

Sygn. akt XII C 1116 / 18 (poprzednio I C 265 / 18)

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 grudnia 2019 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu XII Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: **Sędzia SO Krzysztof Rudnicki**

Protokolant: **Piotr Józwik**

po rozpoznaniu w dniu 08.11.2019 r.

we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. Ł. (1)**

przeciwko **Gminie K.**

z udziałem **P. (...) S.A. w restrukturyzacji w B.** jako interwenienta ubocznego po stronie pozwanej

o zapłatę 495 036, 09 zł

I. oddała powództwo;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanej **10 800 zł** kosztów procesu;

III. oddała wniosek interwenienta ubocznego o zasądzenie od powoda kosztów procesu;

IV. obciąża Skarb Państwa niepokrytymi kosztami sądowymi.

UZASADNIENIE

Powód A. Ł. (1) wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy K. 495.036,09 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 15.03.2017 r. oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że pozwana jest inwestorem „Przebudowy i rozbudowy Szkoły Podstawowej w S. wraz z wprowadzeniem funkcji przedszkolnej w systemie niskoenergetycznym wraz z infrastrukturą techniczną”. Wykonawcą inwestycji była spółka (...) S.A. w B., działająca na podstawie umowy zawartej z Gminą w dniu 29.04.2016 r., nr (...). Spółka ta w procesie budowlanym pełniła rolę generalnego wykonawcy (GW). Powód zawarł z w/w spółką umowę o roboty budowlane w dniu 12.05.2016 r., która pierwotnie ustalała mniejszy zakres robót, podwyższamy kolejnymi aneksami do wartości i zakresu obejmującego całość inwestycji. Znamienne zdaniem powoda jest to, że spółka zgłosiła inwestorowi pierwotną umowę zawartą w ramach wykonywanej przez niego działalności gospodarczej oraz aneks nr (...), pomijając aneks nr (...), który został podpisany w okresie, gdy GW wykazywał już jednoznaczne problemy z płynnością finansową. W związku z odstąpieniem od umowy przez inwestora nie doszło do realizacji robót objętych aneksem nr (...). Skoro pozwana zaakceptowała umowę zawartą pomiędzy GW a wykonawcą robót, to w świetle art. 647⁽¹⁾ kc w brzmieniu z daty jej zawarcia, stała się solidarnie odpowiedzialna za realizację zobowiązań

względem powoda, a przede wszystkim płatności na jego rzecz wynagrodzenia. Zdaniem powoda, istnienie solidarnej odpowiedzialności znalazło odzwierciedlenie w ugodzie, którą w dniu 16.05.2017 r. pozwana podpisała ze spółką (...). W ocenie powoda GW od początku borykał się z problemami płatniczymi, dysponując faktycznie jedynie środkami pochodzącymi z płatności otrzymywanych od inwestora. Płatności realizował z opóźnieniem i jedynie częściowo. Z pierwszej faktury powód otrzymał kwotę symboliczną rzędu 2.000 zł, pozostała kwota została potrącona jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy w całości.

Powód podał, że do dnia 08.08.2016 r. wystawił GW faktury na łączną kwotę 564.496,55 zł. Każda z dotychczas wystawionych faktur (5 sztuk) posiadała 30-dniowy termin płatności, przy czym do dnia 08.09.2016 r. faktury były realizowane przez GW dość terminowo. Na ten dzień saldo zadłużenia wyniosło tylko 47.882,99 zł, przy czym od tego czasu wskazuje na tendencję rosnącą. Powód zarzucił, że nadal wystawia na rzecz spółki faktury, które których wartość odzwierciedla wartość miesięcznego przerobu, kształtując się na poziomie około 600.000 zł w okresie od września do listopada 2016 r. GW realizuje płatności w kwotach niższych niż faktury, nieregularnie, co skutkuje powstaniem na koniec grudnia 2016 r. salda zobowiązań w wysokości 303.412,46 zł, które po wystawieniu przez powoda faktury dnia 03.01.2017 r. wzrosło do wartości 503.466,12 zł. Dalej powód zwrócił uwagę, że od lipca 2016 r. miesięczny przerób na budowie kształtował się na podobnym poziomie – średnio około 600.000 zł, a zmniejszył dopiero w grudniu 2016 r., czego przyczyną były warunki pogodowe, okres świąteczny oraz brak płatności ze strony GW. Skutkiem takiego sposobu prowadzenia inwestycji przez GW było ostatecznie odstąpienie przez inwestora od umowy z GW dnia 18.01.2017 r. Podstawową przyczyną odstąpienia od umowy były opóźnienia w jej realizacji, które sprawiły, że zachowanie końcowego terminu wykonania umowy było niemożliwe. Nadto inwestor stwierdził, że GW nie współpracuje z pozostałymi podmiotami procesu budowlanego, nie bierze udziału w naradach na budowie i nie realizuje poleceń wynikających z tych narad. GW w korespondencji kierowanej do inwestora podnosił, iż oświadczenie o odstąpieniu od umowy było bezskuteczne, w związku z tym nie zachodziły przesłanki do zastosowania art. 635 kc. Ostatecznie roboty budowlane zostały wstrzymane, a pozwana wraz z powodem przystąpili do inwentaryzacji robót budowlanych, ponieważ GW nie przekazywał inwestorowi placu budowy i nie uczestniczył w czynnościach inwentaryzacyjnych, konsekwentnie negując oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Dnia 26.01.2017 r. została sporządzona inwentaryzacja robót. Stwierdzono zaawansowanie inwestycji na 18,25 %, co dało wartość 3.374.096,71 zł. Wielkości te zostały uznane przez strony procesu. Powód podniósł, że dnia 19.01.2017 r. (...) S.A. skierował do niego oświadczenie o odstąpieniu od umowy, przerzucając na powoda wszystkie zarzuty poniesione wobec GW przez pozwaną, a nadto obarczając go odpowiedzialnością za czynności, które nie wywoływały zgodnie z umową ani skutków w postaci odstąpienia od umowy ani kar umownych. Powód zarzucił, że GW wcześniej nie występował do niego o przyspieszenie lub zintensyfikowanie robót budowlanych. Nie prowadził również korespondencji na temat niewłaściwego wykonania prac budowlanych, czy też nienależycie wykonywanych obowiązków wynikających z umowy. Pismem z dnia 23.01.2017 r. powód stwierdził brak podstawy prawnej działania GW i tym nieskuteczność oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy. Kilkakrotnie występował do pozwanej jako inwestora z żądaniem dokonania rozliczenia jego wynagrodzenia w ramach odpowiedzialności solidarnej. Skutkiem tego jest dokonanie rozliczenia w taki sposób, jak to wynika z ugody zawartej w dniu 16.05.2017 r. pomiędzy GW a inwestorem. Powód wskazał, że uznaje jako bezspornie należną mu kwotę wynagrodzenia w wysokości 495.036,09 zł wskazaną w ugodzie i tego roszczenia dochodzi pozwem, uważając potrącenia dokonane przez (...) z tytułu kar umownych i odszkodowania za bezzasadne. Nie zachodziły podstawy do obciążania go tak karą umowną za odstąpienie od umowy, gdyż nie zawinił odstąpieniu, jak i odszkodowaniem, albowiem dokonał zgłoszenia podwykonawców przez fakty konkludentne.

W odpowiedzi na pozew pozwana Gmina K. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

Pozwana przyznała fakt zawarcia przez powoda umowy o podwykonawstwo z liderem konsorcjum – firmą (...) S.A., a także fakt zaakceptowania jej przez inwestora. Potwierdziła, że główna część robót wykonywana była przez powoda i to on uczestniczył w radach budowy, a także zatrudnił dalszych podwykonawców, którym powierzane było wykonawstwo poszczególnych rodzajów prac. Również powód uczestniczył w inwentaryzacji, która została sporządzona po odstąpieniu przez Gminę od umowy z GW, co z kolei miało miejsce w dniu 18.01.2018 r.

Przyczyną odstąpienia od umowy były opóźnienia w realizacji procesu inwestycyjnego, które powodowały, że nie było możliwe wykonanie zadania w czasie umówionym. W związku z powyższym GW odstąpił od umowy zawartej z powodem. Po dokończeniu inwentaryzacji prac w związku z licznymi zgłoszeniami roszczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców pozwana podjęła czynności zmierzające do zawarcia z GW ugody celem rozliczenia wynagrodzeń podwykonawców i dalszych podwykonawców w ramach odpowiedzialności solidarnej. Przyczyną zawarcia ugody nie był sporny charakter roszczenia, lecz ryzyka finansowe wynikające z ewentualnych procesów o zapłatę wynagrodzeń należnych. Sama umowa łącząca ją z GW przewidywała – zgodnie z wymaganiami wynikającymi z ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych – możliwość dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom i dalszym podwykonawcom i potrącenia odpowiednich kwot z wynagrodzenia należnego GW. Wobec jednak faktu, że w procesie inwestycyjnym GW faktycznie nie wykonywał robót, lecz posługiwał się odpowiednio wykonawcami, sam będąc faktycznie jedynie podmiotem finansującym prace, ilość roszczeń podwykonawców była bardzo duża, stąd ze względu na interesy wszystkich stron celowe było ugodowe rozliczenie wszystkich zgłoszonych roszczeń. Ugodę zawarto dnia 10.05.2017 r., regulując jej postanowieniami zarówno kwestię rozliczenia wynagrodzenia należnego GW, jak i wynagrodzeń należnych podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Warunkiem wejścia w życie ugody było wniesienie przez GW zabezpieczenia na poczet konieczności zaspokojenia roszczeń powoda, w związku z obciążeniem jego karami umownymi przez GW. Zabezpieczenie to nie było wynikiem wątpliwości po stronie pozwanej, lecz wyrazem daleko posuniętej ostrożności w związku z jednoznacznym stanowiskiem powoda, który kwestionował zasadność naliczenia i potrącenia kar, kierując swoje roszczenie przeciwko pozwanej. Ponieważ znaczna część roszczeń objętych ugodą stanowiła roszczenia dalszych podwykonawców zatrudnionych przez powoda – wartości w/w roszczeń były bezpośrednio z nim konsultowane, który sam potwierdza w pozwie, iż wyraził zgodę na dokonanie potrąceń w łącznej kwocie 695.045,60 zł tytułem zaspokojenia przez Gminę roszczeń. Pozwana zarzuciła, że wbrew twierdzeniom powoda postanowienia ugody nie potwierdzają uznania jego roszczeń. Po zakończeniu procesu inwestycyjnego pozwana dokonała inwentaryzacji robót na terenie budowy oraz weryfikacji roszczeń o zapłatę wynagrodzeń należnych poszczególnym uczestnikom procesu inwestycyjnego. Ustalono wielkość wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania robót GW, jak również podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Warunkiem bowiem zapłaty wynagrodzenia należnego GW było wykazanie, że ten zaspokoił roszczenia podwykonawców i dalszych podwykonawców. Mechanizm ten wynikający z pzp pozwala na uniknięcie sytuacji, w której inwestor za część wykonanych prac płaci podwójnie, tzn. reguluje wynagrodzenie GW, a następnie – w wyniku podnoszonych roszczeń w ramach odpowiedzialności solidarnej – ponosi koszty tych samych robót po raz drugi – dokonując zapłaty na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców. Aby uniknąć takiej sytuacji, ustawodawca wprowadził do obowiązków wprowadzania zapisów dotyczących konieczności wykazania przez wykonawcę zaspokojenia roszczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców, pod rygorem dokonania bezpośredniej zapłaty należnego im wynagrodzenia przez inwestora i potrącenia z należności wykonawcy. W świetle powyższego zdaniem pozwanej nie budzi wątpliwości, że podstawowym warunkiem dokonania rozliczenia w sposób przewidziany umową i przepisami ustawy, było ustalenie wartości roszczeń GW, podwykonawców i dalszych podwykonawców, co znalazło odzwierciedlenie w umowie. GW wyraził zgodę na dokonanie zapłaty przez inwestora i potrącenie z należnego mu wynagrodzenia kwot wskazanych w ugodzie. Kwoty te w znacznej części stanowiły równowartość wynagrodzeń należnych dalszym podwykonawcom zatrudnionym przez powoda. Pozwana podniosła, że jedyną wartością, w odniesieniu do której GW nie był w stanie wykazać płatności na rzecz podwykonawcy oraz nie wyraził zgody na dokonanie bezpośredniej zapłaty przez inwestora była większa część roszczenia o zapłatę kar umownych, które zostały potrącone przez (...) S.A. z wynagrodzenia należnego powodowi za wykonanie robót budowlanych. Pozwana podniosła, że przedmiotem ugody jest rozliczenie wynagrodzenia GW. Pozostałe roszczenia wzajemne GW do powoda nie są jej przedmiotem i nie mogły podlegać rozliczeniu w ramach tej ugody. Dodała, że zamawiający nie jest stroną umowy zawartej przez powoda z GW, zaś powód nie jest stroną umowy łączącej Inwestora z GW.

