

Sygn. akt IX GC 859/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 lipca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku Wydział IX Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Agnieszka Mankiewicz

Protokolant sekr.sądowy Marta Czerwińska

po rozpoznaniu w dniu 5 lipca 2017 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa K. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

przeciwko B. Spółce Akcyjnej w W.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego B. Spółki Akcyjnej w W. na rzecz powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wG. kwotę 1.520.688,81 zł (jeden milion pięćset dwadzieścia tysięcy sześćset osiemdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt jeden groszy) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 4 lipca 2012 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia do dnia zapłaty,

II. w pozostałym zakresie oddala powództwo,

III. zasądza od pozwanego B. Spółki Akcyjnej w W. na rzecz powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.kwotę 95.755,56 zł (dziewięćdziesiąt pięć tysięcy siedemset pięćdziesiąt pięć złotych pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów procesu,

IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Gdańsku – od powoda kwotę 874,68 zł (osiemset siedemdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt osiem groszy), a od pozwanego kwotę 5.920,92 zł (pięć tysięcy dziewięćset dwadzieścia złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.wniósł o zasądzenie na jego rzecz od (...) Spółka Akcyjna w W. kwoty 1.731.748,84 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 4 lipca 2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu.

W uzasadnieniu podniósł, iż w dniu 17 listopada 2009 r. zawarł z pozwanym (...) Spółka Akcyjna w W. umowę konsorcjum celem przystąpienia do przetargu, a w przypadku jego wygrania, zawarcia kontraktu z Zamawiającym i wspólnej realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa i Doprojektowanie (w zakresie części projektu wykonawczego) Drugiego Terminala pasażerskiego (...) im. (...)

w Gdańsku wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą”, gdzie wskazano, że Liderem Konsorcjum został pozwany.

Następnie wskazał, iż w wykonaniu umowy konsorcjum, strony zawarły z (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku akt umowy z dnia 24 lutego 2010 r., o wykonanie robót w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa i doprojektowanie (w zakresie części projektu wykonawczego) Drugiego Terminala pasażerskiego (...) im. (...) w G.wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą”, w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 153.481.061,62 zł bez podatku VAT.

Wskazał, iż ramach umowy konsorcjum strony sporu zobowiązały się do wspólnego wykonania umowy w oparciu o system podziału rzeczowego robót objętych umową. Podniósł, iż w § 3 ust. 2 umowy konsorcjum, strony przyjęły zasadę podziału między sobą robót objętych po 50% wartości robót przewidzianych dokumentacją ofertową. Wyjaśnił, że zgodnie z § 7 ust. 2 tej umowy, wynagrodzenie należne powodowi wypłacane miało być przez pozwanego na podstawie faktur wystawianych przez powoda, po zrealizowaniu przez powoda robót objętych dokonaną przez zamawiającego zapłatą. Zaznaczył, że (...) S.A. miał wypłacać należne powodowi wynagrodzenie w terminie 14 dni od daty otrzymania tego wynagrodzenia od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Powód nadmienił, iż integralną częścią umowy stanowiły m.in. Warunki Umowne. Wskazał, iż Subklauzula 13.2 Warunków Umownych przewiduje dokonywanie zmian w Robotach z inicjatywy Wykonawcy. Jeżeli Wykonawca zaproponuje pewną zmianę w robotach, która powoduje oszczędności dla Zamawiającego, to Wykonawcy tytułem wynagrodzenia za te roboty przysługuje kwota pomniejszona o 50% kwoty oszczędności wynikającej z tej zmiany. Podkreślił, iż zwracał się do Zamawiającego

z propozycją zmian w robotach, które powodowały oszczędności finansowe związane z wprowadzonymi zmianami. Twierdził, iż zgłaszane w formie wystąpień oszczędności były zatwierdzane przez Inżyniera kontraktu. W tej sytuacji zgłaszane kwoty oszczędności winny być dzielone po połowie.

W dalszej kolejności podkreślił, iż umowa została w pełni wykonana a Zamawiający przekazał (...) S.A jako Liderowi Konsorcjum pełne należne Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie Umowy

w wysokości 153.481.061,62 zł netto. Wyjaśnił, iż w dniu 12 marca 2012 r. podpisano Protokół Odbioru Końcowego (T-2), Protokół Odbioru Końcowego - Sieci Zewnętrzne (T-2) + Zlewnia 7, a także wystawiono Świadectwo Przejęcia. W punkcie 1 Świadectwa Przejęcia wskazano, że roboty zostały ukończone zgodnie z kontraktem, zaś ustalona wartość przejętych robót to kwota 153.481.061,62 zł netto.

Powód twierdził, iż wedle § 7 ust. 2 umowy konsorcjum oraz wystawionych przez powoda faktur, pozwany powinien wypłacić mu kwotę 76.371.189,45 zł netto, tj. sumę wartości leżących w zakresie powoda i wykonanych przez niego robót. Podał, iż pozwany nie zapłacił mu ostatniej faktury nr (...) z dnia (...) 2012 r. na kwotę 1.731.748,84 zł brutto (1.407.925,89 zł netto).

Powód wywodził, że pomimo braku podstaw faktycznych oraz wbrew § 5 ust. 5 umowy konsorcjum, a także wbrew jego sprzeciwowi, w imieniu własnym oraz powoda pozwany, jako Lider Konsorcjum podpisał w dniu (...) 2012 r., ze skutkiem wobec Zamawiającego, Końcowe Rozliczenie Finansowe. Podniósł, iż w rozliczeniu tym w wielu pozycjach bezpodstawnie zmniejszono wynagrodzenie powoda o kwoty wyższe niż ustalone, uzgodnione lub obliczone zgodnie z Umową. Nie uwzględniono także roszczeń powoda o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace zamiennie lub dodatkowe. Stwierdził, iż suma kwot, o które bezpodstawnie zmniejszono wynagrodzenie powoda, oraz kwot nieuwzględnionych roszczeń o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace zamiennie lub dodatkowe to 1.803.564,16 zł.

Wyjaśnił, iż w/w kwoty dochodzi w niniejszym postępowaniu kwoty 1.731.748,84 zł, na która składają się następujące kwoty częściowe:

- kwota 1.170.868,52 zł, stanowiąca różnicę pomiędzy kwotą 1.217.062,60 zł, o którą (...) S.A. bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, zmniejszył, ze skutkiem wobec zamawiającego, wynagrodzenie powoda a kwotą 46.194,08 zł, którą należy uznać za zatwierdzoną przez Inżyniera kwotę oszczędności dla Zamawiającego, mogącą zmniejszać wynagrodzenie powoda;
- kwota 39.118,87 zł, stanowiąca połowę kwoty całej oszczędności, o którą (...) S.A. bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, a także wbrew swojemu wcześniejszemu stanowisku, zmniejszył ze skutkiem wobec Zamawiającego wynagrodzenie powoda;
- kwota 78.827,60 zł, stanowiąca połowę kwoty całej oszczędności, o którą (...) S.A. bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, a także wbrew swojemu wcześniejszemu stanowisku, zmniejszył ze skutkiem wobec Zamawiającego wynagrodzenie powoda;
- kwota 21.415,08 zł, stanowiąca różnicę pomiędzy kwotą 42.830,16 zł, o którą (...) S.A. bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, zmniejszył, ze skutkiem wobec Zamawiającego, wynagrodzenie powoda a uzgodnioną kwotą 21.415,08 zł, o którą to wynagrodzenie miało być pomniejszone;
- kwota 453.771,71 zł, stanowiąca sumę: kwot 75.829,16 zł, 69.667,10 zł i 38.587,76 zł, o które (...) S.A. bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, zmniejszył, ze skutkiem wobec zamawiającego wynagrodzenie powoda oraz kwot 103.543,91 zł i 166.143,78 zł tytułem zwiększonych kosztów rozwiązań zamiennych systemów bezpieczeństwa, których (...) S.A. bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, nie uwzględnił w Końcowym Rozliczeniu Finansowym;
- kwota 39.562,38 zł, stanowiąca sumę: 1) kwoty 26.374,72 zł, o którą (...) S.A. bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, zmniejszył, ze skutkiem wobec Zamawiającego, wynagrodzenie powoda oraz 2) kwoty 13.187,46 zł dodatkowego wynagrodzenia za dostawę i montaż dodatkowego punktu kontroli bezpieczeństwa.

Na koniec powód powołał się na przysługujące mu roszczenie odszkodowawcze w kwocie 1.731.748,84 zł wynikające z odpowiedzialności kontraktowej, jako alternatywną podstawę prawną żądania. Wyjaśnił, iż zdarzeniem wyrządzającym szkodę było podpisanie przez pozwanego w dniu (...) 2012 r. ze skutkiem wobec Zamawiającego Końcowego Rozliczenia Finansowego, w którym pozwany bezpodstawnie oraz bez zgody powoda zmniejszył jego wynagrodzenie oraz nie uwzględnił w nim roszczeń powoda o zapłatę wynagrodzenia za prace zamienne lub dodatkowe.

Nakazem zapłaty z dnia (...) 2013 r. wydanym w postępowaniu upominawczym Sąd Okręgowy w Gdańsku orzekł zgodnie z żądaniem pozwu.

Od powyższego orzeczenia pozwany w procesowo skutecznym terminie wywiódł sprzeciw, domagając się oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia od powoda kosztów postępowania. Pozwany zakwestionował podstawy żądania zgłoszonego przez powoda, przytaczając szereg argumentów mających wskazywać na bezzasadność skierowanego wobec niego żądania.

Pozwany potwierdził, że strony łączyła umowa konsorcjum, na podstawie której wspólnie przygotowały i złożyły ofertę na wykonanie zadania pn. „Budowa i doprojektowanie (w zakresie części projektu wykonawczego) D. (...) (...) im. (...) w G.wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą”. Przyznał również, że w dniu (...) 2010 r. pomiędzy stronami niniejszego procesu, jako Wykonawcami działającymi w ramach konsorcjum, a (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., została zawarta umowa zatytułowana jako akt umowy. Przyznał, iż uzgodnione

w akcie umowy wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy.

Twierdził, iż jako Lider Konsorcjum wykonywał swe obowiązki w sposób sumienny i bezstronny działając na korzyść obu stron, doprowadzając do tego, że Kontrakt został zrealizowany i rozliczony w terminie.

Zaprzeczył twierdzeniu pozwu, że końcowe rozliczenie zostało podpisane bez uzgodnienia z powodem. Wskazywał, iż treść tego dokumentu została uzgodniona na spotkaniu z dnia (...) 2012 r. Dalej dodał, że został tego dnia sporządzony dokument rozliczeniowy, w którym ustalono wszelkie wartości do wypłaty obu konsorcjantów, zaakceptowane przez Inwestora.

Pozwany podkreślił, że wynagrodzenie za roboty mogło ulec zmianie. Do jego zmniejszenia mogło dojść w przypadku niewykonania pełnego zakresu prac za zgodą zamawiającego, pominięcia pewnego zakresu robót, czy też na skutek zainicjowania zmian powodujących oszczędności na kontrakcie.

Ustosunkowując się do oszczędności finansowych związanych z wprowadzonymi zmianami robót, podniósł m.in., że Inwestor udzielił powodowi warunkowej zgody na zmianę systemu klimatyzacji. Wszelkie parametry techniczne urządzeń zawarte w opisie przedmiotu zamówienia miały być zachowane. W związku z tym zarzucił, iż wykonana przez powoda instalacja posiada niższe niż w zamówieniu parametry, co uzasadniało zmniejszenie w całości wynagrodzenia wynikającego z wykonania tego zakresu umowy.

Nadto przytaczając obszernie postanowienia umowne łączące strony, zaznaczył, iż powód w trybie określonym w umowie nie dokonał zgłoszenia własnych roszczeń. Nadmienił, że dla kierowania roszczeń niezbędna była inicjatywa samego zainteresowanego.

W dalszych pismach procesowych powód i pozwany podtrzymali wcześniej wyrażone żądania i stanowiska.

Sąd ustalił, co następuje:

W dniu 17 listopada 2009 roku pomiędzy (...) Spółka Akcyjna w W., jako Liderem, a (...) z ograniczoną odpowiedzialnością w G., jako Partner, została zawarta umowa konsorcjum.

W ramach Konsorcjum Partnerzy zobowiązali się przystąpić do przetargu i realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa i Doprojektowanie (w zakresie części projektu wykonawczego)D. (...) (...) im. (...) w G. wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą” (§ 1 umowy).

Strony uzgodniły, iż wszystkie roboty objęte przedmiotem Kontraktu, wykonywane będą w oparciu o system – rzeczowego podziału pomiędzy Partnerów, robót objętych przedmiotem Kontraktu, poprzez przypisanie każdemu z Partnerów określonego zakresu robót (§ 2 ust. 2 umowy).

W § 3 ust. 2 umowy konsorcjum określono procentowy podział zadań między uczestnikami Konsorcjum. Strony przyjęły, że roboty (prace) wynikające i/lub związane z przedmiotem Kontraktu, są (będą) podzielone w następujący sposób:

- 1) Lider – roboty, stanowiące 50% wartości robót przewidzianych dokumentacją ofertową (ofertą),
- 2) Partner – roboty, stanowiące 50% wartości robót przewidzianych dokumentacją ofertową (ofertą).

Strony zawierając umowę konsorcjum ustaliły, iż Liderem będzie pozwany i on będzie działał w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz drugiego Partnera – jako całości oraz wszystkich jego Partnerów z osobna

i był upoważniony do wykonywania czynności faktycznych i prawnych wobec Zamawiającego, w tym do zaciągania zobowiązań oraz czynności wymienionych w ust. 4, w tym m.n. realizacji kontraktu, łącznie z przekazywaniem Partnerowi płatności otrzymywanych od Zamawiającego przypadających na rzecz drugiego Partnera (pkt 1), przekazywania Zamawiającemu wniosków i dokumentów przekazywanych przez obu Partnerów, w oparciu o warunki kontraktu (pkt 2), występowania w imieniu i na rzecz obu Partnerów w sprawach ewentualnych robót dodatkowych i zamiennych (pkt 4) (§ 5 umowy).

Uzgodniono, iż Lider zobowiązany był informować na bieżąco Partnera, o wszystkich sprawach prowadzonych w imieniu Partnerów, a jednocześnie zobowiązał się, że sprawy te będzie prowadził równie sumiennie i bezstronnie jak własne. W stosunkach wewnętrznych pomiędzy stronami, Lider Konsorcjum jako pełnomocnik Partnera, zobowiązany był uzyskać uprzednią zgodę Partnera w przypadku: i) złożenia oferty, która ma być złożona Zamawiającemu, ii) wprowadzenia jakichkolwiek zmian do umowy zawartej z Zamawiającym, iii) zwolnienia Zamawiającego od zobowiązań (§ 5 ust. 5 umowy).

Strony przyjęły, iż wynagrodzenie wynikające z Kontraktu miało być płacone przez Zamawiającego na rzecz Lidera Konsorcjum, na podstawie faktur VAT wystawionych przez Lidera Konsorcjum. Natomiast wynagrodzenie należne Partnerowi płatne miało być przez Lidera Konsorcjum na podstawie faktur VAT wystawionych przez Partnera na rzecz Lidera Konsorcjum, po zrealizowaniu przez Partnera robót objętych dokonaną przez Zamawiającego zapłatą. Lider Konsorcjum zapłaci należne partnerowi wynagrodzenie w terminie 14 dni od dnia otrzymania tego wynagrodzenia przez Lidera Konsorcjum od Zamawiającego (§ 7 ust. 2 umowy).

Umowa wykonawcza do Umowy Konsorcjum nie została przez strony zawarta.

(**Dowód:** Umowa konsorcjum k. 75-78 oraz aneks do umowy k. 94)

W dniu 24 lutego 2010 r. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w g. zawarł z Wykonawcą Konsorcjum złożonym

z: (...) S.A. (Lider) oraz (...) Sp. z o.o. (Partner) umowę, określoną przez nie jako „Akt umowy”.

