko wtedy, gdy na datę otrzymania tej fv nie dostałby od E. rozszerzonej gwarancji bankowej, nawet gdyby gwarancja ta została przedłożona po terminie umownym 20 dni od podpisania rozszerzonego zakresu prac i zwiększenia z tego tytułu wynagrodzenia. Strony bowiem w umowie przewidziały tylko jeden ze sposobów zabezpieczenia : gwarancja bankowa , a w przypadku braku dostarczenia potrącenie 10% z wynagrodzenia bieżącego. Nie miał zatem prawa powód potrącić przed otrzymaniem fv, bo nie było co potrącać, nie miał też prawa potrącić z chwilą otrzymania fv, bowiem razem z nią otrzymał aneks do gwarancji bankowej , a prawo potrącenia zostało zastrzeżone tylko w braku dostarczenia , a nie w przypadku opóźnionego dostarczenia, gdy to dostarczenie nastąpiło w dacie równoważnej z możliwością potrącenia z wynagrodzenia podwykonawcy. Brak akceptacji przez wykonawcę zabezpieczenia ( pkt 7.1.1. ust. 2 umowy k. 14444 ) nie stanowił o niedostarczeniu gwarancji, skoro powód nie wskazał i nie wykazał żadnych okoliczności uzasadniających brak akceptacji aneksu do gwarancji bankowej ( np. że nie spełniała warunków zabezpieczenia należytego wykonania rozszerzonej o dodatkowe wynagrodzenie umowy ). Tym samym pozwany zasadnie zapłacił wynagrodzenie podwykonawcy (...), z którym powód pozostawał w opóźnieniu w zapłacie, skoro bezskutecznie powód potrącił z tytułu nienależnej mu kary umownej oraz bezzasadnie potrącił kwotę zabezpieczenia , objętą przez powoda niniejszym procesem 5.166 zł. W konsekwencji doszło do umorzenia wierzytelności powoda względem pozwanego z tytułu potrącenia wzajemnych wierzytelności: roszczenia regresowego, jaki pozwany uzyskał płacąc zasadnie podwykonawcy wynagrodzenie, którego bezpodstawnie nie zapłacił wykonawca z wynagrodzeniem dochodzonym w pozwie odpowiadającym kwocie potrącenia.

Analogicznie ocena prawna oświadczenia o potrąceniu wierzytelności pozwanego z tytułu nabytego roszczenia regresowego z wierzytelnością powoda o wynagrodzenie przedstawia się wobec podwykonawcy E., gdy chodzi o kary umowne za opóźnienie. Pozwany wykazał w tym procesie, iż kara umowna za opóźnienie tego podwykonawcy wynikała z okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialności, co sąd uzasadnił w ustaleniach faktycznych. Tym samym pozwany dokonując zapłaty podwykonawcy należnego mu, istniejącego wynagrodzenia, nabył roszczenie regresowe i skutecznie je potrącił oświadczeniem o potrąceniu, złożonym dwukrotnie: przedprocesowo oraz w toku procesu. Dodać w tym miejscu należy, iż oświadczenie o potrąceniu nie było kwestionowane przez powoda w zakresie, czy złożyły je oraz otrzymały je osoby uprawnione do reprezentacji stron ( od strony czynnej i biernej), nie ulega wątpliwości, iż oświadczenie o potrąceniu złożone jako kolejne , już

w toku procesu, takie wymogi spełnia, a na mocy art.499 kc wywołuje moc wsteczną, tj. m.in. w zakresie żądania przez powoda odsetek za opóźnienie. Natomiast powód zapłacił czy to poprzez bezpośrednią zapłatę, czy to skuteczne potrącenie wobec podwykonawcy E. z tytułu skutecznego nabycia roszczenia regresowego na podst. 647<sup>1</sup> § 5 kc, które nabył do podwykonawcy w chwilą zapłaty na rzecz dalszego podwykonawcy : C.. W tym zakresie wierzytelność z tytułu wynagrodzenia E. wygasła w dacie dokonanych przez powoda zapłat i potrąceń, co skutkowało, iż pozwany zapłacił nienależnie : nadpłata odnosiła się do kwoty 5.612, 62 zł. Pozwany zapłacił w sumie 276.565,31 zł, z czego zasadnie: kwotę 218.080,98 zł jako niezasadnie potrąconą przez powoda karę umowną za opóźnienie oraz kwoty 44.255,33 zł i 8.616,03 zł, które powód uznał w procesie jako należne podwykonawcy a zatrzymane tytułem gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania robót , zaś reszta 5612, 97 zł to pozostałość rozliczenia wynagrodzenia między podwykonawcą o wykonawcą: zasadnie pozwany zapłacił z tej kwoty 0,35 zł, a nienależnie kwotę **5612,62 zł**, którą jako resztę należnego podwykonawcy wynagrodzenia zapłacił powód w dniu 23.04.2014r.