W ocenie pozwanej istotą sporu jest charakter roszczenia powoda. Odpowiedzialność solidarna inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę na zasadzie art. 647¹ kc ma charakter gwarancyjny. Inwestor nie staje się jednak stroną umowy o roboty budowlane. Umowa podwykonawcza ma nadal charakter umowy wzajemnej i – niezależnie od odpowiedzialności solidarnej inwestora za zapłatę wynagrodzenia

za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę – pozostają skuteczne pozostałe roszczenia wzajemne stron wynikające z tej umowy, których wartość podlega potrąceniu z roszczeniem podwykonawcy o zapłatę należnego mu wynagrodzenia. Pozwana podała przy tym, że GW przedstawił inwestorowi dokumenty potwierdzające dokonanie potrącenia z należnego podwykonawcy wynagrodzenia kwot odpowiadający wartości naliczonych mu kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy oraz kwot potrąconych tytułem zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązań umownych. Potrącenia te wpłynęły na całkowitą wartość roszczenia powoda do rozliczenia inwestorowi. Na skutek dokonanych potrąceń roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy zostało zaspokojone w całości. W ocenie pozwanej uwzględnienie żądanie powoda prowadzi do obejścia prawa i wyłączenia instytucji kar z umowy podwykonawczej, niezależnie od istnienia podstaw do ich naliczenia.

Postanowieniem z dnia 04.09.2018 r. Sąd zawiadomił o toczącym się procesie i wezwał do udziału w sprawie konsorcjum firm: P. (...) S.A. w B. oraz (...) sp. z o.o. w J..

W piśmie procesowym z dnia 16.11.2018 r. (k. 239-240) interwenient uboczny (...) S.A. w B. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz zwrotu kosztów sądowych, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

W piśmie procesowym z dnia 27.02.2019 r. (k. 292-295) interwenient uboczny podzielił argumentację zawartą w odpowiedzi na pozew, wskazał jednak, że bezpośrednią przyczyną odstąpienia od umowy z powodem był fakt zajęcia jego majątku, narażenia GW na straty w związku z nieujawnieniem podwykonawców oraz przekazywania nieprawdziwych informacji. Nadto zarzucił, że część opóźnień na budowie wynikała nie tylko z oczywistej winy powoda, ale także pozwanej.

Sąd ustalił w sprawie następujący stan faktyczny.

Od dnia 02.02.2015 r. powód A. Ł. (1) prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Z. (...) w S..

/ dowód: informacja z CEiDG – k. 16 /

Na początku 2016 r. Gmina K. ogłosiła przetarg na realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą „Przebudowa i rozbudowa Szkoły Podstawowej w S. z wprowadzeniem funkcji przedszkolnej w systemie niskoenergetycznym wraz z infrastrukturą techniczną”.

/ dowód: zeznania świadka M. R. – e-protokół z dnia 07.05.2019 r. 00:01:48-

00:44:39 k. 356-360 /

W dniu 29.04.2019 r. pozwana Gmina K., reprezentowana przez burmistrza A. K. (1) przy kontrasygnacie skarbnika M. W. – jako inwestor oraz konsorcjum, w którego skład wchodził: lider konsorcjum Przedsiębiorstwo (...) S.A. w B. i partner konsorcjum (...) sp. z o.o. w J. – jako wykonawca zawarł umowę nr (...) o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie budynku szkoły podstawowej w S. z wprowadzeniem funkcji przedszkolnej w systemie niskoenergetycznym wraz z infrastrukturą techniczną w zakresie opisanym w dokumentacji projektowej oraz specyfikacjach technicznych wykonania i obioru robót budowlanych, stanowiących opis przedmiotu zamówienia, jako integralnych części specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 1 ust. 1).

Integralną częścią umowy były: dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych.

Roboty budowlane miały zostać wykonane w następujący sposób (§ 1 ust. 2, § 2 ust. 1):

- etap I – budowa nowej części obiektu (do 30.06.2017 r.),

- etap II – remont (modernizacja) istniejącego budynku szkoły (do 30.06.2018 r.),
- etap III – budowa części sportowej (do 30.06.2018 r.).

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie w wysokości **18.490.000,01 zł** brutto płatne zgodnie z tabelą elementów scalonych, stanowiącą załącznik nr 1 do umowy z zastrzeżeniem, że (§ 4 ust. 1 i 2).:

- w 2016 r. mogły zostać rozliczone roboty w kwocie maksymalnie 30 % wynagrodzenia brutto,
- w 2017 r. wykonawca miał rozliczyć roboty w kwocie maksymalnie 45 % brutto wynagrodzenia,
- w 2018 r. Wykonawca miał rozliczyć pozostałą kwotę wynagrodzenia brutto.

Wykonawca ponosił pełną odpowiedzialność wobec zamawiającego za prace, które wykonywał przy pomocy podwykonawców, odpowiadając za ich działania i za zaniechania, jak za własne. Wykonawca był zobowiązany powiadomić zamawiającego o faktycznym powierzeniu realizacji części przedmiotu umowy podwykonawcy, wskazując nazwę i adres podwykonawcy, dane kontaktowe, a także wartość zadania jemu powierzonego (§ 5 ust. 1).

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem były roboty budowlane, był obowiązany do przedłożenia zamawiającemu projektu umowy, a także jej zmiany, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca był obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy (§ 5 ust. 2).

Terminy zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie mógł być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej (§ 5 ust. 3).

Rozliczanie robót odbywało się fakturami częściowymi, wystawianymi nie częściej niż raz w miesiącu za zakończone elementy robót określone w tabeli elementów scalonych, stanowiącej załącznik do umowy, oraz fakturą końcową wystawioną po zakończeniu i odbiorze całości robót (§ 6 ust. 1).

/ dowód: dokumenty potwierdzające umocowanie do działania w imieniu Gminy K.

– k. 75-76; umowa o roboty budowlane nr (...) z dnia 29.04.2016 r. wraz z

tabelą elementów scalonych, kartą gwarancyjną i wykazem prac – k. 184-185; zeznania

świadka M. R. – e-protokół z dnia 07.05.2019 r. 00:01:48-00:44:39 /

W dniu 12.05.2016 r. P. (...) S.A. w B. jako wykonawca oraz A. Ł. (1) prowadzący Z. (...) jako podwykonawca zawarli umowę o roboty budowlane nr (...).

Podwykonawca zobowiązał się wykonać zgodnie z dokumentacją projektową dla zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa i rozbudowa szkoły podstawowej w S. z wprowadzeniem funkcji przedszkolnej w systemie niskoenergetycznym wraz z infrastrukturą techniczną wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie” wraz ze wszystkimi towarzyszącymi niezbędnymi do wykonania:

- roboty ziemne,
- roboty fundamentowe oraz prace towarzyszące, takie jak: wycinka drzew, organizacja placu budowy, wykonanie przyłączy energetycznych, kanalizacyjnych i wodnych, dostawa i montaż wraz z podłączaniem kontenerów zaplecza budowy, zapewnienie obsługi geodezyjnej, zapewnienie obsługi geologicznej, wykonanie inwentaryzacji budynku

starej szkoły przed przystąpieniem do prac i przekazanie zamawiającemu w formie papierowej do dnia 16.05.2016 r. (§ 1 ust. 1).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określała załączona do umowy dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (§ 1 ust. 2).

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie w formie ryczałtu na kwotę 487.804,88 zł netto wraz z należnym podatkiem VAT (§ 2 ust. 1 i 2).

Podwykonawca zobowiązał się wykonać całkowity zakres robót w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.07.2016 r. (§ 3 ust. 1).

Wykonawca mógł odstąpić od umowy w przypadku zagrożenia terminów wykonania w terminie 60 dni od daty wystąpienia zdarzenia (§ 3 ust. 2).

Podwykonawca nie mógł zlecać robót objętych zamówieniem dalszym podwykonawcom bez uprzedniej zgody wykonawcy oraz zamawiającego, udzielonej na piśmie pod rygorem nieważności (§ 4 ust. 2).

Rozliczenie robót miało nastąpić fakturami częściowymi, w odstępach nie krótszych niż 1 miesiąc oraz fakturą końcową, z tym, że wartość faktury końcowej, wystawionej po podpisaniu bezusterkowego protokołu odbioru końcowego zadania nie mogła być mniejsza niż 10 % kwoty ogólnej brutto zamówienia (§ 8 ust. 1).

Rozliczenie robót miał nastąpić fakturą końcową, wystawioną po podpisaniu bezusterkowego protokołu odbioru końcowego, przelewem na konto podwykonawcy, w terminie 30 dni od daty przedstawienia faktury z wymaganymi załącznikami (§ 8 ust. 2).

Wykonawca miał prawo potrącić kary umowne z należnego podwykonawcy wynagrodzenia bądź z zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 8 ust. 5).