Wykonawca zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy zobowiązał się do wykonania Robót oraz Dokumentów Wykonawcy określonych w Kontrakcie, w zamian za co Zamawiający zobowiązał się do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 153.481.061,62 zł bez podatku VAT. Zgodnie z ust. 2 tego paragrafu, wynagrodzenie ryczałtowe należne Wykonawcy może ulec zmianie w przypadkach wskazanych w Umowie.

Funkcję Dyrektora Kontraktu pełnił P. P. – przedstawiciel powoda.

W§ 5 umowy, strony uzgodniły, iż na treść Umowy składają się postanowienia zawarte w następujących dokumentach, według kolejności ich pierwszeństwa dla celów interpretacyjnych: 1) niniejszy Akt Umowy, 2) Warunki Umowne, 3) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, 4) Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, 5) dokumentacja projektowania, rysunki i wykazy, 6) oferta wykonawcy wraz z załącznikami. Wszelkie zmiany i uzupełnienia Umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

(**Dowód:** akt umowy k. 96-97, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych k. 971-999, k. 1001-1007, Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Instalacji Wentylacyjnych k. 1009-1043, projekt przetargowy k. 1070) , projekt wykonawczy I i II k. 1071, zeznania świadka P. P., czas: 00:15:46-00:16:49, protokół z rozprawy z 17.02.2014 r.

k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101. zeznania świadka J. B., czas: 01:06:20-01:09:46, 02:36:31-02:41:25 protokół z rozprawy z 06.08.2014 r.

k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238)

Zgodnie z Subklauzulą 4.1. Warunków Umownych, Wykonawca zaprojektuje (w granicach określonych w Kontrakcie), zrealizuje i ukończy Roboty zgodnie z Kontraktem oraz poleceniami Inżyniera i usunie wszelkie wady w Robotach.

Zaakceptowana Kwota Umowna zgodnie z Subklauzulą 12.3 Warunków Umownych, ma charakter ryczałtowy i nie podlega późniejszym negocjacom czy zmianom, za wyjątkiem przypadków gdy: (a) Inżynier zleci Wykonawcy wykonanie robót dodatkowych, uzupełniających (Zmiany), b) Wykonawca nie wykona Robót w jakiegokolwiek części lub nie dostarczy Materiałów i Urządzeń niezależnie od przyczyny za zgodą Zamawiającego wyrażoną na piśmie, (c) wystąpi jedna lub więcej z okoliczności przewidzianych w Subklauzulach 13.2, 13.5, 13.6 lub 13.7.

Zgodnie z Subklauzulą 14.4 Warunków Umownych, płatności będą dokonywane na podstawie dokumentów finansowych wystawionych zgodnie

z Przejściowymi Świadczeniami Płatności. Podstawą rozliczeń będą wartości wskazane dla danego elementu w tabeli elementów scalonych, chyba że Strona uzgodni bardziej szczegółowe zestawienia wartości poszczególnych Robót służące do rozliczeń.

Wystawione przez Inżyniera Wykonawcy Przejściowe Świadczenie Płatności zgodnie z Subklauzulą 14.6 Warunków Umownych, stanowi podstawę dokonania płatności częściowej.

Zgodnie z Subklauzulą 14.11 Warunków Umownych, w ciągu 28 dni po otrzymaniu Świadczenia Przejęcia, Wykonawca przedłoży Inżynierowi sześć egzemplarzy wstępnej wersji rozliczenia ostatecznego wraz

z dokumentami stanowiącymi jego podstawę, wykazującego szczegółowo, w postaci zatwierdzonej przez Inżyniera: a) Zaakceptowana Kwota Umowna, z ewentualnymi zmianami dokonanymi zgodnie z umową, b) wszelkie dalsze sumy, które Wykonawca uważa za sobie należne według Kontraktu lub z innego tytułu.

Zgodnie z Subklauzulą 14.3 Warunków Umownych, w ciągu 28 dni po otrzymaniu Rozliczenia Ostatecznego i pisemnego zwolnienia z zobowiązań zgodnie z Subklauzulą 14.11 [Wystąpienie o Ostateczne Świadczenie Płatności] i Subklauzulą 14.12 [Zwolnienie z zobowiązań] Inżynier wystawi Zamawiającemu Ostateczne Świadczenie Płatności, które będzie podawać:

a) kwotę, która jest ostatecznie należna, oraz b) saldo (jeśli jest) należne Wykonawcy od Zamawiającego lub Zamawiającego od Wykonawcy, zależnie od przypadku, po uwzględnieniu na dobro Zamawiającego wszystkich kwot uprzednio zapłaconych przez Zamawiającego oraz wszystkich sum, do których Zamawiający jest uprawniony.

Zamawiający, zgodnie z Subklauzulą 14.10 Warunków Umownych, nie będzie odpowiedzialny wobec Wykonawcy za żadną sprawę lub rzecz według Kontraktu lub w związku z nim lub z realizacją Robót, z wyjątkiem sytuacji, gdy Wykonawca w tym celu wyraźnie włączy jakąś kwotę: a) do rozliczenia Ostatecznego, a także b) oprócz spraw lub rzeczy wynikłych po wystawieniu Świadczenia Przejęcia Robót) do rozliczenia końcowego, opisanego w Subklauzuli 14.10 [Rozliczenie Końcowe].

Zgodnie z Subklauzulą 13.1 Warunków Umownych, zmiany mogą być zainicjowane przez Inżyniera w jakimkolwiek momencie przed wystawieniem Świadczenia Przejęcia dla Robót, albo przez danie polecenia, albo przez wyrażenie życzenia, aby Wykonawca przedłożył propozycję.

W Subklauzuli 13.2 Warunków Umownych przewidziano tryb zmian sposobu wykonywania robót, które to zmiany mogłyby: (i) przyspieszyć ukończenie, (ii) zmniejszyć Zamawiającemu koszty przy realizacji, konserwacji lub eksploatacji Robót, (iii) poprawić Zamawiającemu sprawność lub wartość ukończonych Robót, lub (iv) w inny sposób dostarczyć Zamawiającemu pożytku. Wedle akapitu drugiego tej subklauzuli, propozycja ta będzie sporządzona na koszt Wykonawcy i będzie zawierać pozycje wyliczone w Subklauzuli 13.3 [Procedura Zmiany]. Jeżeli ta daje w rezultacie zmniejszenie kontraktowej wartości tej części Robót, to Inżynier będzie postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5 [Określenia], aby uzgodnić lub określić honorarium, które będzie włączone do Ceny Kontraktowej. Honorarium to będzie wynosiło połowę (50%) różnicy między następującymi kwotami: (i) takim zmniejszeniem wartości

kontraktowej, wynikłym z tej zmiany, wyłączając korekty według Subklauzuli 13.7 [Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego] i Subklauzuli 13.8 [Korekty wynikające ze zmian kosztu] a (ii) zmniejszeniem (jeśli jest) wartości dla Zamawiającego zmienionych Robót, biorąc pod uwagę wszelkie zmniejszenie jakości, przewidywanej żywotności technicznej lub sprawności eksploatacyjnej. Jednakże jeśli kwota (i) jest mniejsza od kwoty (ii), to honorarium nie będzie.

Jeżeli Wykonawca uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek przedłużenia Czasu na ukończenie i/lub jakiegokolwiek dodatkowej płatności, według jakiegokolwiek klauzuli niniejszych Warunków lub z innego tytułu w związku z Kontraktem, to zgodnie z Subklauzulą 20.1 Warunków Umownych, Wykonawca da Inżynierowi powiadomienie, opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodujące roszczenie. Powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 28 dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności. W świetle akapitu drugiego tej subklauzuli, jeżeli Wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni, to czas na Wykonanie nie będzie przedłużony. Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem.

(**Dowód:** Warunki Umowne k. 98-123v)

Dokumentem określającym podział prac był załącznik pt. Tabele Elementów Scalonych. Zgodnie z dokonanym podziałem powód miał wykonać m.in. instalację wentylacji, klimatyzacji i chłodu, ogrzewania dachu i instalacje (systemy) bezpieczeństwa.

(Okoliczności bezsporne, nadto dowód: Tabele elementó w scalonych

k. 1299-1308, k. 1310-1319 oraz k. 136-137v, zeznania świadka P. P., czas: 00:34:37-00:37:28, 00:51:09-00:52:58, 00:56:14-00:59:04 zeznania świadka B. N., czas: 01:52:30-01:55:22, 02:06:54-02:11:25, zeznania świadka D. D., czas: 03:17:35-03:27:30 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania świadka P. K., czas rozprawy: 00:07:07-00:09:41, zeznania świadka W. B., czas rozprawy: 00:54:29-00:57:02 - protokół z rozprawy z 29.04.2014 r. k. 1158-1164 i e-protokół k. 1165; zeznania A. C. w charakterze powoda, czas: 01:21:42-01:24:30 - protokół z rozprawy z 05.07.2017 r. k. 1783-1789 i e-protokół k. 1790.

W dniu (...) 2011 r. zostało wydane Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) za okres od(...) 2011 r. do (...)2011 r. Wartość zaakceptowanych robót: terminal II to kwota 15,322.088,48 zł netto, zaś zewnętrzna kanalizacja deszczowa to kwota 39.986,91 zł netto.

Inżynier zatwierdził wynagrodzenie za wykonanie instalacji automatyki i (...) w kwocie 53.075 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 16.500 zł), instalacji wentylacji i klimatyzacji w kwocie 6.737.670 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 748.282 zł), instalacji grzewczych i chłodniczych w kwocie 4.249.550,05 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 1.663.534,05 zł) oraz instalacji teletechnicznych w kwocie 593.994,00 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 301.581,00 zł).

(**Dowód:** Przejściowe Świadczenie Płatności nr(...) wraz z tabelami k. 640-651)

W dniu (...) 2011 r. zostało wydane Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) za okres od (...) 2011 r. do (...) 2011 r. Wartość zaakceptowanych robót: terminal II – 16.846.293,08 zł netto, zaś zewnętrzna kanalizacja deszczowa 69.493,78 zł netto.

Inżynier zatwierdził wynagrodzenie za wykonanie instalacji automatyki i (...) w kwocie 302.765 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 249.690 zł), instalacji wentylacji i klimatyzacji w kwocie 7.613.930 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 876.260 zł), instalacji grzewczych i chłodniczych w kwocie 4.906.390,15 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 666.840,10 zł) oraz instalacji teletechnicznych w kwocie 1.227.062,00 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 633.068 zł).

(**Dowód:** Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) wraz z tabelami k. 652-663)

W dniu (...)2011 r. zostało wydane Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) za okres od (...)2011 r. do (...) 2011 r. Wartość zaakceptowanych robót: terminal II – 18.516.705,23 zł netto, zaś zewnętrzna kanalizacja deszczowa 0,00 zł netto.

Inżynier zatwierdził wynagrodzenie za wykonanie instalacji automatyki i (...) w kwocie 798.780 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 496.025 zł), instalacji wentylacji i klimatyzacji w kwocie 8.523.740 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 909.810 zł), instalacji grzewczych i chłodniczych w kwocie 5.996.390,23 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 1.090.000,08 zł) oraz instalacji teletechnicznych w kwocie 4.917.891,00 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 3.690.829,00 zł).

(**Dowód:** Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) wraz z tabelami k. 664-675)

W dniu (...) 2011 r. zostało wydane przejściowe świadectwo płatności nr (...) za okres od (...)2011 r. do (...) 2011 r. Wartość zaakceptowanych robót: terminal II – 14.308.538,17 zł netto, zaś zewnętrzna kanalizacja deszczowa 0 zł netto, przy czym do zapłaty zatwierdzono z tej w/w kwoty kwotę 12.092,850,99 zł netto. Wskazano, że zapłata na podstawie Przejściowych Świadczeń Płatności nie może przekroczyć 90% narastająco zaakceptowanej kwoty umownej tj. 138.132.955,46 zł netto. Dotychczas wystawiono łącznie Przejściowe Świadczenia Płatności na kwotę: Terminal II – 124.216.055,84 zł i Zewnętrzna kanalizacja deszczowa – 1.824.048,63 zł.

Inżynier zatwierdził wynagrodzenie za wykonanie instalacji automatyki i (...) w kwocie 1.489.205 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 690.415 zł), instalacji wentylacji i klimatyzacji w kwocie 9.043.736,80 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 519.996,80 zł), instalacji grzewczych i chłodniczych w kwocie 6.339.539,23 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 343.149,00 zł) oraz instalacji teletechnicznych w kwocie 6.197.379 zł (wartość robót w okresie rozliczeniowym 1.279.488 zł).

(**Dowód:** Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) wraz z tabelami k. 676-686)

W dniu (...) 2012 r. zostało wydane Ostateczne Świadczenie Płatności. W pkt 1 wskazano, że zaakceptowano wykonanie robót zgodnie z Protokołem Odbioru Końcowego (T-2) z dnia 12 marca 2012 r. oraz Protokołem Odbioru Końcowego (Sieci zewnętrzne T-2 + Zlewnia 7) z dnia 12 marca 2012 r. Natomiast w pkt 3 wskazano, że wartość kwot wypłaconych na podstawie Przejściowych Świadczeń Płatności do dnia (...) 2012 r. wynosi 138.132.955,46 zł netto. W pkt 4 wskazano, że zgodnie z Subklauzulą 14.13 Warunków Umownych [Wystawienie Ostatecznego Świadczenia Płatności] do zapłaty pozostała kwota w wysokości 15.348.955,46 zł netto.

W pozycji 1.9.2., 1.11, 1.12, 1.14 tej tabeli w rubryce „Wartość robót na koniec okresu rozliczeniowego” powtórzono kwotę należną za wykonanie całej tej instalacji automatyki i (...) (1.797.424,74 zł), instalacji wentylacji i klimatyzacji (9.194.906,00 zł), instalacji grzewczych i chłodniczych (6.447.791,96 zł) oraz instalacji teletechnicznych (9.087.341,11 zł), a określoną z kolei w rubryce „Wartość”. Potwierdzono także wykonanie tych instalacji w 100% (rubryka „Zaawansowanie”).

(**Dowód:** Ostateczne Świadczenie Płatności z 26.04.2012 wraz z tabelą k. 687-698,)

Roboty budowlane objęte Kontraktem zostały wykonane i odebrane w dniu (...) 2012 r. W tym dniu podpisany został Protokół Odbioru Końcowego (T-2), Protokół Odbioru Końcowego - Sieci Zewnętrzne (T-2) + Zlewnia 7 oraz wystawiono Świadczenie Przejścia. W punkcie 1 Świadczenia Przejścia wskazano, że roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem,

zaś w pkt 6 ustalono wartość przejętych robót na 153.481.061,62 zł netto.

Załącznik nr 22 do Protokołu Odbioru Końcowego określał wykaz usterek i niedoróbek branży sanitarnej wskazanych przez komisję odbiorową w trakcie czynności odbiorowych terminala T2, natomiast załącznik nr 9 stanowił wykaz usterek i niedoróbek branży teletechnicznej. W obu załącznikach brak jest zastrzeżeń co do niezgodności parametrów wykonanej przez powoda instalacji wentylacji, klimatyzacji i chłodu oraz automatyki i systemu (...).

Instalacje wentylacji, bezpieczeństwa i automatyki zostały wykonane. Nie było zastrzeżeń co do działania systemu. (...) z ograniczoną odpowiedzialnością, jako Inwestor robót był zadowolony z końcowego efektu prac. Nie było zastrzeżeń co do funkcjonalności robót w zakresie instalacji ogrzewania dachu.