Ponadto powodowi należą się skapitalizowane odsetki ustawowe za opóźnienie w zapłacie powodom reszty wynagrodzenia w wysokości 648.441,68 zł za okres : 4.10.14r. – 6.10.14r. ( w tej dacie pozwany zgodnie z umową stron zapłacił dług składając polecenie przelewu ), co dało kwotę odsetek **461,90 zł**.

**Suma w/w kwot** nieskutecznie potrąconych przez pozwanego z uwagi na nieprzysługujące mu roszczenie regresowe względem powoda z art. 376 § 1 kc z uwagi na skuteczne wcześniejsze wygaśnięcia wierzytelności podwykonawców do wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia: 13.480,35 zł + 94.860.08 zł+5.612,62 zł oraz skapitalizowane odsetki 461,90 dała łącznie kwotę **114.414,95 zł** , z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia na podst. art. 481 kc od kwoty tego wynagrodzenia: 113.953, 05 zł.

O kosztach procesu sąd orzekł na podst. art. 108 kpc w zw. z art. 100 kpc, stosunkowo je rozdzielając. Powód wygrał w 15 %, a mając na względzie poniesione koszty : 7.217 zł, tj. minimalne wynagrodzenie z opłatą skarbową dla 1 pełnomocnika reprezentującego obu pozwanych i składającego jedne pisma procesowe i podejmując jednakową obronę ( powodowie to konsorcjanci ), 38.514 zł opłata od pozwu i wydatki łącznie 6.868,89 zł , dało to kwotę 7.784,93 zł. Koszty pozwanego to: 7.217 zł jako wynagrodzenie minimalne 1 pełnomocnika z opłatą skarbową i wydatki 1081,52 zł, co przy uwzględnieniu procenta wygranej 85 % dało kwotę 7.070,34 zł. Kompensata w/w kwot dała należne powodom koszty **714,59 zł**.

Odnośnie interwenienta ubocznego dla niego **w.p.s.** była kwota **95.407,34 zł**, a nie cała kwota dochodzona pozwem, bowiem jego interes prawny ograniczył się tylko do tej części wynagrodzenia, które odpowiadało jego wynagrodzeniu zapłaconemu przez pozwanego i następnie potrąconemu do wysokości potrącenia z wynagrodzeniem dochodzonym pozwem ( pismo proc. powoda k. 2400 , tj. kwota 90.241,34 zł z tytułu kary umownej i 5.166 zł z tytułu zatrzymanej kwoty gwarancji ), dlatego opłata za interwencję od w.p.s. 95.407,34 zł winna wynosić 955 zł, a wynagrodzenie z opłatą skarbową 3617 zł. Sąd uznał za zasadne zasądzenie na rzecz interwenienta kosztów procesu od powodów w całości na podst. art. 107 zd. 3 kpc, zważywszy, iż interwenient ten wygrał w całości swój zakres procesu, a zawodowy pełnomocnik reprezentujący interwenienta brał aktywny udział przez cały czas trwania 2-letniego procesu, zarówno na rozprawach, jak i w pismach procesowych, łącznie ze skutecznie składanymi wnioskami dowodowymi, która to aktywność doprowadziła do wyniku korzystnego dla pozwanego, tj. strony, do której interwenient przystąpił. Innymi słowy obrona podjęta przez interwenienta była konieczna i celowa, co uzasadniało przyznanie mu kosztów procesu. Nadpłatę opłaty od interwencji oraz nadpłatę wydatków sąd zwrócił na podst. art. 80.1 i 84.1 Ustawy o kosztach sądowych...