Podwykonawca miał zapłacić wykonawcy kary umowne (§ 10 ust. 1):

- za niedotrzymanie terminu rozpoczęcia i zakończenia prac – w wysokości 0,1 % wartości umowy brutto za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy,
- za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy w stosunku do terminów pośrednich – w wysokości 0,1 % wartości umowy brutto za każdy dzień opóźnienia, za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy,
- za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorach lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,1 % wartości umowy brutto za każdy dzień opóźnienia, liczony od upływu terminy wyznaczonego na usunięcie wad,
- za wykonanie robót przez dalszych podwykonawców bez zgody wykonawcy i zamawiającego – w wysokości 10 % wartości brutto wynagrodzenia dalszego podwykonawcy,
- za nieuprzątnięcie placu budowy – w wysokości 3.000 zł,
- za niedopełnienie obowiązków w zakresie gospodarowania odpadami – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto.

Podwykonawca był zobowiązany zapłacić wykonawcy karę za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi podwykonawca, w wysokości 10 % wartości umowy brutto (§ 10 ust. 2).

Wykonanie robót przy pomocy dalszych podwykonawców wymagało zgodnie z art. 647¹ kc zgody wykonawcy oraz zamawiającego na zawarcie umowy przez podwykonawcę z dalszymi podwykonawcami, lub przez dalszych podwykonawców z kolejnymi; termin zapłaty wynagrodzenia wszystkich dalszych podwykonawców przewidziany

w umowach o dalsze podwykonawstwo nie mógł być dłuższy niż 30 dni od doręczenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury/rachunku potwierdzającego wykonanie zleconej kolejnemu podwykonawcy roboty budowlanej (§ 12 ust. 1).

Podwykonawca lub dalszy podwykonawca był zobowiązany przedłożyć wykonawcy projekt umowy o dalsze podwykonawstwo, a także projekt zmiany tej umowy oraz poświadczoną za zgodność z kopią zawartej umowy o dalsze podwykonawstwo, której przedmiotem były roboty budowlane i jej zmiany w terminie 7 dni od daty jej zawarcia, przy czym dalszy podwykonawca był obowiązany dołączyć zgodę podwykonawcy na zawarcie umowy o dalsze podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy; wszelkie zmiany do zawieranych z dalszymi podwykonawcami wymagały zgody wykonawcy oraz zamawiającego (§ 12 ust. 2).

Podwykonawca lub każdy kolejny dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane, usługi, zobowiązani byli przedłożyć wykonawcy poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy o dalsze podwykonawstwo, której przedmiotem były dostawy lub usługi w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o dalsze podwykonawstwo o wartości nie mniejszej niż 0,5 % wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz o dalsze podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w SIWZ, jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi; wyłączenie to nie dotyczyło umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50.000 zł (§ 12 ust. 3).

Wykonawca lub zamawiający mieli prawo w terminie 14 zgłosić zastrzeżenia do umowy o dalsze podwykonawstwo, której przedmiotem były roboty budowlane i do projektu jej zmian lub sprzeciw do umowy o podwykonawstwo, i do jej zmian, co oznaczało brak zgody na zawarcie umowy z dalszym podwykonawcą, gdy podwykonawca nie uwzględnił zastrzeżeń (§ 12 ust. 4).

Brak w terminie 14 zastrzeżeń lub sprzeciwu wykonawcy lub zamawiającego na piśmie był traktowany jako zgoda na zawarcie umowy przez podwykonawcę z dalszymi podwykonawcami i powstanie solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podwykonawcy na mocy art. 647¹ kc, jeżeli świadczenie dalszego podwykonawcy zostało należycie i terminowo wykonane (§ 12 ust. 5).

Wykonawca mógł dokonać bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez wykonawcę i zamawiającego umowę o podwykonawstwo w przypadku uchylania się od obowiązku zapłaty przez podwykonawcę (§ 12 ust. 6).

Zobowiązania wykonawcy wobec podwykonawcy i dalszych, w tym kolejnych podwykonawców, nie mogły przekroczyć wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości wskazanej w § 3 ust. 2 umowy (§ 12 ust. 7).

W przypadku braku zapłaty wynagrodzenia dalszemu, w tym kolejnym dalszym podwykonawcom, wykonawca miał prawo naliczyć kary umowne podwykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia należnego danemu dalszemu, w tym kolejnemu, podwykonawcy i potrącić te kary z wynagrodzenia podwykonawcy (§ 12 ust. 8).

W przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy, w tym kolejnemu dalszemu podwykonawcy, wykonawca miał prawo naliczyć kary umowne podwykonawcy w wysokości 0,1 % wynagrodzenia należnego danemu dalszemu, w tym kolejnemu dalszemu, podwykonawcy za każdy dzień zwłoki (§ 12 ust. 9).

W przypadku nieprzedłożenia wykonawcy do zaakceptowania projektu umowy o dalsze podwykonawstwo, w tym kolejne dalsze podwykonawstwo, której przedmiotem były roboty budowlane, wykonawca miało prawo naliczyć podwykonawcy kary umowne w wysokości 2 % wynagrodzenia należnego danemu dalszemu, w tym kolejnemu dalszemu, podwykonawcy i potrącić te kary z wynagrodzenia podwykonawcy (§ 12 ust. 10).

W przypadku nieprzedłożenia przez podwykonawcę poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o dalsze podwykonawstwo lub jej zmiany, w tym kolejne dalsze podwykonawstwo, wykonawca miało prawo naliczyć podwykonawcy kary umowne w wysokości 2 % wynagrodzenia należnego danemu dalszemu, w tym kolejnemu dalszemu podwykonawcy i potrącić te kary z wynagrodzenia podwykonawcy (§ 12 ust. 11).

W przypadku braku zmiany umowy o każde dalsze podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty wykonawca miało prawo naliczyć podwykonawcy kary umowne w wysokości 2 % wynagrodzenia należnego danemu dalszemu, w tym kolejnemu dalszemu podwykonawcy i potrącić te kary z wynagrodzenia podwykonawcy (§ 12 ust. 12).

Wykonawca mógł odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o odstąpieniu lub rozwiązaniu umowy zawartej przez zamawiającego z wykonawcą; w takim przypadku podwykonawca mógł żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy (§ 16 ust. 1).

Wykonawca mógł odstąpić od umowy również, gdy (§ 16 ust. 2):

- została ogłoszona upadłość lub rozwiązanie firmy podwykonawcy,
- został wydany nakaz zajęcia majątku podwykonawcy,
- podwykonawca nie rozpoczął robót bez uzasadnionych przyczyn oraz nie kontynuował ich pomimo wezwania przez wykonawcę złożonego na piśmie,
- termin wykonania lub zakończenia robót był zagrożony,
- w innych przypadkach określonych w KC,

każdorazowo w terminie 60 dni od powzięcia wiedzy o zaistnieniu ww. podstaw do odstąpienia od umowy.

/ dowód: umowa o roboty budowlane nr (...) z dnia 12.05.2016 r. – k. 77-86 /

Powód rozpoczął prace budowlane jeszcze przed podpisaniem umowy z generalnym wykonawcą.

/ dowód: zeznania świadka K. R. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:44:03-01:19:59 /

W dniu 12.09.2016 r. P. (...) S.A. w B. oraz A. Ł. (1) zawarli aneks nr (...) do umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia 12.05.2016 r., którym zmienili zapisy § 1 ust. 1, § 2 ust. 2 i § 3 ust. 1 tej umowy.

Powód zobowiązał się wykonać zgodnie z dokumentacją projektową, sztuką budowlaną oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym i tabelą elementów scalonych zadanie inwestycyjne będące przedmiotem umowy wraz ze wszystkimi towarzyszącymi robotami niezbędnymi do wykonania zadania za kwotę 5.858.735,48 zł brutto w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15.06.2018 r.

/ dowód: aneks nr (...) z dnia 12.09.2016 r. do umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia

12.05.2016 r. wraz z załącznikami – k. 87-91; zeznania świadków: P. Ł. –

e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:12:18-00:44:02, A. K. (2) – e-protokół z dnia

20.08.2019 r. 00:01:15-00:35:35; zeznania powoda A. Ł. (1) – e-protokół

z dnia 20.08.2019 r. 00:35:36-01:39:00 /

Wcześniej – w dniu 12.08.2016 r. – P. (...) S.A. w B. oraz A. Ł. (1) zawarli aneks nr (...) do umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia 12.05.2016 r., którym zmienili zapisy § 1 ust. 1, § 2 ust. 1, § 3 ust. 1 umowy.

Powód zobowiązał się wykonać zgodnie z dokumentacją projektową, sztuką budowlaną oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym i tabelą elementów scalonych zadanie inwestycyjne będące przedmiotem umowy wraz ze wszystkimi towarzyszącymi robotami niezbędnymi do wykonania za kwotę 11.336.964,53 zł w nieprzekraczalnym terminie do dnia 15.07.2018 r.

/ dowód: aneks nr (...) z dnia 12.08.2016 r. do umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia

12.05.2016 r. wraz z załącznikami – k. 34-43 akt sprawy (...); zeznania

świadków: P. Ł. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:12:18-00:44:02,

A. K. (2) – e-protokół z dnia 20.08.2019 r. 00:01:15-00:35:35; zeznania powoda

A. Ł. (1) – e-protokół z dnia 20.08.2019 r. 00:35:36-01:39:00 /

Na podstawie zawartych umów zadanie publiczne na rzecz Gminy K. jako inwestora realizował (...) S.A. w B. jako generalny wykonawca, przy czym prace wykonywał faktycznie powód jako podwykonawca, korzystając z usług dalszych podwykonawców (np. dostawców betonu). Rola GW ograniczała się w istocie do prowadzenia rozliczeń z inwestorem.

Według przyjętych reguł wypłata wynagrodzenia dla GW była uzależniona od uprzedniego rozliczenia się GW z podwykonawcą, zaś dla niego – od uregulowania płatności wobec dalszych podwykonawców. W praktyce odbywało się to w ten sposób, że odbiór poszczególnych prac stwierdzał kierownik budowy w obecności powoda lub jego przedstawicieli, a następnie strony sporządzały protokół odbioru wykonanych robót (częściowy). Na tej podstawie były dokonywane rozliczenia: powoda z dalszymi podwykonawcami, generalnego wykonawcy z powodem jako podwykonawcą i ostatecznie inwestora z generalnym wykonawcą. Podstawą tych rozliczeń były również oświadczenia: „Wykonawcy o zapłacie na rzecz podwykonawców lub dalszych Podwykonawców”, „Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy o otrzymaniu od Wykonawcy wynagrodzenia”.

W relacji pomiędzy generalnym wykonawcą a powodem jako podwykonawcą zgodnie z postanowieniami zawartej umowy rozliczenie robót następowało na podstawie faktury częściowej, wystawionej po uprzednim podpisaniu bezusterkowego protokołu odbioru końcowego zadania umowy.

/ dowód: zeznania świadków: A. Ł. (2) – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:01:53-

00:13:17, P. Ł. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:12:18-00:44:02,

K. R. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:44:03-01:19:59; zeznania

powoda A. Ł. (1) – e-protokół z dnia 20.08.2019 r. 00:35:36-01:39:00 /

W okresie współpracy, w przeważającej mierze generalny wykonawca realizował płatności z faktur ratalnie.

Rozliczenia pomiędzy powodem a generalnym wykonawcą przedstawiały się następująco:

W dniu 10.06.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 1.851,49 zł netto, **tj. 2.277,33 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 1 z dnia 10.06.2016 r.