(**Dowód:** Świadczenie Przejęcia wraz z załączonymi Protokołami Odbioru Końcowego k. 161-174 wraz z załącznikiem nr 22 k. 963-969 i załącznikiem nr 9 k. 1045-1048, opinia biegłego sądowego k. 1455-1523, opinia uzupełniająca k. 1604-1618, zeznania świadka P. P., czas: 00:55:16-00:56:14, zeznania świadka Z. D., czas: 02:47-04-02:55:28 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania świadka R. P., czas: 00:23:23-00:24:44, 00:25:55-00:26:29, oraz zeznania świadka T. K., czas: 00:58:13-00:59:21 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238, zeznania świadka B. N., czas: 02:11:15-02:16:03 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101)

Instalacja wentylacji, klimatyzacji i chłodu została dopuszczona do użytkowania. Projekt Wykonawczy musiał być zaakceptowany przez Inwestora, gdyż w przeciwnym wypadku kierownik budowy i inspektor nadzoru inwestorskiego nie pozwoliliby na wykonanie robót budowlanych.

(**Dowód:** opinia biegłego sądowego k. 1455-1523 oraz opinia uzupełniająca k. 1604-1618)

W dniu (...)2012 r. odbyło się spotkanie pomiędzy Inżynierem Kontraktu – W. P., przedstawicielami pozwanego w osobach S. Ś., J. B. i przedstawicielami powoda

– Dyrektora Kontraktu P. P.. Spotkanie dotyczyło końcowego rozliczenia Kontraktu. Wiele kwestii nie zostało uzgodnionych. Efektem tego spotkania było sporządzenie dokumentu roboczego na trzech stronach. Dwie z nich dotyczyły „Spraw w toku / rozszczenia” i zawierało zestawienie obejmujące pozycje powoda i pozwanego. W/w dokument został podpisany przez przedstawicieli każdej ze stron. Wykreślenie poszczególnych pozycji oznaczało, że Inwestor nie wyraził zgody w danej kwestii. Na trzeciej stronie tego dokumentu pt. „Protokoły konieczności”, brak jest podpisu P. P.. Każda z trzech stron tego dokumentu została podpisana przez Inżyniera Kontraktu W. P.. Dokument ten był bazą dla stworzenia ostatecznego dokumentu rozliczeniowego.

Dodatkowo została sporządzona ze spotkania notatka przez A. B., w której wskazano wartości do wypłaty obu konsorcjantów, zaakceptowane przez Inwestora.

(**Dowód:** rozliczenie z 13.04.2012 r. k. 444-447 oraz pismo Inwestora z 27.04.2012 r. k. 1078-1082, zeznania świadka P. P., czas: 00:17:39-00:21:36, zeznania świadka B. N., czas: 02:27:00-02:28:45, zeznania świadka Z. D., czas: 02:55:28-02:57:28, zeznania świadka S. Ś., czas: 03:37:46-03:45:01 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania świadka K. S., czas: 00:26:59-00:30:22 - protokół z rozprawy z 28.04.2014 r. k. 1151-1156 i e-protokół k. 1157, zeznania świadka J. B., czas: 01:20:01-01:26:30, 02:00:34-02:03:46 oraz zeznania świadka W. P., czas: 03:30:52-03:41:12 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238)

(...) S.A. sporządzał tabele rozliczeniowe, w których umieszczał zakres i wartość wykonanych robót przez pozwanego i powoda. Następnie J. B. wskazywał, które z pozycji znajdujących się zestawieniu sporządzonym w dniu 13 kwietnia 2012 r. przenieść do Końcowego Rozliczenia Finansowego.

(**Dowód**: zeznania świadka P. K., czas rozprawy: 00:09:41-00:12:44, 00:20:24-00:21:53 - protokół z rozprawy z 29.04.2014 r. k 1158-1164 i e-protokół k. 1165)

Wobec braku porozumienia co do niektórych kwestii w trakcie spotkania w dniu (...) 2012 r. powód pismem z dnia (...)2012 r. poinformował (...) S.A., iż wszelkie rozmowy i uzgodnienia dotyczące zmian przedmiotu umowy oraz wszelkich innych zmian winny być dokonywane z udziałem powoda i wymagają jego akceptacji. Powód chciał uczestniczyć we wszystkich spotkaniach finansowych.

(**Dowód**: Pismo z 20.04.2012 r. k. 204, zeznania świadka P. P., czas: 00:23:40-00:26:10, zeznania świadka Z. D., czas: 02:55:28-02:57:28 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania A. C. w charakterze powoda, czas: 00:25:25-00:28:29 - protokół z rozprawy z 05.07.2017 r. k. 1783-1789 i e-protokół k. 1790)

Pismem z dnia 24 kwietnia 2012 r. (...) S.A. zwrócił się do powoda o przesunięcie na termin po 7 maja 2012 r. Rady Konsorcjum zaproponowanej na dzień 26 kwietnia 2012 r.

(**Dowód**: pismo z 24.04.2012 r. k. 1077, zeznania świadka P. P., czas: 00:21:36-00:23:40, zeznania świadka Z. D., czas: 02:42:50-02:47:04 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania A. C. w charakterze powoda, czas: 00:14:17-00:16:41, 00:28:53-00:31:50 - protokół z rozprawy z 05.07.2017 r. k. 1783-1789 i e-protokół k. 1790)

W dniu (...) 2012 r. Inżynier wystawił Tabelą Rozliczeniową nr (...) - Rozliczenie ostateczne. W rubryce tabeli (...) potwierdzono pełne wykonanie Umowy, wpisując 100% przy każdej pozycji tabeli w rubryce „Zaawansowanie”. Tabela ta dotyczyła prac o łącznej wartości 151.538.677,61 zł.

(**Dowód**: Tabela Rozliczeniowa nr (...) - Rozliczenie ostateczne k. 176-185)

W dniu (...)2012 r., Inżynier wystawił Ostateczne Świadczenie Płatności. W punkcie 1 tego świadectwa Inżynier zaakceptował wykonanie robót zgodnie z Protokołem Odbioru Końcowego (T-2) i Protokołem Odbioru Końcowego - Sieci Zewnętrzne (T-2) + Zlewnia 7. Natomiast w punkcie 3 wskazano, iż kwota 138.132.955,46 zł netto stanowi wartość kwot zapłaconych na podstawie Przejściowych Świadczeń Płatności do dnia 26 kwietnia 2012 r. Z kolei w pkt 4 i 5 Ostatecznego Świadczenia Płatności wskazano, iż do zapłaty pozostaje kwota 15.348.106,16 zł netto i stanowi ona wartość Ostatecznego Świadczenia Płatności. Zgodnie z punktem 6 Ostatecznego Świadczenia Płatności, Świadczenie to było podstawą do wystawienia przez B. faktur VAT. Suma wskazanej kwoty zapłaconej 138.132.955,46 zł i pozostałej do zapłaty kwoty stanowi kwotę umowną tj. 153.481.061,62 zł.

(**Dowód**: Ostateczne Świadczenie Płatności z 26.04.2012 k. 187)

W dniu (...) 2012 r., pozwany (...) S.A. działając jako Lider Konsorcjum podpisał bez wiedzy i zgody powoda ze skutkiem wobec (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., Końcowe Rozliczenie Finansowe, o którym mowa w Subklauzuli 14.11 Warunków Umownych (tzw. Rozliczenie Ostateczne).

W rozliczeniu tym w wielu pozycjach zmniejszono wynagrodzenie powoda, co zostało uwidocznione tabeli rozliczeń. W kolumnie oszczędności dla Zamawiającego widnieje redukcja wynagrodzenia powoda w zakresie: realizacji ścianki szczelnej w trakcie robót ziemnych na kwotę 42.830,16 zł (poz. 15), zmiany systemu wentylacji, klimatyzacji i chłodu (FRIO) redukcja stanowi kwotę 1.217.062,60 zł (poz. 34), instalacja dla dwóch stanowisk kontroli bezpieczeństwa redukcja stanowi kwotę 26.374,72 zł (poz. 37), zmiana ogrzewania dachu na kable stałoporowe redukcja stanowi kwotę 157.655,20 zł (poz. 38), System sygnalizacja włamania – Automatyka i (...) redukcja stanowi kwotę 38.567,76 zł i 78.237,15 zł (poz. 40), a także system C. oraz S. i KD – nie wykonane elementy wskazane w PP redukcja stanowi kwotę 69.667,10 zł i 75.829,16 zł (poz. 66).

W dokumencie zawarto stwierdzenie, iż tabela ta zawiera zestawienie protokołów konieczności. W przypadku pozycji 34, 37, 38, 40 i 66 odnośnie zredukowanych wartości robót (prac) stwierdzono brak protokołów konieczności. Natomiast w pozycji 15 dotyczącej redukcji ścianki szczelnej pomniejszono wynagrodzenie powoda o kwotę 42.830,16 zł. W zakresie tych robót (prac) odwołano się do protokołu konieczności.

W przedmiotowym rozliczeniu pozwany, jako Lider Konsorcjum, potwierdził wobec Zamawiającego, iż wartość umowna realizacji Kontraktu opiewa na kwotę 153.481.061,62 zł. Wartość tę otrzymano, pomimo redukcji wynagrodzenia powoda, albowiem jednocześnie w wielu pozycjach tabeli rozliczeń podwyższono wynagrodzenie za roboty (prace), które wchodziły w zakres pozwanego. Uczyniono to w taki sposób, aby ostatecznie otrzymać kwotę wynagrodzenia ryczałtowego.

(**Dowód:** Końcowe rozliczenie finansowe budowy terminala T-2 k. 189-193, zeznania świadka P. P., czas: 00:29:19-34:37, zeznania świadka B. N., czas: 02:37:35-02:38:42, zeznania świadka Z. D., czas: 02:42:50-02:47:04 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101)

W piśmie z dnia (...) 2012 r. skierowanym do (...) S.A. powód wyraził stanowczy sprzeciw wobec podpisanego Końcowego Rozliczenia Finansowego, zarzucając, iż został on podpisany bez jego wiedzy i zgody. Zarzucono, iż pozwany samodzielnie, bez wiedzy i zgody powoda wyraził zgodę na zmniejszenie wysokości wynagrodzenia należnego od Inwestora za te elementy robót, które zostały wykonane przez powoda. Powód stanowczo oświadczył, iż nie akceptuje ustaleń objętych tymże dokumentem oraz wezwał (...) S.A., aby wszelkie ustalenia dotyczące rozliczenia inwestycji były dokonywane z udziałem przedstawicieli powoda.

(...) S.A. w międzyczasie przekonywał powoda, że temat rozliczenia końcowego jest sprawą otwartą.

(**Dowód:** Pismo powoda z 27.04.2012 r. k. 195-197, zeznania świadka P. P., czas: 00:26:10-00:29:19, zeznania świadka B. N., czas: 02:16:03-02:18:27, zeznania świadka Z. D., czas: 02:42:50-02:47:04 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania świadka J. B., czas: 01:40:07-01:42:17 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238 oraz zeznania A. C. w charakterze powoda, czas: 00:32:11-00:36:02 - protokół z rozprawy z 05.07.2017 r. k. 1783-1789 i e-protokół k. 1790, zeznania świadka P. P., czas: 00:23:40-00:26:10, protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101)

W dniu 15 maja 2012 r. odbyło się spotkanie Rady Konsorcjum, w którym uczestniczyli przedstawiciele powoda oraz trzech przedstawicieli pozwanego. (...) S.A. zapewnił powoda, iż podpisane w dniu 26 kwietnia 2012 r. Rozliczenie Końcowe Finansowe nie stanowi rozliczenia ostatecznego w znaczeniu Subklauzuli 14.11 Warunków Umowy. Uzgodniono wspólnie, że Rada Konsorcjum traktuje ten dokument jako wstępną wersję rozliczenia ostatecznego. Roszczenia obu konsorcjantów miały zostać przekazane do Zamawiającego. Strony miały zwrócić się do Zamawiającego z wspólnym wystąpieniem, które jednak nie nastąpiło.

(**Dowód:** Notatka z Rady Konsorcjum z 15.05.2012 r. k. 206, zeznania świadka P. P., czas: 00:31:14-00:34:37, 01:28:07-01:36:53, zeznania świadka Z. D., czas: 02:47-04-02:55:28, zeznania świadka Z. D., czas: 02:57:28-03:03:34 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania A. C. w charakterze powoda, czas: 00:36:02-00:38:52 - protokół z rozprawy z 05.07.2017 r. k. 1783-1789 i e-protokół k. 1790)

Zamawiający (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. uregulował na rzecz Wykonawcy wszelkie płatności wynikające z Końcowego rozliczenia Finansowego.

(**Okoliczność bezsporna, nadto dowód:** zeznania świadka T. K., czas: 00:52:50-00:58:13 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238)

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2010 r. powód zwrócił się do inżyniera o zatwierdzenie propozycji zmian rozwiązań technicznych w zakresie instalacji, wentylacji, klimatyzacji i chłodu.

W odpowiedzi Inżyniera z dnia (...)2010 r., wskazano, iż dla oceny proponowanego rozwiązania niezbędne jest spotkanie z udziałem projektanta, powoda i jego podwykonawcy oraz Inżyniera. Następnie w dniu (...)2010 r. odbyło się spotkanie z udziałem, w trakcie którego zgłoszono szereg uwag. Stwierdzono, że korzyścią proponowanych zmian jest optymalizacja kosztów eksploatacji rzędu 150 tysięcy złotych oraz zwolnienie części pomieszczeń do innych celów. Projektanci oświadczyli, że w wyniku proponowanych zmian nie ulegnie zmianom projekt konstrukcji.

Pismem z dnia (...) 2010 r., Inżynier poinformował powoda, że proponowane rozwiązanie projektowe wydaje się być zasadne oraz że podjęcie decyzji w zakresie pełnej akceptacji tego rozwiązania będzie możliwe po oszacowaniu przez Wykonawcę korzyści finansowych zgodnie z Subklauzulą 13.2 Warunków Umownych.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2010 r. przedstawiono zestawienie przewidywanych oszczędności, w tym oszczędność w kwocie około 50.000 zł wynikającą ze zmian projektowych. Wystąpieniem Inżyniera do Wykonawcy, Inżynier zatwierdził wystąpienie pod warunkiem: 1) uwzględnienia w projekcie wykonawczym uwag zawartych w notatce ze spotkania z dnia (...)2010 r. oraz 2) weryfikacji kosztów oszczędności na etapie realizacji, w tym dochowanie warunków technicznych opisanych w projekcie przetargowym. Powód przystąpił do realizacji zmiany systemu wentylacji względem zaprojektowanego opierając się na warunkowej zgodzie Inżyniera.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód przedstawił wyliczenie oszczędności wynikających ze zmiany rozwiązań technicznych w przedmiotowej instalacji. Podał, iż łączna kwota oszczędności zgodnie z Subklauzulą 13.2 Warunków Umownych tj. kwota 93.194,16 zł, należy się po połowie, tj. w kwocie 46.194,08 zł Zamawiającemu oraz Wykonawcy.

W odpowiedzi z dnia (...)2011 r. Inżynier podniósł, iż w celu analizy wystąpienia potrzebuje dodatkowego czasu na sprawdzenie wyliczeń. Inżynier w piśmie tym nie podał terminu, w którym rozpatrzy (tj. zatwierdzi lub nie) to wystąpienie. Natomiast w dniu (...) 2011 r. Inżynier nie zatwierdził wystąpienia, wskazując, że w dniu 16 czerwca 2011 r. przekazał ocenę wyliczenie zewnętrznej weryfikacji, z której wynika, że oszczędności wynoszą 1.569.448 zł netto. Nadto stwierdził, iż Wykonawca samowolnie zmniejszył parametry urządzeń w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. Podniósł również, że skoro Zamawiający nie wyraził zgodę na zmianę parametrów urządzeń, to w/w oszczędność należy się Zamawiającemu. Pismem z dnia (...) 2011 r. Inżynier uznał w całości kwotę 1.569.448 zł netto jako oszczędność dla Zamawiającego wskazując, iż o tę kwotę należy obniżyć wartość Kontraktu.

(**Dowód:** Wystąpienie Wykonawcy nr (...))

z 11.06.2010 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 15.06.2010 r. k. 208-214, Notatka ze spotkania z 22.06.2010 r. wraz z podpisaną listą obecności k. 227-229, pismo Inżyniera z 28.06.2010 r. k. 231, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 06.07.2010 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 07.07.2010 r. k. 233, wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 20.04.2011 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 13.07.2011 r. k. 235-237 oraz pismo Inżyniera z 27.09.2011 r. k. 864, zeznania świadka P. P., czas: 00:34:37-00:39:47, 00:43:23-00:46:50 zeznania świadka B. N., czas: 01:52:30-01:55:25 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania świadka K. S. czas: 00:17:09-00:22:14 - protokół z rozprawy z 28.04.2014 r. k. 1151-1156 i e-protokół k. 1157; zeznania świadka R. P., czas: 00:10:54-00:13:11, 00:30:59-00:31:49 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238 oraz zeznania świadka W. P., czas: 03:51:28-03:56:57, 05:15:33-05:16:34 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238)

Oszczędności z faktycznie zaprojektowanej i wykonanej przez powoda instalacji klimatyzacji, wentylacji i chłodu wyniosły 93.194,16 zł.

Dowód: opinia biegłego sądowego k. 1455-1523, opinia uzupełniająca k. 1604-1618)

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia 08 marca 2012 r. powód przedstawił tabelę porównawczą przygotowania i wykonania na podstawie parametrów wymaganych w projekcie przetargowym z określeniem przyjętych parametrów w projekcie wykonawczym oraz uzyskanych rzeczywistych parametrów instalacji.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia 20 marca 2012 r. powód udzielił odpowiedzi na uwagi Inżyniera. Wyjaśnił, iż różnice między parametrami według przedmiotu zamówienia a parametrami zmierzonymi są zgodne z wymaganiami Specyfikacji (...) Wykonania i Odbioru (...) Mechaniczne z dnia 5 października 2009 r. Do pisma załączył protokoły pomiarów wydajności i regulacji układów wentylacyjnych a także tabelę pomiarów kontrolnych układu wentylacji, klimatyzacji i chłodzenia.

W dniu 20 marca 2012 r. Inżynier udzielił odpowiedzi, odmawiając jego zatwierdzenia.

Następnie wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia 23 kwietnia 2012 r. powód poinformował, iż wykonana Instalacja w pełni odpowiada wymogom użytkowym określonym w opisie przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi Inżynier oznajmił, iż nie dochowano parametrów technicznych opisanych w projekcie. Wartości zmierzone są niższe o ok. 20% od wartości zaprojektowanych.

(**Dowód:** wystąpienie Wykonawcy nr (...) z dnia 08 marca 2012 r. k. 461, wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 20.03.2012 r. k. 459 oraz odpowiedź Inżyniera z 02.04.2012 r. k. 460, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 23.04.2012 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 24.04.2012 r. k. 457-458, pismo Inwestora z 27.04.2012 r. k. 448-451)

Obowiązująca polska norma dopuszcza różnicę do 20. Uzyskane parametry są zgodne z obowiązującą normą. Wszystkie pomiary mieściły się w granicach od - 20 do +20%. Wszelkie zmiany w przedmiotowej instalacji wynikały ze zmienionej koncepcji, nie zmieniono innych elementów dobrowolnie. Powód nie starał się na tym zaoszczędzić ani zaniżyć cokolwiek. Podstawowe elementy urządzeń były renomowanych firm, nie obniżono ich jakości. Zmiany te nie zmieniały wartości robót. Zmiany te nie powodowały zmiany jakości technicznej, wartości eksploatacyjnej i żywotności urządzeń. Inżynier wiedział, iż zmianie ulegną pewne parametry instalacji.

(**Dowód:** zeznania świadka P. P., czas: 00:39:47-00:43:23, zeznania świadka B. N., czas: 01:55:25-01:58:49 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania świadka R. P., czas: 00:17:46-00:23:23,

zeznania świadka W. P. czas: 05:22:47-:05:24:07 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238 oraz zeznania A. C. w charakterze powoda, czas: 00:41:31-00:43:18 - protokół z rozprawy z 05.07.2017 r. k. 1783-1789 i e-protokół k. 1790)

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód przedłożył kosztorysy rozwiązań instalacji wentylacji i klimatyzacji, a także powiązanych z nimi instalacji grzewczo-chłodniczej i sieci chłodu. Wskazał, iż wartość zmian z tego tytułu wynosi łącznie 197.134,49 zł.

W odpowiedzi z dnia 2 marca 2011 r. Inżynier nie zatwierdził tej propozycji, wskazując, iż kosztorys został zaniżony i nie uwzględnia wszystkich różnic między projektem przetargowym a projektem wykonawczym.

Ostatecznie strony Kontraktu nie doszły w tym zakresie do porozumienia. Nie spisano na tę okoliczność protokołu konieczności.

(Dowód: Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 21.02.2011 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 02.03.2011 k. 870-871)

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód przedłożył zestawienie wartości poszczególnych instalacji branży elektrycznej w świetle zastosowania rozwiązań technicznych oczekiwanych przez Inwestora, a nie wynikających bezpośrednio z założeń Projektu Przetargowego. Wartość prac z tytułu wprowadzenia rozwiązań oczekiwanych przez Inwestora wynosi 1.312.832,64 zł.

Inżynier w odpowiedzi z dnia 4 kwietnia 2011 r. nie zatwierdził tego zestawienia, wskazując, iż nie stanowią one robót dodatkowych ani robót zamiennych.

(**Dow ó d:** Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 25.03.2011 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 04.04.2011 r. k. 636-638)

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia 5 kwietnia 2011 r. powód przedstawił wycenę oszczędności finansowych związanych z wprowadzonymi zmianami w instalacji (systemie) automatyki i (...). Wskazał, iż zmiany te stanowią konsekwencję zmian wprowadzonych przez powoda w zakresie instalacji wentylacji, klimatyzacji i chłodu. Powód wartość oszczędności z tytułu zmian w systemie automatyki i (...) oszacował na kwotę 78.237,75 zł. Zmiany te nie powodowały zmiany jakości, żywotności i funkcjonalności instalacji.

W odpowiedzi na to wystąpienie Inżynier nie zatwierdził przedstawionej wyceny, informując, iż przedstawione dokumenty nie pokazują wszystkich oszczędności tytułem zmian na etapie projektów wykonawczych.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. Konsorcjanci podtrzymali wycenę wartości oszczędności z tytułu zmian w systemie automatyki i (...) na kwotę 78.237,75 zł.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód przedłożył Inwestorowi uzupełnione zestawienie wartości poszczególnych elementów instalacji branży elektrycznej niskoprądowej w świetle zastosowania rozwiązań technicznych oczekiwanych przez Inwestora i realizowanych na podstawie Projektów Wykonawczych w porównaniu z rozwiązaniami przedstawionymi w Projekcie Przetargowym.

W dniu 5 września 2011 r. Inżynier udzielił odpowiedzi na wystąpienie, odmawiając jego zatwierdzenia.

Ostatecznie strony Kontraktu nie doszły w tym zakresie do porozumienia. Nie spisano na tę okoliczność protokołu konieczności.

(Dowód: Wystąpienie Wykonawcy nr (...)

z 05. (...) k. 241-242, odpowiedź Inżyniera wraz z opinią k. 520-522, odpowiedź Inżyniera z 05.09.2011 r. k 516-517, k. 625-628, zeznania świadka P. P., czas: 00:51:09-00:52:58, zeznania świadka D. D., czas: 03:14:29-03:27:30 - protokół z rozprawy

z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101, zeznania świadka J. B., czas: 02:57:04-02:58:07 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r.

k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238, wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 09.05.2011 r. k. 244-247)

Oszczędności z tytułu wykonanego systemu automatyki i (...) wyniosły 39.118,875 zł.

Dowód: opinia biegłego sądowego k. 1455-1523, opinia uzupełniająca k. 1604-1618)

Na spotkaniu w dniu (...) 2011 r. z udziałem przedstawicieli stron Kontraktu, powód zwrócił się do Inżyniera z propozycją zmiany sposobu ogrzewania dachu poprzez zastosowanie kabli grzewczych stałoporowych, zamiast samoregulujących. Zmiany wynikały ze specyfiki dachu. Bez wytapiania śniegu, groziło zawaleniem konstrukcji, działanie kabli z projektu byłoby nieskuteczne. Zmiana ta została zainicjowana przez powoda. Za część merytoryczną odpowiedzialny był podwykonawca powoda firma (...) Sp. z o.o. Ustalono, iż Zamawiający przekaże do najbliższej środy, tj. do (...)2011 r., informacje, jakie mają być zastosowane kable -samoregulujące czy stałooporowe.

Pismem z dnia (...)2011 r. Inżynier polecił zastosowanie kabli grzewczych stałoporowych zamiast samoregulujących oraz zwrócił się do Wykonawcy o wyliczenie oszczędności w tym zakresie. Wskazał, iż zmiana w tym zakresie inicjowana jest Inżyniera, stąd też ustalone oszczędności związane z tą zmianą będą oszczędnościami Zamawiającego.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód przedstawił wycenę oszczędności finansowych związanych z zastosowaniem zamiennego sposobu ogrzewania dachu. Wartość oszczędności powód oszacował na kwotę 157.655,20 zł. Powód nie zgodził się z twierdzeniem Inżyniera, iż zmiana w zakresie sposobu ogrzewania dachu została zainicjowana. Wyjaśnił, iż łączna kwota oszczędności, tj. 157.655,20 zł, należy się po połowie, tj. w kwocie 78.827,60 zł, Zamawiającemu oraz Wykonawcy.

W odpowiedzi z dnia (...) 2011 r. Inżynier zatwierdził oszczędności we wskazanej kwocie, przy czym ponownie wskazał, iż zmiana ta została zainicjowana przez Inżyniera Kontraktu.

Ostatecznie strony Kontraktu nie doszły w tym zakresie do porozumienia. Nie spisano na tę okoliczność protokołu konieczności.

(Dowód: Protokół ze spotkania z 22.08.2011 r. k. 248-251, Pismo Inżyniera z 23.08.2011 r. k. 253-254, wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 04.10.2011 r. k. 256 i k. 854 wraz kosztorysem k. 856-863, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 04.10.2011 r. k. 256 i k. 854 wraz kosztorysem k. 856-863, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 23.01.2012 r. k. 258-259, zeznania świadka P. P., czas: 00:56:14-00:59:04, 00:59:47-01:02:51, zeznania świadka B. N., czas: 02:06:54-02:11:25 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101, zeznania A. C. w charakterze powoda, czas: 00:49:11-00:50:02, protokół z rozprawy z 05.07.2017 r. k. 1783-1789 i e-protokół k. 1790)

Powód zwrócił się do Inżyniera z propozycją zmiany sposobu realizacji robót (prac) poprzez zastosowanie zmienionej technologii (organizacji) wykonywania prac ziemnych. Zmiana ta miała polegać na niewykonaniu ścianek szczelnych umocnienia wschodniej i zachodniej krawędzi wykopu fundamentowego.

Poleceniem Inżyniera nr 6/T-2 z dnia 23 lipca 2010 r. Inżynier, powołując się na Subklauzulę 13.2 pkt (c) Warunków Umownych, wezwał powoda do przedstawienia oszczędności finansowych z tytułu niewykonania ww. ścianek szczelnych.

Następnie pismem z dnia 26 lipca 2010 r. powód nie zgodził się na obniżenie wynagrodzenia, wskazując, iż przedmiotowa zmiana organizacji prac ziemnych nie dawała podstawy do zastosowania Subklauzuli 13.2 pkt c Warunków Umownych, wskazując, iż zmiana ta dotyczy Robót Tymczasowych.

Inżynier, ustosunkowując się do pisma powoda podtrzymał swoje Polecenie nr (...) z dnia (...) 2010 r. Inżynier poinformował, że dalsze zwlekanie z przekazaniem informacji skutkować będzie określeniem tych oszczędności przez Zamawiającego i jednostronną redukcją kwoty umownej o wartość oszczędności.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2010 r., przedstawiono wyliczenie (kosztorys) oszczędności finansowych sporządzone przez powoda. Z wyliczenia tego wynika, iż oszczędność w stosunku do ceny umownej wynosi symboliczną kwotę 635,48 zł. Wycena ta nie została zaakceptowana decyzją Inżyniera z dnia 08 września 2010 r.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2010 r. podtrzymał stanowisko dotyczące zmiany wielkości wynagrodzenia z tytułu niewykonania ścianek szczelnych. Wskazał, iż w ofercie Konsorcjum przyjęto, że koszt wykonania ścianki szczelnej wynosi 0 zł. W odpowiedzi z dnia (...) 2010 r. Inżynier nie zaakceptował stanowiska Wykonawcy.

Następnie w wystąpieniu Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2010 r., powód doprecyzował, że już w ofercie przyjęto, że ścianka ta nie będzie realizowana. Podniósł, że w wycenie założono, że ścianka szczelna nie będzie realizowana, a wykop będzie wykonywany jako szerokoprzestrzenny, stąd koszt wykonania ścianki przyjęto jako zerowy.

Pismem z dnia 14 października 2010 r. Inżynier zatwierdził zwrot dla Zamawiającego kwoty 42.830,16 zł netto.

Ostatecznie w dniu 17 października 2011 r. sporządzony został protokół konieczności nr 15, który w imieniu (...) S.A. oraz (...) Sp. z o.o. podpisali Dyrektorowie Kontraktu, odpowiednio, J. B. oraz P. P.. Protokół podpisał także sam Inżynier. Zgodnie z treścią tego protokołu strony postanowiły, iż „zmiana sposobu realizacji prac przez zastosowanie zmienionej technologii wykonywania prac ziemnych - rezygnacja ze ścianki szczelnej/” „zmniejsza Cenę Kontraktową o 21.415,08 PLN”, przy czym „powyższa kwota jest kwotą oszczędności dla Zamawiającego”. W piśmie z dnia 23 stycznia 2012 r. skierowanym do powoda, (...) S.A. potwierdził, iż kwota 21.415,08 zł, związana z rezygnacją ze ścianki szczelnej, stanowi oszczędność dla Zamawiającego, tj. stanowi 50% całej oszczędności i kwota ta zmniejsza wynagrodzenie powoda.

(**Dowód:** Polecenie Inżyniera nr 6/T-2 z 23.07.2010 r. k. 261 oraz pismo powoda z 26.07.2010 r. k. 263, wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 29.07.2010 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 02.08.2010 r. k. 265-266, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 07.09.2010 r. z załączoną pierwszą stroną wyceny(kosztorysu) oraz odpowiedź Inżyniera z 08.09.2010 r. k. 273-274, Wystąpienie z dnia 17 września 2010 r. k. 276, odpowiedź Inżyniera z 17.09.2010 r. k. 603, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z dnia 1 października 2010 r. k. 278, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) wraz z odpowiedzią k. 535, protokół konieczności nr 15 z 17.10.2011 r. k. 280, raz pismo z 23.01.2012 r. k. 282-283, zeznania świadka P. P., czas: 01:02:51-01:05:44 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101)

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód załączył wyjaśnienia projektanta z opisem różnic pomiędzy Projektem Przetargowym a Projektem Wykonawczym w systemach bezpieczeństwa.

Inżynier w odpowiedzi z dnia 1 marca 2011 r. odmówił zatwierdzenia wystąpienia, wskazując, iż: załączone wyjaśnienie nie jest kompletne. Wskazano m.in. na brak analizy kosztowej wynikającej z zastosowania systemu zamiennego.

W wystąpieniu Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód przedstawił wstępne porównanie kosztowe rozwiązań przyjętych w Projekcie Przetargowym z rozwiązaniami technicznymi oczekiwanymi przez Inwestora, a niewynikającymi bezpośrednio z założeń Projektu Przetargowego.

Inżynier w odpowiedzi z dnia (...) 2011 r. odmówił zatwierdzenia wystąpienia, wskazując na brak wykazanych wszystkich oszczędności tytułem zmian na etapie projektu wykonawczego.