Należność z w/w faktury (...) S.A zapłacił w dniu 11.07.2016 r., pomniejszoną o kwotę 227,73 zł z tytułu kaucji dobrego i terminowego wykonania umowy i zapłacił ostatecznie **2.049,60 zł**.

/ dowód: faktura nr (...) – k. 394; potwierdzenie wykonania przelewu – k. 249, 407; protokół

wykonania zakończonych elementów robót nr (...) – k. 428-435, 452-459;

oświadczenie – k. 449 /

W dniu 30.06.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 199.289,30 zł netto, **245.125,84 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 2 z dnia 31.06.2016 r.

W dniu 14.09.2016 r. powód wystawił fakturę korygującą nr (...) w związku ze zmianą protokołu odbioru cz. robót z dnia 30.06.2016 r. Po korekcie wartość faktury wyniosła **80.000,00 zł** brutto.

Należność z w/w faktury (...) S.A zapłacił częściowo, tj.:

- w dniu 21.07.2016 r. – 80.000,00 zł,

- w dniu 22.07.2016 r. – 70.000,00 zł,

- w dniu 25.08.2016 r. – 50.000,00 zł,

tj. łącznie **200.000,00 zł**.

/ dowód: faktura nr (...) k. – 395; protokół częściowy odbioru wykonanych robót nr (...) k. –

396 i 444; potwierdzenie wykonania przelewów – k. 250-251, 253, 408-411; faktura

korygująca nr (...) – k. 421; faktura nr (...) po korekcie – k. 443; oświadczenie powoda

z dnia 07.08.2016 r. – k. 450 /

W dniu 01.07.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 56.910,57 zł netto, **70.000,00 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 3 z dnia 30.06.2016 r.

/ dowód: faktura nr (...) – k. 397; protokół częściowy odbioru wykonanych robót nr (...) – k.

398; oświadczenie – k. 450 /

W dniu 31.07.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 77.337,99 zł netto, **95.125,72 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 4 z dnia 31.07.2016 r.

W dniu 14.09.2016 r. powód wystawił fakturę korygującą nr (...) w związku ze zmianą protokołu odbioru cz. robót z dnia 31.07.2016 r. Po korekcie wartość faktury wyniosła **0,00 zł**.

/ dowód: faktura korygująca – k. 422 /

W dniu 31.07.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 257.799,59 zł netto, **317.093,50 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 5 z dnia 31.07.2016 r.

W dniu 14.09.2016 r. powód wystawił fakturę korygującą nr (...) w związku ze zmianą protokołu odbioru cz. robót z dnia 31.07.2016 r. Po korekcie wartość faktury wyniosła **0,00 zł**.

/ dowód: faktura nr (...) – k. 405; protokół częściowy odbioru wykonanych robót nr (...) – k.

406; faktura korygująca nr (...) – k. 420 /

W dniu 31.07.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 77.337,99 zł netto,

95.125,72 zł brutto na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 4 z dnia 31.07.2016 r.

/ dowód: faktura nr (...) – k. 403; protokół częściowy odbioru wykonanych robót nr (...) – k.

404 /

W dniu 05.08.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 53.036,97 zł netto, **65.235,48 zł** brutto na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 4 z dnia 31.07.2016 r.

/ dowód: faktura nr (...) – k. 399; protokół częściowy odbioru wykonanych robót nr (...) – k.

400 /

W dniu 08.08.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 282.100,60 zł netto, **346.983,74 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 5 z dnia 08.08.2016 r.

/ dowód: faktura nr (...) – k. 401; protokół częściowy odbioru wykonanych robót nr (...) – k.

402; potwierdzenie wykonania przelewu – k. 474; pismo z dnia 04.11.2016 r. – k. 483 /

W dniu 11.08.2016 r. powód otrzymał od GW zaliczkę w wysokości **50.000 zł** na kontynuowanie robót inwestycyjnych.

/ dowód: oświadczenie – k. 438; potwierdzenie wykonania przelewu – k. 252 i 439 /

W dniu 13.09.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 524 758, 81 zł netto, **645.453,34 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 6 z dnia 13.09.2016 r.

Należność z w/w faktury (...) S.A zapłacił w dniach:

- 26.09.2016 r. kwotę 49.000,00 zł

- 05.10.2016 r. kwotę 300.000,00 zł,

- 13.10.2016 r. kwotę 30.000,00 zł,

- 18.10.2016 r. kwotę 201.680,25 zł,

tj. łącznie **580.680,25 zł.**

/ dowód: faktura nr (...) – k. 417; protokół częściowy odbioru wykonanych robót nr (...) – k.

418; oświadczenie – k. 472; potwierdzenie wykonania przelewu – k. 259-263, 474-477 /

Za faktury nr (...) S.A zapłacił:

- w dniu 01.09.2016 r. – 122.159,01 zł,

- w dniu 02.09.2016 r. – 33.830,23 zł,

- w dniu 07.09.2016 r. – 50.000,00 zł,

- w dniu 08.09.2016 r. – 2.124,94 zł,

- w dniu 19.09.2016 r. – 48.110,88 zł,

tj. łącznie **256.225,06 zł.**

/ dowód: potwierdzenie wykonania przelewu – k. 254-258, 412-415, 419; oświadczenie – k. 416 /

W dniu 18.09.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 482.532,79 zł netto, **593.515,33 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 7 z dnia 18.10.2016 r.

Należność z w/w faktury (...) S.A zapłacił:

- w dniu 15.11.2016 r. – 250.000 zł,

- w dniu 02.12.2016 r. – 9.749,52 zł,

tj. łącznie **259.749,52 zł**.

/ dowód: faktura nr (...) – k. 505; protokół częściowy odbioru wykonanych robót nr (...) – k.

506-507; potwierdzenie wykonania przelewu – k. 264-265, 508, 511; zawiadomienie,

oświadczenie o kompensacie – k. 509-510 /

W okresie od 10.06.2015 r. do 18.09.2016 r. powód wystawił faktury na łączną kwotę **1.803.465,22 zł**.

Generalny Wykonawca potrącił łącznie kwotę **180.346,51 zł** tytułem kaucji – zabezpieczenia.

/ dowód: zestawienie faktur i płatności – k. 423, 512 /

Pismem z dnia 24.08.2016 r. skierowanym bezpośrednio do inwestora (...) sp.j. zwróciła się o zapłatę długu powoda w kwocie 131.560,98 zł.

Pismem z dnia 01.09.2016 r. powód poinformował GW, że dokonał płatności z przeterminowanych faktur dla podwykonawcy w związku z dostarczeniem materiałów na budowę; dzięki tym płatnościom firma (...) odblokowała dostawy betonu, co pozwoli na dokończenie przewidzianych harmonogramem prace i zafakturowanie ich w najbliższym czasie.

/ dowód: pismo z dnia 24.08.2016 r. – k. 327-328; pismo z dnia 01.09.2016 r. – k. 110-111 /

W dniu 18.10.2016 r. powód złożył oświadczenie, w którym wskazał, że nie posiada wymagalnych zobowiązań na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców.

W dniu 06.12.2016 r. powód złożył oświadczenie o analogicznej treści.

Jednocześnie w dniu 06.12.2016 r. GW zapłacił na rzecz dalszego podwykonawcy robót –

G. (...) 22.956,94 zł w związku z zawiadomieniem o cesji.

/ dowód: oświadczenie z dnia 18.10.2016 r. – k. 480; faktura nr (...) – k. 481;

oświadczenie – k. 482, 484, 496-498, 502-504; faktura nr (...) – k. 499;

potwierdzenia wykonania przelewów – k. 268, 500-501; zeznania świadka K.

Z. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 01:20:17-02:09:41 /

Jeszcze w dniach 15.-16.11.2016 r. powód zrealizował należności na rzecz dalszych podwykonawców, tj. (...) sp. z o.o. oraz B. sp.j. J. K., Z. K..

/ dowód: korespondencja, potwierdzenia wykonania przelewów – k. 100-109 /

W dniu 22.11.2016 r. powód wystawił GW fakturę nr (...) na kwotę 427.879,92 zł netto, **526.292,31 zł** brutto, na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 8 z dnia 18.10.2016 r.

Należność wynikającą z w/w faktury generalny wykonawca zapłacił częściowo:

- w dniu 23.12.2016 r. – 50.000 zł,

- w dniu 02.12.2016 r. – 10.250,48 zł,

- w dniu 07.12.2016 r. – 50.000 zł,

- w dniu 30.12.2016 r. – 60.000 zł,

tj. łącznie w/w okresie **170.250,48 zł**.

/ dowód: faktura nr (...) kopia – k. 48, 536; potwierdzenia wykonania przelewów – k. 50 -53,

266-267, 269-270, 540-543; protokół częściowy odbioru wykonanych robót – k. 538-539;

oświadczenie o kompensacie – k. 544 /

Na podstawie protokołu odbioru częściowego nr 9 z dnia 30.12.2016 r. powód wystawił fakturę nr (...) na kwotę 180.716,94 zł netto, **222.281,84 zł** brutto, z datą 03.01.2016 r.

/ dowód: faktura nr (...) – k. 49 /

Wypłaty należności dla generalnego wykonawcy poprzedzone były procesem weryfikacji merytorycznej i finansowej, w szczególności w zakresie płatności dokonanych na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców. W razie stwierdzenia nieścisłości Gmina każdorazowo wzywała wykonawcę do uzupełnienia braków. Realizacja należności następowała po przedłożeniu następujących dokumentów:

- kopii faktury wystawionej wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z poświadczeniem wykonawcy o zgodności kopii z oryginałem) odpowiednio przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę za wykonane przez niego roboty,

- kopii przelewu bankowego lub innego dokumentu świadczącego o dokonaniu zapłaty wynagrodzenia (wraz z poświadczeniem wykonawcy o zgodności kopii z oryginałem) odpowiednio podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy,

- oryginału oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy o otrzymaniu od wykonawcy wynagrodzenia za wskazany na fakturze zakres robót.

/ dowód: zeznania świadka K. Z. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 01:20:17-

02:09:41 /

Rozliczenia pomiędzy inwestorem a generalnym wykonawcą przedstawiały się następująco:

W dniu 07.08.2016 r. inwestor zapłacił na rzecz GW należność w kwocie **606.985,57 zł** wynikającą z faktury (...) z dnia 13.09.2016 r., za roboty budowlane wykonane w okresie od 16.05.2016 r. do 07.08.2016 r.

/ dowód: potwierdzenie przelewu – k. 426; faktura VAT (...) – k. 427; protokół

wykonania zakończonych elementów robót – k. 428-435; oświadczenia wykonawcy o

zapłacie na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców – k. 436-438 /

W dniu 04.10.2016 r. inwestor zapłacił na rzecz GW należność w kwocie **694.035,86 zł** wynikającą z faktury (...) z dnia 13.09.2016 r., za roboty budowlane wymienione w protokole wykonania zakończonych elementów robót nr (...)