Natomiast Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód przedłożył zestawienie wartości wynikających z zaprojektowania oczekiwanych przez Inwestora rozwiązań w zakresie branży elektrycznej w stosunku do rozwiązań określonych zakresem Projektu Przetargowego.

W odpowiedzi z dnia (...) 2011 r. Inżynier zatwierdził kwotę oszczędności dla Zamawiającego jako sumę punktu 3 i 12 tj. 114.609 zł netto, zaś pozostałych kwot nie zatwierdził.

W wystąpieniu Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2012 r. powód przedstawił ostateczne rozliczenie systemów bezpieczeństwa, tj. porównanie kosztowe rozwiązań przyjętych w Projekcie Przetargowym z rozwiązaniami zamiennymi przyjętymi w Projekcie Wykonawczym. Wskazał, że wartość prac dodatkowych z tytułu wprowadzenia powyższych rozwiązań wynosi 103.543,91 zł + 166.143,79 zł tj. łącznie 269.687,69 zł + VAT, wnosząc o jego akceptację.

Inżynier, w odpowiedzi z dnia 23 kwietnia 2012 r., odmówił uznania roszczenia na kwotę 269.687,69 zł (tj. 103.543,91 zł + 166.143,78 zł) oraz jednocześnie zatwierdził zwrot dla zamawiającego kwot 75.829,16 zł oraz 69.667,10 zł jako wycenę elementów niewykonanych a wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia (...) 2011 r. Inżynier polecił uwzględnić, na etapie projektu wykonawczego, wskazaną w piśmie zmianę aranżacji pomieszczenia 00.003 (kontrola bezpieczeństwa) polegającą na wydzieleniu dodatkowego korytarza (wydłużeniu projektowanej ścianki), który także musiał zostać objęty instalacją kontroli dostępu (bezpieczeństwa).

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. oraz nr (...) / 2011 dnia (...) 2011 r. powód poinformował, iż wartość prac dodatkowych polegająca na wyposażeniu w dodatkowy punkt kontroli bezpieczeństwa nowopowstałego korytarza nr 00.622, to 13.187,46 zł.

Inżynier w odpowiedzi, kolejno, z dnia (...) 2011 r. oraz (...) 2011 r. odmówił zatwierdzenia wystąpienia, podnosząc, iż jego polecenie z dnia (...) 2011 r. nie dotyczyło pomieszczenia nr 00.622.

Wystąpieniem Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2011 r. powód doprecyzował, iż wprowadzenie zmiany polegały na konieczności doprojektowania i zamontowania dodatkowego punktu kontroli bezpieczeństwa do nowopowstałego korytarza w pomieszczeniu nr 00.003. Powód podtrzymał wycenę prac dodatkowych.

Inżynier w odpowiedzi z dnia (...) 2011 r., odmówił zatwierdzenia roszczenia finansowego. Inżynier wskazał, iż wprowadzenie zmiany polegającej na wydzieleniu strefy kontroli bezpieczeństwa pasażerów VIP, załóg nie skutkowało wprowadzeniem dodatkowego punktu kontroli bezpieczeństwa. Ilość punktów kontroli jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia (...) 2011 r. Inżynier, rozszerzając treść swojej odpowiedzi z dnia (...) 2011 r. wskazał, że Wykonawca miał obowiązek wycenić i wykonać 11 podejść dla zasilania skanerów i bramek bezpieczeństwa, co oznacza, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia powinno być 11 punktów kontroli bezpieczeństwa oraz w strefie kontroli bezpieczeństwa zostanie zamontowanych 9 kompletów urządzeń kontrolnych, co oznacza, iż 2 komplety (podejścia) stanowią oszczędność. Wskazał, iż wartość 2 niewykonanych podejść to 26 374,72 PLN netto. Poinformował, iż kwota

ta w całości jest oszczędnością dla Zamawiającego. Wobec powyższego o wartość 26.374,72 zł netto obniżono wartość kontraktową.

W wystąpieniu Wykonawcy do Inżyniera nr (...) z dnia (...) 2012 r. powód wskazał, iż nie prawdziwe jest twierdzenie Inżyniera, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia powinno być 11 punktów kontroli bezpieczeństwa. W wystąpieniu tym powód podtrzymał wartość prac dodatkowych (13.187,46 zł), tj. koszt wyposażenia w dodatkowy punkt kontroli bezpieczeństwa nowopowstałego korytarza.

Inżynier, w odpowiedzi z dnia (...) 2012 r., podtrzymał treść swojej odpowiedzi na wystąpienie z dnia (...) 2011 r.

Ostatecznie strony Kontraktu nie doszły w tym zakresie do porozumienia. Nie spisano na tę okoliczność protokołu konieczności.

(Dowód: Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z dnia 16 lutego 2011 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 01.01.2011 r. k. 285-292, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 09.05.2011 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 18.05.2011 r. k. 294-296, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 08.12.2011 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 09.12.2011 r. k. 528-530, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) / 2012z 20.04.2012 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 23.04.2012 r. k. 298-320, pismo Inżyniera z 20.01.2011 r. k. 322-323, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 29.08.2011 r. oraz odpowiedź Inżyniera z 31.08.2011 r. k. 325, wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 05.09.2011 r. wraz z załącznikami k. 836-842 oraz odpowiedź Inżyniera z 14.09.2011 r. k. 327-328, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) / 2011z 19.09.2011 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 26.09.2011 r. k. 330, Pismo Inżyniera z 27.09.2011 r. k. 332, Wystąpienie Wykonawcy nr (...) z 09.01.2012 r. wraz z odpowiedzią Inżyniera z 23.01.2012 r. k. 334)

W toku realizacji Kontraktu wszystkie pisma powoda do Inwestora były kierowane za pośrednictwem pozwanego, jako Lidera. Pozwany nie weryfikował tych pism, ani nie ingerował w ich treść. Pisma te były podpisywane przez pozwanego, gdyż taki był wymóg Umowy Konsorcjum.

(Dowód: zeznania świadka A. Z. (1), czas rozprawy: 00:27:52-00:30:16, zeznania świadka W. B., czas rozprawy: 00:57:02-00:58:29 - protokół z rozprawy z 29.04.2014 r. k. 1158-1164 i e-protokół k. 1165; zeznania świadka J. B., czas: 01:06:20-01:09:46, 01:10:12-01:12:04, zeznania świadka W. P., czas: 05:12:32-05:13:20 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238 oraz zeznania A. C. w charakterze powoda, czas: 00:07:49-00:11:21 - - protokół z rozprawy z 05.07.2017 r. k. 1783-1789 i e-protokół k. 1790)

Powód nie zgłaszał roszczeń do Zamawiającego w trybie Subklauzuli 20.1 Warunków Umowy. Powód nie korzystał z arbitrażu. Powód był przekonany, że dojdzie do porozumienia z Zamawiającym. Natomiast pozwany zgłosił wobec Zamawiającego roszczenia w powyższym trybie na łączną kwotę 7.806.952,41 zł.

(Dow ó d: końcowe rozliczenie finansowe budowy terminala t2 k. 193, brudnopis k. 446, zeznania świadka P. P., czas: 01:36:53-01:42:37, zeznania świadka S. Ś., czas: 03:45:01-03:51:29 - protokół z rozprawy z 17.02.2014 r. k. 1085-1100 i e-protokół k. 1101; zeznania świadka K. S., czas: 00:13:49-00:17:09 - protokół z rozprawy z 28.04.2014 r. k. 1151-1156 i e-protokół k. 1157; zeznania świadka A. Z. (2), czas rozprawy: 00:31:19-00:32:26 - protokół z rozprawy z 29.04.2014 r. k. 1158-1164 i e-protokół k. 1165; zeznania świadka J. B., czas: 01:18:42-01:19:33 oraz zeznania świadka W. P., czas: 04:22:13-04:23:19 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238)

W ramach rozliczeń stron z tytułu realizacji Kontraktu, powód wystawił na rzecz (...) S.A. faktury na łączną kwotę 76.301.796,11 zł, w tym fakturę VAT nr (...) na kwotę 1 407.925,89 zł netto.

Ostatnia faktura VAT nr (...) została doręczona (...) S.A. w dniu (...) 2012 r. Pozwany pismem z dnia (...) 2012 r. odesłał fakturę VAT nr (...) z dnia (...) 2012 r. bez księgowania, wskazując, iż faktura ta jest niezgodna z końcowym rozliczeniem podpisanym w dniu 26 kwietnia 2012 r., ponieważ uwzględnia wyższe wynagrodzenia należne powodowi niż wynika to z akceptacji i dokonanej zapłaty przez Inwestora.

Zamawiający na poczet wynagrodzenia za roboty objęte Kontraktem, których realizacji podjęli się strony w ramach Konsorcjum dokonał płatności w dniu (...) 2012 r.

(Dowód: faktura VAT nr (...) k. 340, faktura VAT nr (...) k. 342, faktura VAT nr (...) k. 344, faktura VAT nr (...), k. 346, faktura VAT nr (...) k. 348, faktura VAT nr (...) k. 350, faktura VAT nr (...) k. 352, faktura VAT nr (...) k. 354, faktura VAT nr (...) k. 356, faktura VAT nr (...) k. 358, faktura VAT nr (...) k. 360, faktura VAT nr (...) k. 362, faktura VAT nr (...) k. 364, faktura VAT nr (...) k. 366, faktura VAT nr (...) k. 368, faktura VAT nr (...) k. 370, faktura VAT nr (...) k. 372, faktura VAT nr (...) k. 374, faktura VAT nr (...) k. 376, faktura VAT nr (...) k. 378, faktura VAT nr (...) k. 380, faktura VAT nr (...) k. 382, faktura VAT nr (...) k. 384, faktura VAT nr (...) k. 386, faktura VAT nr (...) k. 388, faktura VAT nr (...) k. 390, faktura VAT nr (...) k. 392, faktura VAT nr (...) k. 394, faktura VAT nr (...) k. 336 oraz pismo z 04.07.2012 r. k. 338, pismo z 09.07.2012 r. k. 1083, potwierdzenia wykonania transakcji k. 600-602, zeznania świadka A. K. czas: 01:01:38-01-04:22 - protokół z rozprawy z 28.04.2014 r. k. 1151-1156 i e-protokół k. 1157; zeznania świadka J. B., czas: 02:23:15-02:24:40 - protokół z rozprawy z 06.08.2014 r. k. 1211-1237 i e-protokół k. 1238).

Sąd d zwa żył, co następuje:

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dołączonych do akt sprawy i opisanych we wcześniejszej części uzasadnienia dokumentów urzędowych i prywatnych. Za szczególnie pomocne dla rozstrzygnięcia sporu stron w niniejszej sprawie Sąd uznał: umowę konsorcjum z dnia 17 listopada 2009 r. (k. 75-78), Przejściowe Świadczenia Płatności (k. 640-686), Ostateczne Świadczenie Płatności (k. 687-698), Świadczenie Przejęcia i Protokoły Odbioru Końcowego (k. 161-174) wraz z załączonymi do nich załącznikami odnośnie stwierdzonych usterek i niezgodności w zakresie branży sanitarnej i teletechnicznej (k. 963-969, k. 1045-1048) oraz pismo powoda z dnia (...) 2012 r. skierowanego do pozwanego (k. 204). Dokumenty te nie budziły wątpliwości co do swej autentyczności, gdyż korespondowały ze sobą oraz z osobowymi źródłami dowodowym. Z tych względów Sąd uznał je za w pełni wiarygodne źródła ustaleń faktycznych

Za wiarygodną Sąd uznał opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Opinia jest spójna, jej wnioski zostały logicznie uargumentowane i stanowiły wystarczającą dla rozstrzygnięcia odpowiedź na zawarte w zleceniu sporządzenia opinii pytania. Biegły dokonał analizy całokształtu materiału dowodowego znajdującego się w aktach sprawy,

w szczególności analizy projektów i innych dokumentów dotyczących instalacji, wentylacji, klimatyzacji i chłodu, instalacji automatyki i (...), systemu telewizji przemysłowej (C.) i sygnalizacji włamania ((...)) oraz systemu kontroli dostępu (KD). Pozwany i powód nie zakwestionowali skutecznie fachowości opinii ani też nie zakwestionowali jej merytorycznie. W pisemnej, uzupełniającej opinii biegły ustosunkował się do zastrzeżeń, zgłoszonych przez strony w złożonych pismach procesowych i w tym zakresie Sąd podziela stanowisko biegłego bez potrzeby jego szczegółowego powielania. Swoje stanowisko biegły obszernie uzasadnił, odnosząc się do zgromadzonego materiału dowodowego. Sąd uznał, iż opinia wyjaśnia okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Należy w tym miejscu wskazać, że dla podważenia opinii biegłego, nie wystarczy fakt że strona jest niezadowolona z wniosków opinii, konieczne jest wskazanie konkretnych zarzutów do opinii, które dają Sądowi możliwość rzetelnej oceny opinii. Opinię tę Sąd przyjął jako podstawę do ustaleń odnośnie zgodności parametrów spornych instalacji wynikających z dokumentacji projektowej przetargowej z dokumentacją wykonawczą.

Odnosnie dowodu z pisma pozwanego do powoda z dnia (...)2012 r., co do przeprowadzenia którego oponował pozwany na rozprawie

w dniu (...)2017 r. podnosząc, iż jest on spóźniony podnieść należy, iż wobec obszerności materiału dowodowego zebranego w niniejszej sprawie uszło uwadze stron jak i Sądu podczas tej rozprawy, iż dowód ten został zgłoszony i przeprowadzony już wcześniej, tj. w dniu (...) 2014 r. W tej sytuacji nie ma żadnych wątpliwości, iż pozwany miał możliwość ustosunkowania się do treści tego dokumentu. Nie można więc uznawać dowodu tego za spóźniony.

W zakresie osobowych źródeł dowodowych to Sąd nie znalazł podstaw do odebrania przymiotu wiarygodności zeznaniom świadków P. P., B. N., D. D. i Z. D., albowiem ich treść była stanowcza, logiczna i ze sobą zbieżna, tworząc harmonijną całość. Świadkowie ci zgodnie potwierdzili, iż końcowy dokument rozliczeniowy pt. Końcowe Rozliczenie Finansowe został sporządzony bez wiedzy i zgody powoda. Potwierdzili również, że roboty w zakresie instalacji ogrzewania dachu były inicjowane przez powoda. Zeznania tych świadków znalazły oparcie w załączonych do akt sprawy dokumentach i wydanej na użytek sprawy opinii sądowej. Sąd dał wiarę pozostałym świadkom jedynie w zakresie, w jakim ich treść nie była sprzeczna z treścią w/w dowodów.

W szczególności Sąd odmówił wiary zeznaniom świadka W. P.

w zakresie, w jakim twierdził, iż parametry wykonanej instalacji wentylacji, klimatyzacji i chłodu były sprzeczne ze specyfikacją techniczną oraz że zmiany robót w zakresie instalacji ogrzewania dachu były inicjowane przez Zamawiającego. Twierdzenia w zakresie niezgodności parametrów w/w instalacji wyklucza zarówno treść Końcowego Protokołu Odbioru, gdzie nie stwierdzono jakichkolwiek zastrzeżeń co do tej instalacji, jak i też treść opinii biegłego sądowego.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 6 k.c., ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przez fakty w rozumieniu art. 6 k.c. należy rozumieć wszelkie okoliczności, z którymi normy prawa materialnego wiążą skutki prawne, w tym więc powstanie i treść stosunku prawnego. Uwzględniając treść tego przepisu wierzyciela dochodzącego od dłużnika spełnienia świadczenia obciąża ciężar wykazania przysługującej mu wobec dłużnika wierzytelności, tj. wykazania wszystkich faktów, z którymi właściwe przepisy materialne wiążą powstanie wierzytelności o określonej treści i rozmiarze.