/ dowód: potwierdzenie przelewu – k. 382; faktura (...) – k. 383; protokół

wykonania zakończonych elementów robót nr (...) – k. 384-391; oświadczenie – k. 392;

pismo z dnia 26.09.2016 – k. 424; odpis dokumentu księgowego – k. 425 /

W dniu 14.11.2016 r. inwestor zapłacił na rzecz GW należność w kwocie **638.188,53 zł** wynikającą z faktury (...) z dnia 18.10.2016 r., za roboty budowlane wymienione w protokole wykonania zakończonych elementów robót nr (...).

/ dowód: potwierdzenie wykonania przelewu – k. 460-461; faktura (...) – k. 462;

protokół wykonania zakończonych elementów robót nr (...) – k. 384-391; oświadczenie

– k. 463; protokół wykonania zakończonych elementów robót – k. 464-471 /

W dniu 03.12.2016 r. generalny wykonawca wystawił inwestorowi fakturę VAT nr (...) na kwotę **239.012,73 zł**.

Pismem z dnia 11.01.2017 r. pozwana wezwała GW do dołączenia brakujących dokumentów

potwierdzających rozliczenie należności ze wszystkimi podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami.

/ dowód: faktura VAT nr (...) – k. 526; pismo z dnia 11.01.2017 r. – k. 547; dokument

księgowy – k. 558 /

Na przełomie 2016/2017 r. okazało się, że nie wszyscy podwykonawcy zostali zgłoszeni zamawiającemu do akceptacji.

W piśmie z dnia 16.01.2017 r. zamawiający zwrócił GW uwagę, że do dnia sporządzenia tego pisma nie zostały przedłożone wszystkie dokumenty potwierdzające dokonanie płatności na rzecz podwykonawców, dlatego wezwanie do zapłaty w odniesieniu do wierzytelności przeterminowanej oraz fakt naliczania odsetek ustawowych są bezpodstawne.

Inwestor poinformował GW o obciążeniu go karami z tytułu nieprzedłożenia kopii umów o podwykonawstwo, które miały zostać potrącone z należnego GW wynagrodzenia, tj. odpowiednio:

- 369.800 zł – w związku z brakiem akceptacji podwykonawcy R. (...),

- 369.800 zł – w związku z brakiem akceptacji podwykonawcy S. (...) sp.j.,

- 6.748,80 zł – w związku z brakiem akceptacji podwykonawcy (...).

/ dowód: pisma z dnia 06.12.2016 r. – k. 331, 334-335; pismo z dnia 12.12.2016 r. – k. 332; pismo

z dnia 22.12.2016 r. – k. 333; pismo z dnia 16.01.2017 r. – k. 523; zeznania świadka

K. Z. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 01:20:17-02:09:41 /

W dniu 19.01.2017 r. inwestor zapłacił na rzecz GW należność w wysokości **565.905,71 zł** wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 23.11.2016 r.

/ dowód: potwierdzenie wykonania przelewu – k. 486; faktura VAT nr (...) – k. 487;

protokół wykonania zakończonych elementów robót – k. 488-495; pismo z dnia

02.12.2016 r. – k. 513-522; dokument księgowy – k. 524 /

Celem omówienia aktualnego i planowanego postępu prac miały miejsce spotkania, tzw. rady budowy. Ponadto przebieg prac budowlanych był utrwalany w dzienniku budowy. Co do zasady w spotkaniach z inwestorem uczestniczył powód lub jego przedstawiciele, z kolei osoby z ramienia generalnego wykonawcy, w tym kierownik budowy, rzadko brały udział w tego typu spotkaniach.

Mniej więcej po upływie trzech miesięcy od początku realizacji inwestycji zaczęło pojawiać

się opóźnienie w realizacji budowy. Stopień zaawansowania prac w stosunku do harmonogramu wskazywał, że termin końcowy inwestycji jest niemożliwy do zrealizowania. Częściowo na stan rzeczy miały wpływ warunki atmosferyczne, niskie temperatury, opady śniegu.

Inwestor wielokrotnie wzywał GW do wdrożenia planu naprawczego, wskazując na sankcje w postaci kary umownej w wysokości uregulowanej w umowie.

Harmonogram przyspieszenia robót w/w inwestycji GW przedstawił w piśmie z dnia 02.12.2016 r., jednak inwestor stwierdził, że zaproponowany przebieg prac nie przedstawia wprost ich przyspieszenia w stosunku do harmonogramu rzeczowo-finansowego wprowadzonego aneksem nr (...) z dnia 05.08.2016 r.

/ dowód: dziennik budowy – k. 196-226; pismo z dnia 31.05.2016 r. – k. 319; pismo z dnia

23.08.2016 r. – k. 320; pismo z dnia 22.08.2016 r. – k. 321; pismo z dnia 30.09.2016 r. –

k. 322; pismo z dnia 26.09.2016 r. – k. 324; pismo z dnia 19.10.2016 r. – k. 96 i 324;

pismo z dnia 06.12.2016 r. – k. 97; pismo z dnia 02.12.2016 r. – k. 309; pismo z dnia

21.12.2016 r. – k. 325; zeznania świadków: K. Z. – e-protokół z dnia

20.11.2018 r. 01:20:17-02:09:41, M. R. – e-protokół z dnia 07.05.2019 r.

00:01:48-00:44:39 /

W dniu 17.01.2017 r. odbyła się rada budowy nr (...), w której uczestniczyli przede wszystkim przedstawiciele inwestora. Ze strony lidera konsorcjum nie pojawił się nikt. Przedstawiono sprawozdanie z realizacji prac budowlanych. Inspektor nadzoru zwrócił uwagę, że na dzień 17.01.2017 r. opóźnienie wynosi 10 tygodni, co wynikało m.in. z faktu, że podwykonawca (powód) nie mógł prowadzić dalszych robót z powodu braku płatności.

W związku z brakiem postępu prac na budowie powodujących opóźnienie w realizacji zamówienia, którego rozmiar uniemożliwił zakończenia realizacji zadania w terminie, pismem z dnia 17.01.2017 r. Gmina K. złożyła oświadczenie o odstąpieniu – na podstawie art. 635 kc – od umowy nr (...) z dnia 29.04.2016 r. W oświadczeniu o odstąpieniu wskazała, że opóźnienie w realizacji zamówienia w stosunku do harmonogramu

wynosi ponad 10 tygodni, a zatem nie jest możliwe ukończenie zadania w terminie.

W odpowiedzi na oświadczenie pismem z dnia 19.01.2017 r. generalny wykonawca wskazał, że nie uznaje skuteczności odstąpienia od umowy. Nadmieniał, że zakończenie robót jest nie tylko prawdopodobne w rozumieniu art. 635 kc, ale pewne w 100 %. Ponadto stwierdzenia zamieszczone w notatce z rady budowy pozostawały w jego ocenie nieprawdziwe, a przyjęcie przy tym wyjaśnień podwykonawcy, który całą swoją odpowiedzialność za własne zaniedbania przerzucał na wykonawcę, nie znajduje uzasadnienia. GW wskazał m.in., że wielokrotnie płacił za niewymagalne zobowiązania wobec podwykonawcy, wywiązał się również z solidarnej odpowiedzialności ciężącej na nim w aspekcie bezpośredniej zapłaty w przypadku dalszych podwykonawców. Poza tym nieprawdziwe pozostają stwierdzenia dotyczące braku kontaktu podwykonawcy z wykonawcą. GW przedstawił również argumentację, z której

wynikało, że opóźnienie w prowadzonych robotach może być wynikiem działań samego zamawiającego. W związku z powyższym wezwał Gminę do cofnięcia oświadczenia o odstąpieniu.

Inwestor i wykonawca kontynuowali korespondencję w dalszych pismach.

/ dowód: protokół z Rady Budowy nr (...)z dnia 17.01.2017 r. – k. 72-73; oświadczenie o

odstąpieniu od umowy z dnia 17.01.2017 r. – k. 92; pismo z dnia 19.01.2017 r. – k. 310-

312; pismo z dnia 20.01.2017 r. – k. 313; pismo z dnia 07.02.2017 r. – k. 314-318;

zeznania świadków: A. Ł. (2) – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:01:53-

00:13:17, K. R. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:44:03-01:19:59,

K. Z. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 01:20:17-02:09:41,

M. R. – e-protokół z dnia 07.05.2019 r. 00:01:48-00:44:39 /

Dnia 03.01.2017 r. Komornik Sądowy przy Sądzie (...)w Ś. K. R. w sprawie (...) z wniosku wierzyciela R. R. przeciwko A. Ł. (1) i M. Ł. prowadzonej na podstawie nakazu zapłaty z weksla wydanego przez Sąd (...)w P.dnia 14.12.2016 r., (...), na sumę 300.000 zł wraz z odsetkami i kosztami, zajął wierzytelności przysługujące powodowi wobec Przedsiębiorstwa (...) S.A. w B..

/ dowód: zajęcie wierzytelności z dnia 03.01.2017 r., (...) – k. 95 /

W dniu 19.01.2017 r. (...) S.A. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy zawartej z powodem.

Poinformował powoda, że w dniu 09.01.2017 r. otrzymał informację dotyczącą zajęcia wierzytelności podwykonawcy w sprawie (...) prowadzonej przez Komornika Sądowego przy Sądzie (...)w Ś.K. R. na kwotę 300.000 zł, co zgodnie z § 16 ust. 2 umowy stanowi samoistną przesłankę do jej wypowiedzenia.

Ponadto GW zwrócił uwagę, że powód nie wywiązał się z podstawowych obowiązków wynikających z umowy, tj. nie dochował obowiązku zgłoszenia dalszych podwykonawców (dostawców, usługodawców) zgodnie z § 12 ust. 1, 2, 3 umowy, co naraziło GW na obciążenia finansowe karami umownymi ze strony zamawiającego z tytułu nieprzedłożenia kopii umów o podwykonawstwo zawartych z T. (...) oraz S. (...) sp.j. na łączną kwotę 739.600 zł. Powyższe nie pozwala kontrolować rzetelności rozliczeń finansowych pomiędzy uczestnikami procesu budowlanego, co naraża GW i zamawiającego na poważne konsekwencje finansowe. Jednocześnie GW zarzucił, że podwykonawca przekazywał uczestnikom tego procesu budowlanego nieprawdziwe informacje godzące w interes generalnego wykonawcy, co wynika wprost z twierdzeń użytych w protokole z rady budowy z dnia 17.01.2017 r.

W konsekwencji wezwał podwykonawcę do sporządzenia szczegółowego protokołu robót według stanu na dzień odstąpienia.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 23.10.2017 r. powód wskazał, że odstąpienie od umowy wyrażone w piśmie z dnia 19.01.2017 r. uważa za bezskuteczne. Zwrócił uwagę, że, gdy Gmina K. odstąpiła od umowy zawartej z generalnym wykonawcą, stosunek łączący powoda z GW wygasł, stając się bezprzedmiotowy i niemożliwy do zrealizowania. W ślad za pismem powoda podobną argumentację przedstawił jego pełnomocnik w kolejnym piśmie z dnia 23.01.2017 r.