Ze względu na powyższą zasadę dotyczącą ciężaru dowodu, zgodnie

z art. 232 k.p.c. strona w postępowaniu sądowym jest zobowiązana wskazywać fakty oraz dowody na potwierdzenie jej twierdzeń. Niewątpliwie, więc w okolicznościach niniejszej sprawy obowiązkiem stron było przytoczenie okoliczności faktycznych, z których wywodziły roszczenia

(art. 187 § 1 pkt 2 k.p.c.) i wskazanie na dowody, których przeprowadzenie potwierdziłoby zasadność ich twierdzeń o faktach (art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c.). Wszystkie okoliczności faktyczne doniosłe dla rozstrzygnięcia sprawy i składające się na podstawę faktyczną rozstrzygnięcia muszą mieć wszakże oparcie w dowodach przeprowadzonych w toku postępowania, o ile nie są objęte zakresem faktów przyznanych przez stronę przeciwną, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości (art. 229 k.p.c.) oraz co do faktów niezaprzeczonych (art. 230 k.p.c.). Zgodnie z procedurą cywilną nie do Sądu należy zarządzanie dochodzeń w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. Sąd nie jest zobowiązany do przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności spornych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 k.p.c.).

W niniejszej sprawie przedmiotem rozpoznania Sądu było powództwo

o zapłatę kwoty 1.731.748,84 zł wraz z odsetkami ustawowymi od pozwanego (...) Spółka Akcyjna w W.. Pozwem dochodzone jest wynagrodzenie za wykonanie robót (prac) powoda stosownie do podziału czynności wewnątrz stosunku nawiązanego na podstawie umowy konsorcjum z dnia 17 listopada 2009 r. Z akt sprawy wynika bezspornie, iż w trakcie wykonywania umowy przez Konsorcjum z Inwestorem, powód wystawiał faktury VAT, regulowane przez pozwanego w ramach ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. Dochodzona w niniejszym postępowaniu wierzytelność powoda jest stwierdzona fakturą VAT nr (...). Ze stanowisk procesowych stron wynika, iż pozwany odmówił zapłaty należności wynikających z tej faktury twierdząc, iż wiążące jest Końcowe Rozliczenie Finansowe podpisane przez Zamawiającego i Lidera Konsorcjum w dniu (...)2012 r.

Jest poza sporem, że powoda i pozwanego wiązała umowa konsorcjum zawarta w dniu (...)2009 r., zawarta w celu wspólnego złożenia oferty Zamawiającemu, którym był (...) w G. oraz wspólnego wykonania umowy w razie zawarcia umowy z Zamawiającym. Strony podzieliły między siebie zakres prac i określiły sposób podziału należnego wynagrodzenia za wykonanie robót w przypadku pozyskania zamówienia publicznego. Na mocy tej umowy Liderem Konsorcjum został pozwany, który miał wystawiać faktury Zamawiającemu, a po uzyskaniu zapłaty miał płacić powodowi w oparciu o faktury wystawiane pozwanemu przez powodowego partnera.

Poza sporem pozostawał także fakt, że strony zawarły umowę z Zamawiającym, który płacił pozwanemu, jako Liderowi zgodnie z otrzymanyymi fakturami, zaś podstawą dokonywania częściowych płatności były Przejściowe Świadczenia Płatności, które określały m.in. wartość danego zakresu robót (prac) i procent ich zaawansowania w danym okresie rozliczeniowym. Umowa ta została zawarta przez konsorcjum składającym się z dwóch spółek będących stronami niniejszego postępowania, ale występującym jako jeden podmiot (strona umowy).

Na tle materiałów przedmiotowej sprawy można przyjąć jako okoliczność nie budzącą wątpliwości, że ostatecznie doszło do odbioru przez Zamawiającego całości robót wykonywanych przez konsorcjum. W stosunku do jakości, terminowości czy kompletności jakichkolwiek z tych prac nie miał on zastrzeżeń. Na kanwie tych czynności doszło następnie do rozliczenia całościowego robót, jako że w rozliczeniu ostatecznym przedstawiono całkowity obmiar robót. Jednocześnie w rozliczeniu tym dokonano stosownych pomniejszeń wartości początkowej robót (prac) zrealizowanych przez powoda wedle przyjętego przez strony podziału rzeczowego, co ostatecznie skutkowało otrzymaniem przez powoda mniejszego wynagrodzenia od pierwotnie uzgodnionego. Ponadto podwyższono wartość robót (prac) zrealizowanych przez pozwanego, w wyniku czego, należne Konsorcjum, jako Wykonawcy wynagrodzenie odpowiadało wynagrodzeniu określonemu w umowie. Nie ulega wreszcie wątpliwości, że kwota odpowiadająca ustalonemu wynagrodzeniu z tytułu realizacji umowy z dnia (...) 2010 r. została wypłacona pozwanemu, jako Liderowi przez Zamawiającego.

Powództwo okazało się zasadne w zdecydowanej części.

Na wstępie należy jednak zamieścić kilka uwag odnoszących się do charakteru prawnego konsorcjum. Należy przypomnieć, iż umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, Dopuszczalność jej zawarcia nie budzi wątpliwości i wynika z treści art. 353¹ k.c. statuującego zasadę swobody umów. Powszechnie przyjmuje się, że konsorcjum jak stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się tym samym, tak jak w przedmiotowej sprawie, do wspólnego działania.

Konsorcjum nie jest odrębnym podmiotem prawa, nie ma też osobowości prawnej i zdolności sądowej. Struktura prawna konsorcjum może być skonstruowana w ten sposób, że wykonywanie wszelkich czynności jednostkowych związanych nie tylko z reprezentacją konsorcjum w sferze stosunków zewnętrznych, ale także łączących się z prowadzeniem jego spraw, koncentruje się w rękach jednego uczestnika, tzw. lidera, który w stosunkach zewnętrznych nawiązywanych przez konsorcjum z osobami trzecimi działa na rzecz konsorcjum jako takiego, zewnętrznych zaś stosunków prawnych nie nawiązują bezpośrednio poszczególni uczestnicy konsorcjum (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 lutego 2004 r. I ACA 885/2003). Podmiot wiodący w konsorcjum (lider) zasadniczo działa zatem na rzecz wszystkich konsorcjantów i nie wymaga dla swoich działań odrębnego pełnomocnictwa do składania oświadczeń woli w imieniu Konsorcjum. Lider jest także zazwyczaj podmiotem upoważnionym do otrzymywania od zamawiającego wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania umowy zawartej przez konsorcjum i przekazywania części tego wynagrodzenia pozostałym konsorcjantom, stosownie do postanowień umowy konsorcjum.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że umowa konsorcjum z dnia (...) 2009 r. zawarta między stronami niniejszego procesu miała na celu wspólny udział w przetargu a następnie, po zawarciu umowy z Inwestorem, wspólne wykonanie robót budowlanych objętych tą umową. Przesądza za tym jej treść, gdzie we wstępnej części wskazano na cel, jakim było przystąpienie do przetargu i wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa i Doprojektowanie (w zakresie części projektu wykonawczego) Drugiego Terminala pasażerskiego (...) im. (...) w G.wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą” (§ 1 ust. 1 umowy).

Z tej umowy wynika, że pozwany, jako Lider Konsorcjum został upoważniony do reprezentacji stron umowy konsorcjum przed Zamawiającym, a jego kompetencje na etapie realizacji kontraktu opisane zostały szeroko i zawierały ograniczenia w ściśle określonych tam sytuacjach (§ 5 umowy). Wynika stąd, że pozwany jak Lider Konsorcjum w ramach stosunków z Zamawiającym działał w imieniu własnym oraz jednocześnie jako pełnomocnik powoda. Czynności pozwanego dokonywane z Zamawiającym odnosiły zatem bezpośredni skutek również w sferze prawnej powoda. Wedle tej umowy, Lider przyjmując świadczenie pieniężne od inwestora działał w imieniu własnym, lecz zarazem jako uprawniony do odbioru świadczenia należnego powodowi (członkowi konsorcjum) – a zatem jako przedstawiciel powoda. Odebrawszy zaś od Inwestora świadczenie należne członkowi konsorcjum Lider miał obowiązek jego przekazania wierzycielowi.

W § 3 ust. 1 umowy konsorcjum wprowadzono system podziału rzeczowego jako podstawę realizacji i rozliczania robót. Konsekwencją przyjętego systemu było to, że zysk lub strata każdego z partnerów wynikać miała z kosztów i wpływów z tytułu realizacji przydzielonych mu robót (prac) wynikających i/lub związanych z przedmiotem Kontraktu (§ 3 ust. 3 umowy). Każdy z konsorcjantów miał zatem prawo do wynagrodzenia otrzymanego od Zamawiającego (Inwestora) jedynie w tej części, w jakiej wynagrodzenie to dotyczyło przydzielonej jemu do wykonania części zadania inwestycyjnego.

Dokonując analizy treści umowy konsorcjum należy podkreślić, iż łącząca strony umowa ma charakter mieszany i łączy w sobie elementy zarówno umowy spółki cywilnej (działanie w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, jakim było uzyskanie zamówienia publicznego oraz jego realizacja), jak i umowy zlecenia (w zakresie relacji pomiędzy liderem a partnerem w kwestii prowadzenia spraw konsorcjum).

Jak już wspomniano na wstępie, strony w ramach konsorcjum firm powoda i pozwanego w dniu (...) 2010 r. związały się z (...) Sp. z o.o. umową, której przedmiotem było wykonanie zamówienia pt. „Budowa i doprojektowanie (w zakresie części projektu wykonawczego) D. (...) (...) im. (...) w G. wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą”. Z treści umowy z inwestorem wynika wprost, iż po stronie Wykonawcy występował zarówno powód jak i pozwany. Przy czym, należy podkreślić, iż umowę z Zamawiającym zawierał Lider Konsorcjum i ten stosunek na zewnątrz łączył tylko te podmioty, zaś niewątpliwie w stosunkach wewnętrznych była to umowa zawarta na rzecz konsorcjum i miała wpływ na wzajemne stosunki partnerów konsorcjum.

W umowie z Zamawiającym ustalono wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy w formie ryczałtowej na kwotę 153.481,061,62 zł (§ 1 ust. 2 umowy). Jednym z załączników do umowy była oferta wykonawcy z Tabelą Elementów Scalonych, w której wyszczególniono elementy robót stanowiących przedmiot umowy wraz z ich wartościami. Suma tych wartości stanowiła wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w umowie tj. 153.481.061,61 zł. Poszczególne roboty były natomiast przypisane konsorcjantom – powodowi i pozwanemu. Strony ustaliły, że zakres prac przewidzianych do wykonania przez powoda i pozwanego będzie wynosił po połowie ich wartości (§ 3 ust. 2 umowy konsorcjum). Z powyższego zatem wynika, iż każdej ze stron przysługiwało wynagrodzenie za wykonany przez siebie zakres robót (prac).

W tym kontekście zwraca uwagę, iż pozwany, jako pełniący rolę Lidera konsorcjum faktycznie pośredniczył w relacjach pomiędzy Zamawiającym

a Konsorcjum, reprezentował Konsorcjum, prowadził jego sprawy, w tym rozliczenie z Zamawiającym wykonanych robót, co znalazło swe odzwierciedlenie w treści § 5 umowy konsorcjum.

Z dokonanych ustaleń wynika, iż w dniu (...) 2012 r. pozwany działając w imieniu i na rzecz Konsorcjum wyraził zgodę wobec Zamawiającego na zmniejszenie wartości poszczególnych pozycji robót (przypisanych w stosunku wewnętrznym do powoda) składających się na kwotę ryczałtu a Zamawiający z kolei wyraził zgodę na zwiększenie wartości innych pozycji robót (przypisanych w stosunku wewnętrznym do pozwanego) składających się o tę kwotę tak, że w sumie zapłaty została taka sama wartość jak ustalony umową ryczałt. Rozliczeń tych dokonano powołując się na wyczerpanie umownych procedur pozwalających na korektę umówionej ceny kontraktu.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje jednoznacznie, iż pozwany podpisując Końcowe Rozliczenie Finansowe działał bez wiedzy

i zgody powoda ze skutkiem wobec (...)

Sp. z o.o.

Wnikliwa analiza wspomnianego dokumentu, wskazuje, iż

w rozliczeniu tym w wielu pozycjach zmniejszono wynagrodzenie powoda pomimo braku jego zgody. Należy podkreślić, iż pomniejszenia te wynikają

z rzekomych oszczędności dla Zamawiającego wynikających ze zmian

w sposobie wykonywania robót. W końcowym rozliczeniu przedstawiono tabelę, która miała stanowić zestawienie zatwierdzonych protokołów konieczności zwiększających oraz minusujących wartość umowną.

W związku z tym godzi się dostrzec, że pomimo zastrzeżenia, iż tabela ta zawiera zestawienie protokołów konieczności za wyjątkiem pozycji nr 15 dotyczącej redukcji ścianki szczelnej – redukujących wynagrodzenie Wykonawcy w zakresie robót (prac) leżących w gestii powoda – brak jest jednak protokołów konieczności. Z pozycji dotyczącej redukcji ścianki szczelnej wynika natomiast, iż pomniejszono wynagrodzenie powoda o kwotę 42.830,16 zł. Tymczasem z powołanego w protokołu konieczności wynika, iż strony porozumiały się, że wynagrodzenie to ulegnie zmniejszeniu o kwotę 21.445,08 zł. W końcowym rozliczeniu finansowym pozwany potwierdził

w imieniu Konsorcjum wobec Zamawiającego, iż wartość umowna realizacji umowy opiewa na kwotę 153.481.061,62 zł, co dokładnie pokrywa się

z umówionym wynagrodzeniem ryczałtowym.

Wprawdzie Zamawiający zapłacił Wykonawcy, a ściślej pozwanemu jako Liderowi nominalnie umowną kwotę ryczałtową, to jednak w ramach tej kwoty dokonał on zapłaty mniejszej niż początkowa wartość robót (prac) powoda i większej kwoty niż początkowa wartość robót (pozwanego) pozwanego wynikająca z przyjętego systemu podziału robót (prac).

W konsekwencji powód nie otrzymał pełnej kwoty wartości początkowo umówionej z tytułu wykonanych przez siebie robót (prac).

Z perspektywy żądania pozwu, kluczowe jest jednak to, iż powód

w ramach rozliczeń nie mógł i nie może żądać więcej niż Zamawiający zapłacił Konsorcjum. Końcowe Rozliczenie Finansowe z Zamawiającym było skuteczne i ostateczne. Zgodnie z Subklauzulą 14.14 Warunków Umownych, Zamawiający nie będzie odpowiedzialny wobec Wykonawcy za żadną sprawę lub rzecz według Kontraktu lub w związku z nim lub z realizacją Robót,

z wyjątkiem sytuacji, gdy Wykonawca w tym celu wyraźnie włączy jakąś kwotę (a) do Rozliczenia Ostatecznego, a także (oprócz spraw lub rzeczy wynikłych po wystawieniu Świadczenia Przejęcia dla Robót) do Rozliczenia końcowego, opisanego w Subklauzuli 14.10. Kwoty, których powód domaga się w niniejszym postępowaniu bezsprzecznie nie zostały włączone do rozliczenia końcowego. Reasumując tę część stwierdzić trzeba, iż w ramach wzajemnych rozliczeń powód nie mógł żądać od pozwanego zapłaty wynagrodzenia z tytułu wykonanych przez siebie prac. Na gruncie

niniejszej sprawy nie można bowiem uznać, aby powód nie otrzymał jakiegos wynagrodzenia w związku z rzeczonym rozliczeniem. Powód otrzymał tyle ile mu się należało według sporządzonego rozliczenia.

W dalszej kolejności należało rozważyć wskazaną przez powoda alternatywną podstawę żądania pozwu tj. żądania odszkodowania w związku z nienależycie wykonaną umową konsorcjum przez pozwanego. Jak już wspomniano, pozwany rozliczenie z Zamawiającym podpisał w imieniu Konsorcjum, a co tym idzie czynność ta odnosiła bezpośredni skutek także

w stosunku do powoda.