/ dowód: oświadczenie od odstąpieniu od umowy z dnia 19.01.2017 r. – k. 93-94; pisma z dnia

23.01.2017 r. – k. 76-79 akt sprawy (...); potwierdzenia nadania i odbioru – k.

303-308; zeznania świadków: A. Ł. (2) – e-protokół z dnia 20.11.2018 r.

00:01:53-00:13:17, K. R. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 00:44:03-

01:19:59, K. Z. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 01:20:17-

02:09:41 /

W dniu 18.01.2017 r. GW wystawił powodowi notę obciążeniową nr (...) na kwotę 746.348,80 zł (2 x 369.800 zł + 6.748,80 zł) z tytułu odszkodowania należnego na podstawie § 10 ust. 4 umowy z dnia 10.05.2016 r. – z tytułu poniesionej kary umownej z tytułu nieprzedłożenia kopii umów o podwykonawstwo zawartych z następującymi podmiotami: R. (...), S. (...) sp.j. oraz (...).

W dniu 19.01.2017 r. GW wystawił powodowi notę nr (...) na kwotę 585.873,55 zł z tytułu kary umownej należnej na podstawie § 10 ust. 2 umowy z dnia 12.05.2016 r. za odstąpienie od umowy podwykonawczej z przyczyn zależnych od podwykonawcy

Pismem z dnia 19.01.2017 r. GW poinformował powoda, że składające się na w/w kwoty odszkodowanie oraz karę umowną w łącznej wysokości 1.332.222,35 zł potrąca z ewentualnie należnym podwykonawcy wynagrodzeniem z tytułu realizacji umowy nr (...) z dnia 12.05.2016 r. oraz wszelkimi innymi wierzytelnościami podwykonawcy.

/ dowód: pismo z dnia 19.01.2017 r. – k. 130; nota obciążeniowa nr (...) – k. 131; nota

obciążeniowa nr (...) – k. 132 /

Pismem z dnia 23.01.2017 r. powód po raz pierwszy zwrócił się do pozwanej o rozliczenie

inwestycji pn. „Przebudowa i rozbudowa Szkoły Podstawowej w S. z wprowadzeniem funkcji przedszkolnej w systemie niskoenergetycznym wraz z infrastrukturą techniczną”, podnosząc, że jako inwestor jest odpowiedzialna solidarnie z GW za zobowiązania z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy z dnia 12.05.2016 r. kolejno aneksowanej.

Powód wskazał, że rozliczenia pomiędzy nim a GW kształtują się następująco:

- łączna wartość wystawionych faktur – **2.289.128,38 zł**,

- suma zapłaconych faktur – **1.469.005,04 zł**,

- zatrzymana kaucja gwarancyjna oraz zabezpieczenie z tytułu należytego wykonania robót – **228.912,84 zł**,

- wartość innych potrąceń – **274.414,28 zł**,

- kwota pozostała do zapłaty – **316.896,22 zł**,

z tym, że wskazane sumy należy podwyższyć o wartość ostatniej faktury nr (...) wystawionej dnia 03.01.2017 r, która została zwrócona podwykonawcy – do zapłaty 200.053,66 zł.

Suma niezapłaconych przez generalnego wykonawcę należności wynosi 516.849,88 zł, zaś wartość zatrzymanych na fakturze 251.141,02 zł.

Powód nadmienił, że do rozliczenia pozostają dodatkowo roboty w toku o wartości 671.065,26 zł – nieodebrane ze względu na fakt, że elementy będące ich przedmiotem nie uległy zakończeniu.

W okresie od 20.02.2017 r. do 27.03.2017 r. strony prowadziły korespondencję w przedmiocie wzajemnych rozliczeń w/w inwestycji.

Powód konsekwentnie domagał się od pozwanej – jako inwestora odpowiedzialnego solidarnie – zapłaty **1.089.336,79 zł**.

W piśmie z dnia 15.03.2017 r. pozwana wskazała, że z treści pisma powoda z dnia 14.03.2017 r. wynika, że łączna wartość zaspokojonych i uznanych roszczeń wynosi **917.928,31 zł**. Zgodnie z wartością wystawionych faktur i zinventaryzowanych prac należne dla powoda wynagrodzenie wynosi **1.334.444,68 zł**. Po dokonaniu potrąceń kwot bezspornych oraz odjęciu wartości wynagrodzenia zapłaconego kwota sporna wynosi **416.519,37 zł**. Zgodnie z postanowieniami umowy wykonawca był uprawniony do obciążenia powoda karami umownymi w wysokości odpowiadającej 10 % należnego wynagrodzenia, co stanowi **585.873,55 zł**. W świetle powyższego zdaniem pozwanej nie zachodzą podstawy do kwestionowania dokonanych potrąceń, tym bardziej, że w wyniku tej czynności prawnej wiarygodność z tytułu wykonanych robót budowlanych uległa umorzeniu.

/ dowód: pismo powoda z dnia 23.01.2017 r. – k. 59-61 akt sprawy (...); pismo powoda z dnia 20.02.2017 r. – k. 44-47 akt sprawy (...); pismo pozwanej z dnia 09.03.2017 r. – k. 83-86 akt sprawy (...); pismo powoda z dnia 14.03.2017 r. – k. 67-71 akt sprawy (...); pismo pozwanej z dnia 15.03.2017 r. – k. 124-125; pismo powoda z dnia 21.03.2017 r. – k. 65-66 akt sprawy (...); pismo pozwanej z dnia 23.03.2017 r. – k. 87 akt sprawy (...); pismo powoda z dnia 27.03.2017 r. – k. 62-64 akt sprawy (...)

W dniach 24.01.2017 r. oraz 24.02.2017 r. odbyły się spotkania pomiędzy przedstawicielem inwestora K. Z., inspektorem nadzoru P. J., przedstawicielem wykonawcy G. K. oraz powodem dotyczące inwentaryzacji zaawansowania robót.

/ dowód: notatki ze spotkania – k. 74-75 akt sprawy (...)

W dniu 10.05.2017 r. inwestor i generalny wykonawca zawarli ugodę w przedmiocie wzajemnych rozliczeń stron w związku z odstąpieniem przez zamawiającego od umowy nr (...) z dnia 29.04.2016 r.

Strony ugody przyjęły, że wykonawca do dnia odstąpienia od umowy otrzymał z tytułu wykonania zobowiązań wynikających z umowy wynagrodzenie w kwocie **2.505.115,67 zł**, z którego zostały naliczone i potrącone przez zamawiającego do dnia odstąpienia od umowy kary umowne w kwocie **565.905,71 zł** (§ 2 ust. 2).

Na podstawie dokumentów, o których mowa w ust. 1, pozostała do zapłaty kwota wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania robót do dnia odstąpienia od umowy wynosi **868.981,04 zł** (§ 2 ust. 3).

Strony ugody ustaliły, że w związku z odstąpieniem od umowy zamawiający obciąża wykonawcę karami łącznymi w kwocie **700.000,00 zł**, a na poczet naliczonych kar umownych zostają zaliczone kary umowne w łącznej kwocie **565.905,71 zł**, którymi zamawiający obciążył wykonawcę do dnia odstąpienia od umowy (§ 2 ust. 4).

Dalej strony ugody przyjęły, że kwota odpowiadająca wartości roszczeń o zapłatę kar umownych niezaspokojonych do dnia odstąpienia od umowy, tj. **134.094,29 zł**, zostanie potrącona z należnego wykonawcy wynagrodzenia określonego na podstawie ust. 3; z tego wynagrodzenia zostaną potrącone również koszty inwentaryzacji geodezyjnej stanu surowego w kwocie **22.140,00 zł** (§ 2 ust. 5).

Strony ugody wskazały, że wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 3 ugody, zostanie zapłacone na podstawie złożonej zamawiającemu faktury VAT nr (...) z dnia 30.12.2016 r. na kwotę 239.012,73 zł oraz faktury, którą wykonawca wystawi na kwotę 629.968,31 zł brutto w terminie 14 dni od zawarcia ugody (§ 2 ust. 6).

Wykonawca zobowiązał się do zaspokojenia wszystkich zgłoszonych zamawiającemu roszczeń podwykonawcy i dalszych podwykonawców – wskazanych w załączniku nr 2 do ugody, z zastrzeżeniem ust. 8, a także wyraził zgodę na

dokonanie przez zamawiającego bezpośrednich płatności na rzecz dalszych podwykonawców – do kwoty 566.259,75 zł, a także na potrącenie kwoty odpowiadającej wartości dokonanych bezpośrednich płatności jw. z należnego Wykonawcy wynagrodzenia (§ 2 ust. 7).

Wykonawca oświadczył, że całkowita wartość wynagrodzenia podwykonawcy – (...) – ustalona na podstawie inwentaryzacji wynosi **3.137.909,94 zł** brutto; do dnia zawarcia ugody zapłacono na rzecz w/w podwykonawcy kwotę **1.518.955,04 zł** brutto; potrącono tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy łącznie **313.790,99 zł**, z czego zwrotowi podlega **219.653,70 zł**. Wykonawca dokonał ponadto potrącenia przysługujących mu wzajemnych wierzytelności względem podwykonawcy w kwocie **274.414,28 zł**. W związku z powyższym należności bezsporne dla podwykonawcy(...) wynoszą **1.250.403,33 zł**. Kwota ta miała zostać zaspokojona w następujący sposób:

- wykonawca oświadczył, iż kwota **755.367,24 zł** odpowiadająca wartości bezspornych roszczeń dalszych podwykonawców oraz bezspornych wzajemnych roszczeń wykonawcy w stosunku do podwykonawcy (...) podlega potrąceniu z wynagrodzenia należnego podwykonawcy (...) – na kwotę tę składają się:

a) bezsporne roszczenia dalszych podwykonawców wskazane w pktach 1, 2, 3, 5, 6, 7 i 9 załącznika nr (...) do ugody w łącznej kwocie 530.330,71 zł,

b) wartość potrącenia wierzytelności wykonawcy względem podwykonawcy dokonanego dnia 22.12.2016 r. na kwotę 202.896,53 zł,

c) wartość inwentaryzacji geodezyjnej stanu surowego niezamkniętego – w kwocie 22.140 zł,

- pozostała do zapłaty po dokonaniu potrącenia należność podwykonawcy (...) w kwocie 495.036,09 zł miała zostać zaspokojona w całości poprzez potrącenie wzajemnych roszczeń wykonawcy względem (...) o zapłatę kar umownych oraz roszczeń z tytułu zakupu materiałów budowlanych – zgodnie z oświadczeniami o kompensacie przedłożonymi Zamawiającemu (§ 2 ust. 8).

Strony ugody przyjęły, że celem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń zamawiającego wobec wykonawcy, które mogłyby powstać w związku z koniecznością dokonania zapłaty przez zamawiającego na rzecz (...), na podstawie prawomocnego wyroku sądowego zasądzającego od zamawiającego jakiegokolwiek należności na rzecz podwykonawcy tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych w kwocie odpowiadającej wartości roszczeń wzajemnych zaspokojonych przez wykonawcę poprzez potrącenie z roszczeniami podwykonawcy – wykonawca miał przedłożyć zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia podpisania ugody zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej; z tego zabezpieczenia miały zostać zaspokojone kwoty odpowiadające wartości ewentualnie zasądzonych roszczeń od Gminy w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora za zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonanych przez podwykonawcę robót budowlanych; zabezpieczenie miało zostać ustanowione na kwotę **495.036,09 zł**; powyższe stanowiło zabezpieczenie potencjalnego ryzyka zamawiającego związanego z ewentualnym dochodzeniem przez podwykonawcę jego roszczeń – rozliczonych w formie potrącenia – na drodze sądowej; zabezpieczenie miało zostać wniesione na okres 2 lat i odnawiane przez wykonawcę do czasu uprawomocnienia się wyroku sądu lub przedawnienia roszczeń podwykonawcy; w przypadku nieprzedłożenia zabezpieczenia na nowy okres na 14 dni przed upływem ważności poprzedniego zabezpieczenia zamawiający był uprawniony do zawarcia umowy o udzielenie zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej na koszt i ryzyko wykonawcy (§ 2 ust. 9).

Warunkiem zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia ustalonego ugodą było wykazanie w sposób bezsporny, że wykonawca uregulował wszystkie należności dalszych podwykonawców, o których mowa w załączniku nr 2, chyba że zostały one uregulowane bezpośrednio przez zamawiającego, oraz wniesienie przez wykonawcę zabezpieczenia (§ 2 ust. 10).

Strony ugody ustaliły, że kwota należnego wykonawcy wynagrodzenia z tytułu wykonania robót budowlanych, o których mowa w umowie, po potrąceniu kar umownych wynosi **712.746,75 zł**, a w przypadku dokonania przez zamawiającego bezpośrednich płatności na rzecz dalszych podwykonawców wynosi 146.487,00 zł (§ 2 ust. 11).

/ dowód: ugoda z dnia 10.05.2017 r. z załącznikami – k. 98-111 /

O treści zawartej ugody pozwana poinformowała powoda pismem z dnia 16.05.2017 r., zaś kopie w/w dokumentu przekazała w ślad za pismem z dnia 26.06.2017 r. Wskazała, że należne powodowi wynagrodzenie z tytułu wykonania robót budowlanych zostało rozliczone w następujący sposób:

- całkowita wartość wynagrodzenia z tytułu wykonania wszystkich robót budowlanych wynosi 3.137.909,94 zł,
- do dnia zawarcia ugody zapłacono kwotę 1.518.955,04 zł, przy czym potrącono tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy kwotę łączną 313.790,99 zł, z czego zwrotowi podlega kwota 219.653,70 zł,
- wykonawca dokonał potrącenia przysługujących mu wzajemnych wierzytelności względem podwykonawcy w kwocie 274.414,28 zł,
- w związku z powyższym należności bezsporne wynoszą 1.250.403,33 zł i zostaną zaspokojone w sposób następujący:
 - kwota 755.367,24 zł odpowiadająca wartości bezspornych roszczeń dalszych podwykonawców oraz wzajemnych roszczeń wykonawcy w stosunku powoda podlega potrąceniu z należnego powodowi wynagrodzenia – na kwotę tę składają się: bezsporne roszczenia dalszych podwykonawców w kwocie 530.330,71 zł, wartość potrącenia wierzytelności wykonawcy względem podwykonawcy dokonanego dnia 22.12.2016 r. na kwotę 202.896,53 zł oraz wartość inwentaryzacji geodezyjnej stanu surowego zamkniętego w kwocie 22 140 zł,
 - wykonawca oświadczył, iż zaspokojenie roszczeń powoda w odniesieniu do pozostałej części wynagrodzenia należnej w kwocie 495.036,09 zł dokonana zostanie poprzez potrącenie wzajemnych roszczeń konsorcjum względem powoda o zapłatę kar umownych i odszkodowania.

/ dowód: pismo pozwanej z dnia 16.05.2017 r. – k. 89-90; pismo z dnia 26.06.2017 r. – k. 88 /

W dniu 18.05.2017 r. Generalny Wykonawca wystawił fakturę nr (...) na kwotę **629.968,31 zł**.

/ dowód: faktura VAT nr (...) – k. 569 /

Jeszcze w dniach 24.05.2017 r. i 26.05.2017 r. pozwana wzywała (...) S.A. do złożenia ustalonego w ugodzie zabezpieczenia (§ 2 ust. 9).

Ostatecznie pismem z dnia 21.07.2017 r. pozwana poinformowała, że wobec niezłożenia zabezpieczenia ewentualnych roszczeń regresowych zamawiającego, które mogłyby powstać na skutek zaspokojenia roszczeń podwykonawców w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora, uznaje ugodę za bezskuteczną i w konsekwencji obciąża generalnego wykonawcę karami umownymi w kwocie 1.849.000 zł. Wyjaśniła przy tym, że na poczet w/w kar zostaje zaliczona kwota 556.905,71 zł odpowiadająca wartości kar umownych naliczonych i potrąconych dotychczas, a ponadto wobec bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcom i dalszym podwykonawcom w wysokości 566.259,75 zł – ta kwota zostanie potrącona z należnego wynagrodzenia. Jednocześnie Gmina wskazała, że potrąca naliczone kary umowne w kwocie 302.721,29 zł z należnego wynagrodzenia ustalonego na podstawie inwentaryzacji dokonanej po odstąpieniu od umowy na kwotę 868.981,04 zł.

/ dowód: pismo z dnia 24.05.2017 r. – k. 119; pismo z dnia 26.05.2017 r. – k. 118; pismo z dnia

21.07.2017 r. – k. 120-121 /

Wierzytelności z tytułu wynagrodzenia podwykonawców powoda dotyczyły następujących podmiotów: (...) sp. z o.o. sp.k. w K., (...) sp. z o.o. w W.,F. (...), R. (...), S. (...) w K., (...) S.C. Z. B., I. P. oraz (...) sp. z o.o.

/ dowód: potwierdzenia wykonania przelewu – k. 525, 564-567, 585-594; korespondencja i

oświadczenia – k. 548-557; pismo z dnia 19.05.2017 r. – k. 578-579; pismo z dnia

16.05.2017 r. – k. 580; pismo z dnia 24.08.2016 r. – k. 327-328; pismo z dnia

28.11.2016 r. – k. 329-330; pismo z dnia 01.02.2017 r. – k. 336-337; pismo z dnia

03.02.2017 r. – k. 340-341; oświadczenie – k. 581, 583; wezwanie do zapłaty – k. 582;

zeznania świadka K. Z. – e-protokół z dnia 20.11.2018 r. 01:20:17-

02:09:41 /

Jeszcze w dniu 30.06.2017 r. pozwana zatrzymała kwotę **168.627,00 zł** do depozytu oraz kwotę **134.094,29 zł** tytułem kary z faktury nr (...) z dnia 10.05.2017 r.

/ dowód: polecenie wykonania przelewu – k. 559; notatka – k. 560; potwierdzenie wykonania

przelewu – k. 561; notatka – k. 562; dokument księgowy – k. 584 /

W dniu 18.08.2017 r. pozwana wystawiła generalnemu wykonawcy notę księgową nr (...) tytułem kar umownych w wykonaniu przedmiotu umowy na podstawie § 12 ust. 1 lit. c umowy na kwotę **30.721,29 zł**.

Wskazała, iż powyższa kwota została potrącona z faktury VAT nr (...) z dnia 18.05.2017 r. i przekazana na rachunek Gminy.

Pismem z dnia 05.10.2017 r. pozwana wezwała generalnego wykonawcę do zaksięgowania kwoty wynikającej z noty nr 16/2017 oraz do zapłaty kwoty wynikającej z noty nr (...) wraz z odsetkami naliczonymi na dzień 30.09.2017 r., zgodnie z notą odsetkową nr (...) z dnia 05.10.2017 r.

/ dowód: nota księgową nr (...) – k. 563; pismo z dnia 18.08.2017 r. – k. 568; pismo z dnia

05.10.2017 r. – k. 168 /

Realizację inwestycji publicznej kontynuowała spółka (...) sp. z o.o. w O..

/ dowód: protokół stanu budowy Szkoły w S. z dnia 21.06.2017 r. – k. 133-138 /

Wyrokiem z dnia 13.12.2017 r., (...), Sąd (...)w P.uchylił w całości nakaz zapłaty z dnia 14.12.2016 r., (...), zasądził solidarnie od A. Ł. (1) i M. Ł. na rzecz R. R. 20.252,05 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 29.12.2016 r., oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz orzekł o kosztach procesu.

Postanowieniem z dnia 13.12.2017 r. na podstawie art. 825 pkt 1 kpc Komornik Sądowy przy Sądzie (...)w Ś.umorzył postępowanie egzekucyjne w sprawie (...).

/ dowód: odpis wyroku z dnia 13.12.2017 r., (...) – k. 272-273; postanowienie z dnia

13.12.2017 r., (...) – k. 274-275 /

Sąd zważył, co następuje.

Powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

Powód dochodzi od pozwanej zapłaty części wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych na terenie inwestycji realizowanej przez pozwaną – przebudowy i rozbudowy Szkoły Podstawowej w S., Generalnym wykonawcą robót budowlanych na tej inwestycji było konsorcjum firm (...) S.A. w B. i (...) sp. z o.o. w J., zaś powód związany był z (...) S.A umową podwykonawczą z dnia 12.05.2016 r.

Podstawę roszczenia powoda w stosunku do pozwanego jako inwestora stanowi przepis art. 647¹ § 5 kc, zgodnie z którym zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Z kolei zgodnie z art. 647¹ § 1 kc w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 kc, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców, natomiast zgodnie z art. 647¹ § 2 kc do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora; jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Zgoda inwestora może zostać wyrażona albo w stosunku do projektu umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, jeszcze przed jej zawarciem przez te strony, albo wobec umowy już przez te osoby zawartej. Akceptacja inwestora dla działań podwykonawcy może zostać ujawniona należyście w różny sposób, nie tylko poprzez jednoznaczne oświadczenie, w szczególności w formie pisemnej, ale także poprzez czynności faktyczne, dorozumiane stanowiące zachowania zarówno aktywne, jak i pasywne. Wyrażenie zgody w sposób bierny objawia się brakiem zgłoszenia na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń w terminie 14 dni pod przedstawienia przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w tej umowie lub projekcie (art. 647¹ § 2 kc). Natomiast wyrażenie zgody w sposób czynny nie jest objęte procedurą z art. 647¹ § 2 kc i może nastąpić w sposób wyraźny pisemnie bądź ustnie albo poprzez inne zachowania, które dostatecznie ujawnia wolę inwestora; może to nastąpić poprzez czynności faktyczne, w sposób dorozumiany, np. przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie podobnych czynności (zob. wyroki Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu: z dnia 05.03.2015 r., I ACa 1702/14; z dnia 12.07.2012 r., I ACa 665/12).