Zdaniem Sądu, wobec braku szczególnych regulacji odpowiedzialności odnoszących się do stron umowy konsorcjum w zakresie ich odpowiedzialności odszkodowawczej za nienależycie wykonanie zobowiązania wynikającego z łączącej ich umowy zlecenia obejmującej m.in. umocowanie do reprezentacji partnera przez lidera konsorcjum wobec zamawiającego, zastosowanie mają ogólne zasady odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie zobowiązań umownych przewidziane w art. 471 i nast. k.c., w tym także w art. 472 w zw. z art. 355 § 2 k.c. wymagające od lidera konsorcjum zachowywania należytej staranności uwzględniającej zawodowy charakter prowadzonej działalności.

Roszczenie powoda o odszkodowanie znajduje zatem swoje normatywne podstawy w treści przepisu art. 471 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Na tle przytoczonej regulacji należy wyodrębnić przesłanki warunkujące odpowiedzialność kontraktową (ex contractu) dłużnika, a są to: niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność; szkoda po stronie wierzyciela oraz związek przyczynowy między zdarzeniem w postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Dopiero łączne ich zaistnienie

w warunkuje powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu.

Przed przejściem do bardziej szczegółowych rozważań w tym przedmiocie, Sąd uznał za godne przypomnienia, że na gruncie art. 471 k.c. to wierzyciela obciąża dowód niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, istnienia szkody w określonej wysokości oraz normalnego związku przyczynowego między naruszeniem przez dłużnika więzi zobowiązaniowej a szkodą wyrządzoną wierzycielowi (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 lutego 2013 r., I ACa 717/12).

Należy też podkreślić, iż z treści art. 471 k.c. wynika domniemanie, wedle którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania doszło na skutek okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Oznacza to, że ustawa każe domniemywać, iż przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, z którego wynikła szkoda, jest zachowanie się dłużnika lub inna okoliczność, za którą ponosi on w danej sytuacji odpowiedzialność (np. działanie osoby trzeciej, przez którą wykonuje on swoje zobowiązanie). To na dłużniku ciąży obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/2001, niepubl.).

Wziąwszy to pod uwagę należało w pierwszej kolejności rozstrzygnąć, czy w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z obowiązkiem obciążającym pozwanego. Dopiero pozytywne ustalenie będzie pozwalało Sądowi na czynienie dalszych rozważań odnośnie niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania.

Bezspornie, powód i pozwany byli związani węzłem obligacyjnym na podstawie umowy konsorcjum zawartej dnia (...) 2009 roku. Zawierając tę umowę strony uszczegółowiły warunki wzajemnej współpracy oraz określiły wzajemne prawa i obowiązki. I tak, w treści § 5 ust. 3 tej umowy konsorcjum postanowiono, że Lider Konsorcjum działa w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz drugiego Partnera – jako całości oraz wszystkich jego Partnerów z osobna i jest upoważniony do wykonywania czynności faktycznych i prawnych wobec Zamawiającego. Zaś w § 5 ust. 4 strony przyjęły, że Lider jest upoważniony do realizacji kontraktu, łącznie

z przekazywaniem Partnerowi płatności otrzymywanych od Zamawiającego przypadających na rzecz drugiego Partnera (pkt 1), przekazywania Zamawiającemu wniosków i dokumentów przekazywanych przez obu Partnerów, w oparciu o warunki kontraktu (2), występowania w imieniu i na rzecz obu Partnerów w sprawach ewentualnych robót dodatkowych

i zamiennych. Wewnętrzna struktura konsorcjum zawartego przez strony procesu została skonstruowana zatem w ten sposób, że wykonywanie wszelkich czynności jednostkowych związanych nie tylko z reprezentacją konsorcjum w sferze stosunków zewnętrznych, ale także łączących się

z prowadzeniem jego spraw skoncentrowało się w rękach jednego uczestnika, tzw. Lidera, którym było pozwany.

Dodatkowo, w ramach Konsorcjum, pozwany zobowiązał się informować na bieżąco Partnera, o wszystkich sprawach prowadzonych

w imieniu Partnerów, a jednocześnie zobowiązał się prowadzić sprawy równie bezstronnie i sumiennie jak własne. W stosunkach wewnętrznych zobowiązany jest uzyskać uprzednią pisemną zgodę Partnera na: i) złożenie oferty, która ma być złożona Zamawiającemu, ii) wprowadzenie jakichkolwiek zmian do umowy zawartej z Zamawiającym, iii) zwolnienie Zamawiającego od zobowiązań. (§ 5 ust. 5).

Z treści postanowienia § 5 umowy Konsorcjum wynika, że Lider Konsorcjum miał obowiązek prowadzić sprawy nie uprzywilejowując żadnego z Partnerów. Niewątpliwie miało to służyć zabezpieczeniu interesów członków Konsorcjum przed ewentualnymi nadużyciami ze strony pozwanego z racji pełnionej przezeń funkcji Lidera Konsorcjum. Nadto treść przywołanego postanowienia wskazuje, iż zmiana postanowień umowy, a za taką niewątpliwie uznać trzeba zmianę wysokości wynagrodzenia ryczałtowego (stanowiącego essentialia negotii umowy zawartej przez Wykonawcę z Zamawiającym), wymaga uprzedniej pisemnej zgody partnera (powoda).

W przeciwnym razie pozwany, jako Lider Konsorcjum mógłby bez wiedzy

i zgody powoda zmieniać wysokość pierwotnie ustalonego wynagrodzenia. Postanowienie zawarte w § 5 ust. 5 umowy konsorcjum niewątpliwie miało temu zapobiegać. Można wręcz stwierdzić, iż umowa konsorcjum de facto wprowadza wymóg konsensusu stron stosunku konsorcjonalnego w kwestii zmiany umowy łączącej Konsorcjum z Zamawiającym.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego należy stwierdzić, że skoro pozwany wyraził zgodę na pomniejszenie wynagrodzenia ryczałtowego Konsorcjum z tytułu prac wykonanych przez powoda, to powinien uzyskać w świetle § 5 ust. 5 umowy konsorcjum, uprzednio zgodę powoda, czego w niniejszym postępowaniu nie wykazał.

W ocenie Sądu pozwany nie tylko nie wykazał, aby legitymował się wspomnianą zgodą, co też nie wykazał, aby powód godził się na zmniejszenie swojego wynagrodzenia w związku z powoływanymi zmianami w sposobie wykonania części robót (prac).

Wprawdzie jak wynika z powoływanych wystąpień powoda

i korespondencji z Zamawiającym zmiany sposobu wykonywania umowy powodujące oszczędności miały miejsce, to jednak z Przejściowych Świadczeń Płatności, Ostatecznego Świadczenia Płatności, Protokołu Odbioru Końcowego, a także z opinii biegłego wynika, iż nie wpłynęły one w żadnej mierze na zakładaną umową jakość i zakres wykonanych robót (prac). Powód wykonał swoją część robót (prac) zgodnie z treścią umowy.

Nie można jednocześnie pominąć, iż praktyka ukształtowana między Wykonawcą a Zamawiającym wskazuje, iż zmiana wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy na skutek dokonanych oszczędności była potwierdzana protokołami konieczności. Dla przykładu, redukcja realizacji fragmentu ulicy (...) wiązała się z oszczędnościami po stronie Zamawiającego w kwocie 57.326,77 zł netto, co zostało potwierdzone protokołem konieczności nr (...) z 14.02.2011 r., natomiast zmiana ogrodzenia pomiędzy T1 i T2 wiązała się dopłatą po stronie Wykonawcy w kwocie 30.305,02 zł netto, co zostało potwierdzone protokołem konieczności nr (...) z 03.04.2012 r. Wzmiankowane roboty (prace) wedle przyjętego przez strony podziału rzeczowego robót leżały po stronie pozwanego.

W tym kontekście jawi się oczywisty brak protokołów konieczności w odniesieniu do oszczędności dotyczących systemu wentylacji, klimatyzacji i chłodu o kwotę 1.217.072,60 zł, redukcji instalacji dla dwóch stanowisk kontroli bezpieczeństwa na kwotę 26.374,7 zł, ogrzewania dachu na kwotę 157.655,20 zł, systemu sygnalizacji włamania – Automatyka i (...) na kwotę 38.587,76 zł i kwotę 78.237,75 zł, systemu C. oraz S. i KD na kwoty 69.667,10 zł i 75.829,16 zł, które zredukowały ustalony ryczałt. Już choćby sam brak tych protokołów w odniesieniu do tych zmian poddaje pod wątpliwość zasadność redukcji wynagrodzenia Wykonawcy o wskazane kwoty.

W ocenie Sądu brak podpisanych protokołów konieczności świadczy o tym, iż na etapie wykonywania umowy Konsorcjum nie osiągnęło z Zamawiającym porozumienia co do wartości ewentualnych oszczędności z tytułu tych zmian. Niemniej jednak częściowe odbiory tych robót oraz rozliczenie ich w Ostatecznym Rozliczeniu świadczy o akceptacji tych zmian przez Zamawiającego. Stanowcze sprzeciwy powoda w korespondencji z pozwanym co do dokonywania rozliczeń z Zamawiającym bez jego udziału powinny w tych okolicznościach być sygnałem, iż nie wyraża on zgody na zmniejszenie wynagrodzenia ryczałtowego w ramach należności za wykonany przez niego zakres robót. W piśmie z dnia (...) 2012 r., skierowanym do pozwanego, powód oznajmił, iż wszelkie rozmowy i uzgodnienia dotyczące zmian przedmiotu umowy oraz wszelkich innych zmian winny być dokonywane z udziałem powoda i wymagają jego akceptacji. Pismo to niewątpliwie unaocznia, iż wolą powoda było uczestniczenie we wszystkich spotkaniach finansowych, które miały rozliczyć wykonany kontrakt.

Pomimo tych okoliczności pozwany, jako Lider Konsorcjum odwołał planowane na (...) 2012 r. spotkanie z pozwanym (radę konsorcjum)

i w tym samym dniu spotkał się z Zamawiającym i wyraził zgodę na dokonanie stosownych pomniejszeń umówionego ryczałtu. Takie działanie pozwanego jest ewidentnym przejawem jego złej woli w reprezentacji powoda wobec Zamawiającego. Niewątpliwie stanowiło ono naruszenie warunków umowy konsorcjum, w szczególności § 5 tej umowy i świadczy o nienależytym wykonaniu zobowiązania a także o świadomym przekroczeniu umocowania do działania w imieniu powoda. Pozwany pomimo braku zgody powoda, ignorując całkowicie jego stanowisko co do ewentualnych pomniejszeń należnego dlań wynagrodzenia, zgodził się na zmniejszenie wartości początkowej robót (proc) zrealizowanych przez powoda, przez co nie dochował dbałości o jego interes. Wobec powyższego pozwany zobowiązany jest wobec powoda do naprawienia szkody.

Nieuzasadnione są podnoszone w toku procesu zarzuty pozwanego, odnoszące się do tego, iż kwoty pomniejszeń zostały uprzednio zaakceptowane przez powoda, o czym świadczyć miałyby notatka sporządzona przez A. B. (k. 447). W notatce tej wskazano rzekome wartości do wypłaty obu konsorcjantów, zaakceptowane przez Inwestora. Podnieść w tym miejscu trzeba, iż jak już wyżej wspomniano, umowa konsorcjum wymagała uprzedniej zgody powoda wyrażonej na piśmie na dokonanie zmian w umowie zawartej w Zamawiającym. Nie można też pomijać faktu, iż spotkanie to miało nieformalny charakter, zaś słuchani świadkowie wskazywali, iż poczynione na nim ustalenia miały być jedynie punktem odniesienia dla ostatecznych rozliczeń robót.

Oceniając działania pozwanego jako nienależyte wykonanie umowy konsorcjum w zakresie reprezentacji powoda przed zamawiającym Sąd doszedł do przekonania, iż pozwany nie dołożył w tym zakresie należytej staranności, w tym tej wymaganej w art. 355 § 2 k.c., który stanowi, iż należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Trzeba tu bowiem podkreślić, iż pozwany jest profesjonalistą w zakresie wykonywania umów o roboty budowlane w skali największych inwestycji budowlanych. Przedstawiciele pozwanego, jako specjaliści w tym zakresie, powinni zatem posiadać fachową wiedzę w zakresie zarówno rozliczeń z inwestorami jak i stosunków prawnych z konsorcjantami. W tym przypadku działania pozwanego stoją w ewidentnej sprzeczności z regułami starannego działania w tym zakresie.

Jako, że z odpowiedzialnością odszkodowawczą łączą się przesłanki istnienia szkody i związku przyczynowego między tą szkodą a działaniem sprawy koniecznym staje się rozważenie czy nienależyte wykonywanie przez pozwanego umowy konsorcjum wywołało po stronie powoda szkodę.

Niewątpliwie w kodeksie cywilnym pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. W nauce prawa przyjmuje się, że szkodą jest uszczerbek majątkowy, czyli zmniejszenie się majątku wskutek określonego zdarzenia, z pominięciem tych, które zależą od woli doznającego uszczerbku. Szkodę definiuje się również jako wszelkie uszczerbki w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swej woli. Uszczerbek ten polegać może na zmniejszeniu się aktywów, zwiększeniu pasywów bądź udaremnieniu powiększenia się majątku. Pierwsze dwie sytuacje określane są jako strata czyli *damnum emergens* prowadząca do pogorszenia się sytuacji majątkowej poszkodowanego. Natomiast szkoda związana z utraconymi korzyściami tzw. *lucrum cessans* polega na tym, że majątek poszkodowanego nie wzrósł tak, jakby się stało, gdyby nie nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę. Niewątpliwie szkoda w postaci utraconych korzyści ma zawsze charakter hipotetyczny i do końca nieweryfikowalny. Powinna być jednak przez poszkodowanego wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, aby uzasadniała ona w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 1979 r., II CR 304/79). W doktrynie wyróżnia się również tzw. szkodę ewentualną czyli utratę szansy uzyskania korzyści majątkowej. Różni się ona od *lucrum cessans* tym, że w drugim przypadku szansa utraty korzyści graniczy z pewnością. Z kolei w przypadku szkody ewentualnej prawdopodobieństwo to jest o wiele mniejsze i szkoda ewentualna nie podlega naprawieniu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2001 r., IV CKN 328/00).

W świetle dokonanych ustaleń nie ulega wątpliwości, iż na skutek stosownych pomniejszeń pierwotnie ustalonej wartości robót (prac) zrealizowanych przez powoda (tj. poz. 15, poz. 34, poz. 37, poz. 38, poz. 40 i poz. 66 tabeli zamieszczonej w Końcowym Rozliczeniu Finansowym), powód otrzymał jedynie część ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego. Szkoda wierzyciela (powoda) polega w takiej sytuacji na wystąpieniu uszczerbku spowodowanego nieuzasadnionym zmniejszeniem wartości robót leżących po stronie powoda od pierwotnie ustalonej wartości ryczałtowej, w wyniku czego ten otrzymał mniejszą kwotę na poczet wynagrodzenia, od tej która wynikała z uzgodnionego ryczałtu.

Należy wskazać, iż w § 1 ust. 1 aktu umowy strony umówiły się na wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy w ryczałtowej wysokości 153.481.061,62 zł. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., II CRN 913/97). Wprawdzie powołany wyrok zapadł na tle przepisów umowy o dzieło, to jednak stanowisko to jest nadal aktualne biorąc uwagę fakt, iż wynagrodzenie ryczałtowe nie zostało uregulowane w przepisach Kodeksu cywilnego dotyczących umowy o roboty budowlane oraz podobieństwo regulacji w zakresie konstrukcji umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane. Wynagrodzenie w kwocie podanej w umowie przysługiwało zatem za wszystkie roboty rzeczywiście wykonane w związku z realizacją umowy, a także ewentualne roboty dodatkowe, których wykonanie było konieczne do prawidłowego wykonania całości przedmiotu umowy.