Pomiędzy stronami nie było sporu co do uczestnictwa powoda w procesie realizacji inwestycji przebudowy i rozbudowy Szkoły Podstawowej w S. jako podwykonawcy w stosunku do konsorcjum wykonawców. Pozwana nie zgłosiła sprzeciwu wobec czynności powoda ani zastrzeżeń do treści umowy podwykonawczej. Jak sugeruje zebrany w sprawie materiał, prawdopodobnie aneks nr (...) do umowy podwykonawczej nie został przedstawiony przez generalnego wykonawcę inwestorowi, nie wpływa to jednakże istotnie na pozycję powoda.

Pomiędzy stronami nie było w istocie również sporu co do tego, że powód był nie tyle podwykonawcą, co wykonawcą inwestycji w jej zasadniczym zakresie, a rola generalnego wykonawcy – (...) S.A. ograniczała się do rozliczania i w niewielkim zakresie koordynacji inwestycji, które to czynności także wykonywała firma powoda, np. zapewniając dostawę materiałów budowlanych oraz realizację części robót przez dalszych podwykonawców.

Powód zatem co do zasady może zatem domagać się brakującego wynagrodzenia od pozwanej jako inwestora współodpowiedzialnego solidarnie z wykonawcą za zapłatę należnego powodowi wynagrodzenia.

Odpowiedzialność inwestora wobec wykonawcy wynika z zawartej umowy o roboty budowlane i ta umowa określa zakres tej odpowiedzialności, natomiast odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawców wynika z ustawy, ma charakter gwarancyjny, a jej ramy określa umowa wykonawcy z podwykonawcą, a nie zakres odpowiedzialności inwestora wobec wykonawcy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11.01.2008 r., VCSK 179/07, OSNC-ZD 2008/4/100; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13.08.2013 r., I ACa 286/13). Równocześnie jednak ustanowienie solidarnej

odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawców przewidziane przez art. 647¹ kc powoduje, że inwestor odpowiada za zapłatę wynagrodzenia w taki sam sposób, jak bezpośredni kontrahent podwykonawcy, czyli – wykonawca, z którym podwykonawca związany jest umową o podwykonawstwo. Inwestor odpowiada więc w tych samych granicach co do wysokości należności i związany jest terminem zapłaty, tak jak zostało ustalone w umowie łączącej wykonawcę z podwykonawcą (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13.08.2013 r., I ACa 286/13).

Powyższe oznacza, że podwykonawca może przedstawić inwestorowi roszczenie o wynagrodzenie w takim zakresie i w takiej wysokości, jakie przysługuje mu bezpośrednio wobec wykonawcy.

Tymczasem w tej sprawie pozwana skutecznie zarzuciła i wykazała, że należności przypadające powodowi zostały rozliczone częściowo poprzez zapłatę bezpośrednio dokonaną na rzecz powoda, częściowo poprzez zapłatę należności przypadających dalszym podwykonawcom (nieuiszczonych przez powoda), częściowo zaś poprzez potrącenie wierzytelności wzajemnych wobec powoda przysługujących generalnemu wykonawcy.

Co do zasady, zapłata należności na rzecz wykonawcy nie zwalnia inwestora w stosunku do podwykonawcy, to samo dotyczy innej okoliczności skutkującej wygaśnięciem zobowiązania w relacji inwestor-wykonawca (np. potrącenia wierzytelności wzajemnej inwestora wobec wykonawcy). Natomiast inwestor może się powołać na rozliczenie należności w stosunku do dalszych podwykonawców. Jeżeli uiszczył należne im wynagrodzenia, zwolnił tym samym podwykonawcę z jego zobowiązań i wstąpił w prawa dalszych podwykonawców jako zaspokojonych wierzycieli – art. 518 § 1 pkt 1 kc. Powód nie kwestionował zresztą tej części rozliczenia, która związana była z zapłatą należności na rzecz jego podwykonawców (dostawcy betonu i innych firm) bezpośrednio ze strony pozwanej.

Pozwana jako inwestor może natomiast powołać się na okoliczności generujące wygaśnięcie zobowiązania wykonawcy wobec podwykonawcy, w szczególności umorzenie wierzytelności wskutek dokonania potrącenia (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.09.2012 r., IV CSK 91/12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 19.12.2018 r., I AGa 254/18).

Pozwana odwołała się do zapisów ugody zawartej dnia 10.05.2017 r. i zawartego w niej rozliczenia. Ugoda ta nie wiąże powoda – niebędącego stroną tej czynności – w tym znaczeniu, iż nie określa wprost jego praw i obowiązków ani względem inwestora ani względem wykonawcy. Zawiera jednakże szczegółowe przedstawienie rozliczenia inwestycji, zaś powód został o niej niezwłocznie poinformowany, a co więcej, sam się w pozwie do tej ugody odwołał jako podstawy wyliczenia dochodzonej należności.

Z uwagi na zwłokę w postępie realizacji inwestycji pozwana odstąpiła od umowy z generalnym wykonawcą, ten zaś w konsekwencji odstąpił od umowy z powodem, aczkolwiek przywołał jako podstawę zajęcia egzekucyjne dokonane przeciwko powodowi. Taka podstawa rozwiązania umowy podwykonawczej nie może budzić żadnych wątpliwości, skoro została przewidziana w § 16 ust. 2 tej umowy. Powód podważał zasadność swojego zobowiązania wobec osoby trzeciej, którego dotyczyło zajęcie egzekucyjne, ale okoliczność ta pozbawiona jest znaczenia. Zajęcie znajduje zawsze podstawę w tytule wykonawczym, którym w tym wypadku był nakaz zapłaty Sądu Okręgowego w Poznaniu. Nakaz ten został wprawdzie uchylony, ale Sąd ten zasądził od powoda na rzecz jego wierzyciela nieco ponad 20.000 zł z odsetkami od dnia 29.12.2016 r. Oznacza to, że powód w dacie zajęcia (09.01.2017 r. – data otrzymania przez GW zawiadomienia komornika z dnia 03.01.2017 r.) był dłużnikiem osoby trzeciej. Zajęcie nie było zatem całkowicie bezpodstawne, zaś umowa podwykonawcza nie precyzowała, aby zajęcie miało dotyczyć wierzytelności powyżej jakiegось sumy albo z jakiegось szczególnego tytułu.

Należy też wskazać, że w sytuacji, gdy to powód był zasadniczym wykonawcą inwestycji, a podstawą odstąpienia przez inwestora od umowy z generalnym wykonawcą było zagrożenie terminowego wykonania robót (objęte dyspozycją art. 635 kc w zw. z art. 656 § 1 kc), to znaczy, że to powód pozostawał w opóźnieniu z realizacją robót.

Odstępując od umowy podwykonawczej, generalny wykonawca naliczył powodowi karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda i dokonał jej potrącenia. Potrącenie jako znajdujące podstawę w

umowie (potrącenie umowne) nie wymagało uprzedniego wezwania do zapłaty kary, skutkującego jej wymagalnością (art. 455 kc).

Zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Natomiast zgodnie z art. 484 § 1 kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Kara umowna może zostać zastrzeżona także na wypadek odstąpienia od umowy przez jedną ze stron w następstwie niewykonania zobowiązania niepieniężnego (zob.: wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 06.05.2004 r., II CK 261/03; z dnia 26.11.2004 r., V CK 411/04, OSNC 2005/10/48; z dnia 15.09.2005 r., II CK 72/05; z dnia 05.10.2006 r., IV CSK 157/06; z dnia 20.10.2006 r., IV CSK 154/06, OSNC 2007, Nr 7–8, poz. 117; z dnia 07.02.2007 r., III CSK 288/06; z dnia 13.06.2008 r., I CSK 13/08; z dnia 17.12.2008 r., I CSK 240/08; oraz uchwały Sądu Najwyższego: z dnia 06.11.2003 r., III CZP 61/03; z dnia 18.07.2012 r., III CZP 39/12, OSNC 2013/2/17).

W umowie podwykonawczej zostały przewidziane kary umowne należne GW od powoda:

- za wykonywanie robót przed dalszych podwykonawców bez zgody wykonawcy i zamawiającego – w wysokości 10 % wynagrodzenia dalszego podwykonawcy - § 10 ust. 1,

- za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi podwykonawca - § 10 ust. 2.

Wykonawca naliczył takie kary powodowi w kwotach odpowiednio 746.348,80 zł i 585.873,55 zł. Pierwsza z kar stanowiła swoistą refundację kary naliczonej generalnemu wykonawcy przez inwestora, druga z nich była konsekwencją własnych działań i zaniechań powoda, jakie doprowadziły do rozwiązania umowy.

Należy zresztą zwrócić uwagę, że w tej sprawie ocena prawidłowości naliczenia powodowi kary umownej w istocie może być nawet postrzegana jako niedopuszczalna z uwagi na konfigurację procesową stron. Kontrahent powoda – (...) S.A. występuje w sprawie jedynie jako interwenient uboczny po stronie pozwanej Gminy. Powód, chcąc zakwestionować obciążenie go karą umowną i potrącenie tej kary z należnego mu wynagrodzenia, powinien wystąpić przeciwko tej firmie z żądaniem zapłaty brakującego wynagrodzenia, ewentualnie z żądaniem ustalenia, że wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na jego rzecz brakującego wynagrodzenia w oznaczonej wysokości. Rozstrzygnięcie sprawy o takim przedmiocie miałoby charakter prejudycjalny. Skoro powód nie wystąpił przeciwko swojemu bezpośredniemu kontrahentowi, pozwanej przysługuje możliwość zgłoszenia zarzutu wygaśnięcia zobowiązania wykonawcy wobec powoda na skutek potrącenia wierzytelności wzajemnych.

Wobec skutecznych zarzutów pozwanej należy uznać, iż powód nie udowodnił, aby przysługiwało mu nadal – wobec wykonawcy, a w konsekwencji także inwestora – roszczenie o zapłatę brakującego wynagrodzenia w kwocie 495.036,09 zł.

Następnie można jeszcze zwrócić uwagę, że powód miał możliwość uniknięcia takiej sytuacji. Inwestycja powinna być na bieżąco rozliczana i raportowana. Powód mógł powstrzymać się z wykonywaniem dalszych robót do czasu pokrycia przez generalnego wykonawcę należności za roboty już wykonane – na podstawie art. 488 § 1 i 2 kc i art. 490 § 1 kc. Mógł też zaproponować generalnemu wykonawcy rozliczenie poprzez przeniesienie na powoda (cesję) wierzytelności wykonawcy wobec Gminy.

Reasumując powyższe, mając na względzie wyniki przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego Sąd uznał powództwo za nieusprawiedliwione, co skutkowało jego oddaleniem w całości.

Na podstawie art. 98 kpc pozwanej przysługuje zwrot kosztów procesu obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika procesowego ustalone na podstawie § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych – 10.800 zł.

Brak jest natomiast podstaw do obciążenia powoda kosztami procesu poniesionymi przez interwenienta ubocznego – stosownie do art. 107 zd. trzecie kpc sąd może, ale nie musi, przyznać zwrot takich kosztów, wymaga to jednak zaistnienia szczególnie uzasadnionych okoliczności, które w tej sprawie nie zaistniały, interwenient uboczny nie dokonał jakichś szczególnych czynności, generujących zwiększony nakład pracy albo zwiększone wydatki po jego stronie.