W Subklauzuli 14.1 Warunków Umownych dodatkowo wskazano, że zryczałtowana Zaakceptowana Kwota Umowna, stanowi całkowite i pełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy, jego prawidłowe i zgodne z Umową funkcjonowanie i użytkowanie i nie będzie już podlegała jakimkolwiek zmianom i negocjacom pomiędzy Stronami, chyba że niniejszej warunki w sposób jednoznaczny i bezpośredni dopuszczają jej zmianę i/lub korektę przez Zamawiającego. Jednocześnie wykluczone jest żądanie Wykonawcy dotyczące podwyższenia Zaakceptowanej Kwoty Umownej, poza sytuacją, gdy taka możliwość jest wyraźnie przewidziana w Umowie. W Subklauzuli 12.3 Warunków Umownych wskazano, iż Zaakceptowana Kwota Umowna ma charakter ryczałtowy i nie podlega późniejszym negocjacom czy zmianom, za wyjątkiem przypadków gdy:

(a) Inżynier zleci Wykonawcy wykonanie robót dodatkowych, uzupełniających (Zmiany), (b) Wykonawca nie wykona Robót w jakiegokolwiek części lub nie dostarczy Materiałów i (...) niezależnie od przyczyny za zgodą Zamawiającego wyrażoną na piśmie, (c) Wystąpi jednak lub więcej z okoliczności przewidzianych w subklauzulach 13.2, 13.5, 13.6 lub 13.7.

Jednocześnie w ocenie Sądu pozwany nie wykazał, aby zaistniały przesłanki zmniejszenia ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawcy, a ściślej wynagrodzenia za prace, za które w relacji wewnątrz konsorcjalnej odpowiadał powód i za które należy mu się wynagrodzenie stosownie do wartości robót (prac) przyjętych w tabeli elementów scalonych. Należy podkreślić, iż co do większości prac objętych powództwem Zamawiający potwierdzał w kolejnych Przejściowych Świadectwach Płatności ich pełne wykonanie, konsekwentnie powołując ich pierwotnie ustaloną wartość umowną. Powyższe zresztą zostało uwidocznione w tabeli rozliczeniowej sporządzonej w dniu (...) 2012 r. Okoliczności te czynią całkowicie bezpodstawną decyzję pozwanego, który w tym samym dniu, jako Lider wyraził zgodę na zmniejszenie – w końcowym rozliczeniu – wynagrodzenia za prace wykonane przez powoda.

Zdaniem Sądu zebrany w sprawie materiał dowodowy świadczy o tym, iż cały zakres robót został przez Wykonawcę, w tym powoda, wykonany. Okoliczność tę potwierdzają załączone do pozwu Świadectwo Przejęcia

i Protokoły Odbioru Końcowego (k. 161-174). W punkcie 6 wymienionego świadectwa ustalono wartość przyjętych robót na 153.481.061,62 zł netto,

a więc na kwotę, która pokrywa się z ustaloną wartością Kontraktu

(§ 1 Aktu umowy). Należy w tym miejscu stwierdzić za biegłym, że w aktach sprawy brak jest jakiegokolwiek danych o nieprawidłowościach

z funkcjonowaniem wykonanych przez pozwanego instalacji. Nadto słuchany w sprawie przedstawiciel Inwestora T. K. potwierdził, że roboty zostały wykonane prawidłowo, bez zarzutów. W szczególności nie sposób uznać, aby wykonana przez powoda instalacja wentylacji, klimatyzacji i chłodu były niezgodna z umową. Wyklucza to sam fakt, iż parametry wykonanej przez powoda instalacji są zgodne z wymaganiami Specyfikacji (...) Wykonania i Odbioru (...) Mechanicznych, stanowiącej załącznik do umowy z Zamawiającym. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez żadną ze stron. Fakt ten przyznał na rozprawie W. P., słuchany jako świadek, pełniący wówczas funkcję Inżyniera Kontraktu.

Z tego też względu, potencjalna ich niezgodność z Projektem Przetargowym nie ma żadnego znaczenia, albowiem specyfikacje techniczne wykonania

i odbioru robót mają wyższe pierwszeństwo dla celów interpretacyjnych aniżeli dokumentacja projektowa, rysunki, wykazy, oferta Wykonawcy wraz

z załącznikami (§ 3 Aktu umowy). Dodatkowo w załączniku nr 22 do Protokołu Odbioru Końcowego nie odnotowano żadnych zastrzeżeń co do nieprawidłowych parametrów tychże urządzeń. Nadto z opinii biegłego sądowego wynika, iż oszczędności z faktycznie zaprojektowanej i wykonanej przez powoda instalacji wynoszą 93.194,16 zł, a nie, jak ustalił Inżynier Kontraktu, na kwotę 1.217.062,60 zł.

Z całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego,

w szczególności z Przejściowych Świadectw Płatności, Ostatecznego Świadectwa Płatności, Protokołu Odbioru Końcowego, a także z opinii biegłego wynika, iż zmiany sposobu wykonywania umowy przez powoda nie wpłynęły na zakładaną umową jakość i zakres wykonanych robót. Częściowe odbiory tych robót oraz rozliczenie ich w Ostatecznym Rozliczeniu świadczą o akceptacji tych zmian przez Zamawiającego.

Z akt sprawy wynika, iż w Końcowym Rozliczeniu Finansowym podpisanym przez pozwanego, jako Lidera Konsorcjum i Zamawiającego nie zostały uwzględnione w ramach należnego powodowi wynagrodzenia ryczałtowego następujące kwoty:

- kwota 1.170.868,52 zł, stanowiąca różnicę pomiędzy kwotą 1.217.062,60 zł, o którą pozwany bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, zmniejszył, ze skutkiem wobec zamawiającego, wynagrodzenie powoda a kwotą 46.194,08 zł, a kwotą wyliczoną przez powoda, jako kwotą oszczędności, o którą to wynagrodzenie miało być pomniejszone;
- kwota 39.118,87 zł, stanowiąca połowę kwoty całej oszczędności, o którą pozwany bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgodę zmniejszył ze skutkiem wobec Zamawiającego wynagrodzenie powoda;
- kwota 78.827,60 zł, stanowiąca połowę kwoty całej oszczędności, o którą pozwany bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgodę zmniejszył ze skutkiem wobec Zamawiającego wynagrodzenie powoda;
- kwota 21.415,08 zł, stanowiąca różnicę pomiędzy kwotą 42.830,16 zł, o którą pozwany bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, zmniejszył, ze skutkiem wobec Zamawiającego, wynagrodzenie powoda a uzgodnioną kwotą 21.415,08 zł, o którą to wynagrodzenie miało być pomniejszone;
- kwota 75.829,16 zł, 69.667,10 zł i 38.587,76 zł, o które pozwany bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, zmniejszył, ze skutkiem wobec Zamawiającego wynagrodzenie powoda;
- kwota 26.374,72 zł, o pozwany bez żadnych podstaw oraz nie informując powoda i nie uzyskując jego zgody, zmniejszył, ze skutkiem wobec Zamawiającego wynagrodzenie powoda.

Niemożność uzyskania wynagrodzenia od Inwestora w łącznej kwocie 1.520.688,81 zł (mieszczącej się w ramach uzgodnionego ryczałtu) było konsekwencją podpisanego przez pozwanego wbrew wiedzy i zgody pozwanego Końcowego Rozliczenia Finansowego dokonującego pomniejszeń wynagrodzenia za roboty (prace) wykonane przez powoda. Test warunku koniecznego (*conditio sine qua non*), pozwala stwierdzić, że pomiędzy zdarzeniem szkodzącym (nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego tj. zmianą wysokości wynagrodzenia bez zgody powoda, a tak zdefiniowaną szkodą zachodzi obiektywna zależność.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy prowadzi do wniosku, że powód nie może otrzymać tych kwot tytułem części należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego (stosownie do podziału rzeczowego robót) od Zamawiającego z uwagi na dokonanie końcowego rozliczenia budowy. Trzeba przy tym podkreślić, iż Klauzula 20 Warunków Umownych obszernie regulująca zagadnienie roszczeń, sporów i arbitrażu nie zmienia tej oceny. Powodowi w ramach wiążącego Kontraktu przysługiwało ustalone w formie ryczałtu wynagrodzenie. Natomiast Subklauzula 20.1. odnosi się jedynie do dodatkowych płatności. Dlatego w odniesieniu do umówionego ryczałtu Klauzula ta nie mogła mieć zastosowania.

Mając na względzie powyższą argumentację należało uznać, że powód wykazał, iż pozwany ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania, co w konsekwencji do uwzględnienia powództwa co do łącznej kwoty 1.520.688,81 zł.

Żądanie pozwu dalej idące należało oddalić. W ocenie Sądu powód nie wykazał, aby strony kontraktu umówiły się na wynagrodzenie za dostawę i montaż dodatkowego punktu kontroli bezpieczeństwa na kwotę 13.187,46 zł, oraz kwot 103.543,91 zł i 166.143,78 zł tytułem zwiększonych kosztów rozwiązań zamiennych i systemów bezpieczeństwa. Podkreślenia ponownie wymaga, iż wedle Subklauzuli 12.3 lit. a Warunków Umownych, Zaakceptowana Kwota Umowna ma charakter ryczałtowy

i nie podlega późniejszym negocjacom czy zmianom, za wyjątkiem przypadków, gdy Inżynier zleci Wykonawcy wykonywanie robót dodatkowych, uzupełniających (Zmiany). W warunkach umowy strony zastrzegły rygor formy pisemnej dla zmian jej postanowień (§ 5 umowy). Oznacza to, iż przyjęte przez strony zasady określania robót dodatkowych w ramach tego stosunku umownego muszą być wykonane w sposób ścisły w umowie ustalony, bo zmiana tych zasad wymaga zmiany umowy, a ta z kolei wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności. Tym samym rozszerzenie prac w stosunku do ich zakresu umownego wymagało zawarcia pisemnego aneksu.

W realiach niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że Zamawiający, w tym Inżynier, nie zlecił Wykonawcy wykonania robót dodatkowych i uzupełniających. Wypada wskazać, iż treści Subklauzuli 14.1 Warunków Umownych, wynika, że Zryczałtowana Zaakceptowana Kwota Umowna, stanowi całkowite i zupełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy, jego prawidłowe i zgodne z Umowną funkcjonowanie i użytkowanie i nie będzie już podlegała jakimkolwiek zmianom i negocjacom pomiędzy Stronami (...) . Z kolei zryczałtowana Zaakceptowana Kwota Umowna, obejmuje wszelkie ryzyka, koszty i zysk Wykonawcy związane z realizacją, i ukończeniem Robót (włączając w to próby, rozruch, usunięcie wad i usterek, usunięcie ewentualnych kolizji), nawet wtedy gdy Wykonawca ich nie przewidział i/lub nie ujął w Dokumentach ofertowych. Zgodnie z akapitem czwartym Subklauzuli 14.1 Warunków Umowy, wykluczone jest żądanie Wykonawcy dotyczące podwyższenia Zaakceptowanej Kwoty Umownej, poza sytuacją, gdy taka możliwość jest wyraźnie przewidziana w Umowie. W ocenie Sądu powód nie powołał żadnego miarodajnego dowodu pozwalającego ustalić okoliczności istotne dla uzasadnienia żądania pozwu w zakresie wynagrodzenia za prace dodatkowe i zamienne. Godzi się tu również przypomnieć, iż do dodatkowych płatności odnosi się tryb przewidziany Subklauzulą 20.1. Powód, aby uzyskać dodatkowe płatności od zamawiającego powinien był zatem wyczerpać najpierw tę drogę, tymczasem bezspornym jest, iż taka procedura nie była w ogóle wszczynana. Nie można więc w tym przypadku zarzucać pozwanemu, iż to jego działania spowodowały po stronie powoda szkodę.

Z tych wszystkich względów, Sąd na podstawie art. 471 k.c. w pkt I zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.520.688,81 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od dnia (...) 2012 r. do dnia (...)2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia do dnia zapłaty. Powództwo dalej idące na podstawie art. 471 k.c. a contrario a także art. 647 k.c. a contrario Sąd oddalił, o czym Sąd orzekł w pkt II sentencji orzeczenia.

W kwestii odsetek Sąd oparł się na treści art. 481 k.c. w zw. z art. 476 in principio k.c. Zgodnie z art. 476 k.c., dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie. Sąd uwzględnił również brzmienie art. 481 k.c. obowiązujące od 1 stycznia 2016 r., od której to daty odsetki ustawowe związane z opóźnieniem dłużnika są nazwane odsetkami ustawowymi za opóźnienie.

Sąd zasądził odsetki zgodnie z żądaniem pozwu tj. w dniu 4 lipca 2012 r., w którym nastąpiło doręczenie pozwanemu faktury VAT nr (...) z 29.06.2012 r. Wymagalność roszczenia odszkodowawczego, dochodzonego na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.), ustalana jest bowiem przy zastosowaniu reguł określonych w art. 455 k.c., zgodnie z którym termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, obciążając nimi w przeważającej części pozwanego, który przegrał proces. Zgodnie bowiem z art. 100 k.p.c. w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone.

Powód żądał w niniejszej sprawie 1.731.748,84 zł (100%). Sąd uwzględnił powództwo co do kwoty 1.520.688,81 zł (87 %). A zatem wygrana powoda to 87%, a wygrana pozwanego to 13%.

A zatem z kosztów powoda w kwocie 114.188 zł (86.588 zł opłata od pozwu, 21.600 zł koszty zastępstwa procesowego, 6.000 zł zaliczka na biegłego) na jego rzecz należna było 87% tj. 99.343,56 zł, a z kosztów pozwanego w kwocie 27.600

zł (3.588) na jego rzecz należne było 13 % tj. 3.588 zł. W konsekwencji różnica na rzecz powoda wynosi 95.755,56 zł, co uwzględniono w pkt III wyroku.

Koszty zastępstwa procesowego wyliczone zostały na podstawie § 6 pkt w zw. z § 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. Sąd wziął tu pod uwagę niezbędny nakład pracy pełnomocników, a także charakter sprawy i wkład pracy w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia. Trzeba bowiem zauważyć, iż sprawa była obszerna i wielowątkowa. Dotyczyła wielkiej inwestycji (budowa portu lotniczego). Sama dokumentacja zajmowała IX tomów akt. W sprawie przeprowadzono kilka wielogodzinnych rozpraw. Opinia biegłego sporządzana była ponad rok czasu. Pełnomocnicy wielokrotnie zajmowali stanowiska zarówno na piśmie jak i na rozprawach. Podstawę zasądzenia tej opłaty stanowi stawka minimalna określona w powołanym przepisie, która na dzień wniesienia pozwu w niniejszej sprawie wynosiła 7.200 zł. Opłata ta nie może być wyższa niż sześciokrotna stawka minimalna ani przekraczać wartości przedmiotu sprawy. Biorąc pod uwagę powyższe kryteria Sąd, uwzględniając stanowiska pełnomocników stron, przyznał im trzykrotność tej stawki. Ostatecznie natomiast zasądzone zostały należności wynikające ze stosunkowego rozkładu kosztów, co opisane zostało powyżej.

Zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu i opisaną powyżej zasadą stosunkowego rozkładu kosztów Sąd w pkt IV wyroku nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gdańsku od powoda jako przegrywającego w 13 % - kwotę 874,68 zł, a od pozwanego jako przegrywającego w 87 % - kwotę 5.853,64 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych. Na koszty te składały się wynagrodzenia biegłych (12.148,50 zł + 4.411,86 zł + 479,55 zł + 833,04 zł + 767,37 zł) oraz koszty stawiennictwa świadka 88 zł. Łącznie koszty te wyniosły 18.728,32 zł, z czego 12.000 zł zostało pokryte przez zaliczki uiszczone przez strony.

W konsekwencji do rozdziału stosunkowego pozostało 6.728,32 zł (z czego 87 % to 5.853,64 zł, a 13 % to 874,68 zł).

Gdańsk, dnia 11 września 2017 r.

SSO Agnieszka Mankiewicz