

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 12 marca 2020 roku powód (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w Ł. wniósł o zasądzenie od pozwanej (...) z siedzibą w D. kwoty 3. 800 800 euro oraz 1. 000 złotych wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia doręczenia pozwu do dnia zapłaty i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu żądania powód wskazał, że roszczenie dochodzone pozwem wynika z zawartej pomiędzy stronami umowy podwykonawczej.

Powoda łączyła z (...) umowa, której przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie mieszkań w technologii domów modułowych na wyspie Helgoland w Niemczech. Umowa jako zabezpieczenie przewidywała ustanowienie na rzecz zamawiającego na zlecenie powoda gwarancji bankowej w kwocie 3. 800 800 euro. W trakcie realizacji gmina umowę rozwiązała, wskazując, jako podstawę nienależyte wykonanie zobowiązań. Gmina sformułowała również żądanie wypłaty gwarancji bankowej w wysokości 3. 800 800 euro, która to kwota została po zrealizowaniu gwarancji pobrana przez bank z rachunku powoda. Roszczenia powoda wynikają z niewykonania przez pozwanego, który realizował prace w ramach umowy z Gminą swoich zobowiązań wskazanych w umowie podwykonawczej, które to niewykonanie stanowiło podstawę rozwiązania umowy przez Gminę.

Powód jest ponadto jednym ze współników ( komandytariuszem) pozwanego.

(pozew k. 4 – 30)

W dniu 21 lipca 2020 roku pozwana złożyła odpowiedź na pozew. Przed wdaniem się w spór, co do istoty sprawy pozwana wskazała, że w sprawie nie zachodzi jurysdykcja krajowa – nie ma zastosowania żaden z łączników uzasadniających jurysdykcję krajową , ponieważ siedziba pozwanej znajduje się na terytorium Niemiec, nie zostały spełnione przesłanki z art. 1103 ( 7 ) kpc. o nadto nie można przyjąć, że powódka i pozwany zawarły umowę prorogacyjną – pozew powinien więc być odrzucony.

W przypadku nie uwzględnienie powyższego zarzutu wniosła o oddalenie powództwa w całości jako bezzasadnego.

Pozwana zaprzeczyła m. in, aby nie wykonała zobowiązań wynikających z umowy podwykonawczej z dnia 3 kwietnia 2018 roku, aby do rozwiązania umowy przez Gminę H. o generalne wykonawstwo doszło z przyczyn leżących po stronie pozwanej lub spółki (...) w Polsce a szkoda powódki pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem przez DM lub (...) ich zobowiązań umownych, zaprzeczyła również, iż przyjęła na siebie ogół wszelkich ryzyk i odpowiedzialność za realizację umowy o generalne wykonawstwo, w szczególności, aby zobowiązała się zwolnić powódkę od obowiązku zapłaty roszczeń Gminy H..

Ponadto pozwana podniosła, iż powód nie posiada pełnej legitymacji procesowej czynnej w niniejszym postępowaniu z uwagi na okoliczność zawarcia w dniu 19 stycznia 2018 roku umowy konsorcjum na potrzeby wykonania przedmiotu umowy z (...) z podmiotami (...) oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prawa duńskiego. Jako wykonawcę w umowie zawartej z Gminą wskazano konsorcjum, jako całość reprezentowane łącznie przez Przedstawiciela Konsorcjum (...). Powódka nie otrzymała umocowania do samodzielnego dochodzenia roszczeń związanych z umową konsorcjum, nie upoważniono jej też do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniach sądowych, w tym w postępowaniach przeciwko podwykonawcom. K. nie przeniesli również na nią swoich roszczeń.

Ponadto podniosła, że gwarancja na rzecz Gminy H. została wystawiona na zlecenie powoda w celu zabezpieczenia zwrotu zaliczki w wysokości 3. 800 800 euro w celu zabezpieczenia zwrotu zaliczki wpłaconej przez gminę na podstawie umowy o generalne wykonawstwo. Umowa o generalne wykonawstwo nie zobowiązywała powoda do ustanowienia zabezpieczenie właśnie w takiej formie.

Wskazana zaliczka została uiszczona niezależnie od postępu robót budowlanych. W związku z odstąpieniem przez Gminę H. od umowy o generalne wykonawstwo strony tej umowy na podstawie ogólnych reguł prawa cywilnego powinny sobie zwrócić wszystko, co uprzednio wzajemnie świadczyły.

Wytaczając przedmiotowe powództwo powódka nie dokonała rozliczenia robót budowlanych wykonanych w ramach umowy o generalne wykonawstwo. Ponadto powódka nie realizowała wymagalnych płatności wobec swoich podwykonawców. Nie sposób, zatem uznać za uzasadnione twierdzenia, że poniosła szkodę.

Fakt, że umowa o generalne wykonawstwo została wypowiedzenia nie potwierdza jeszcze, że stało się to z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi pozwany.

Powódka nie współpracowała z pozwaną ani z D. M. w Polsce przy wykonywaniu umowy podwykonawczej ani umowy dostawy, w szczególności nie regulowała swoich wymagalnych zobowiązań. W chwili podpisania aneksu numer (...) do umowy o generalne wykonawstwo w dniu 19 marca 2019 roku powódka zalegała z płatnością szeregu faktur wystawionych przez DM. Opóźnienie w płatności na rzecz DM (wytwórcę domów modułowych) wynosiło kilka miesięcy i obejmowało łączną kwotę kilkuset tysięcy złotych.

W tych okolicznościach ani DM ani (...) obiektywnie nie miały możliwości prowadzenia dalszych prac wynikających z umowy dostawy i umowy podwykonawczej z uwagi przede wszystkim na niewywiązywanie się względem nich przez powoda z jego zobowiązań wzajemnych.

Za bezzasadne uznać należy sformułowane w oparciu o art. 471 KC roszczenia powódki o naprawienie szkody, jaką rzekomo poniosła z przyczyn leżących po stronie DM i (...).

Ponadto powódka nie wypowiedziała skutecznie umowy podwykonawczej.

(odpowiedź na pozew k. 466 – 504)

### ***Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

W dniu 19 stycznia 2018 roku pomiędzy powodem a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością prawa niemieckiego z siedzibą we F. i S. A.. S. z ograniczoną odpowiedzialnością prawa duńskiego z siedzibą w K. zawarta została umowa Konsorcjum.

Konsorcjum została stworzone w celu wykonania umowy, która zostanie zawarta pomiędzy Konsorcjum, jako generalnym wykonawcą a (...), jako zamawiającym dotyczącej zaprojektowania i budowy pod klucz 68 jednostek mieszkalnych i urządzeń zewnętrznych wraz z wyposażeniem technicznym na wyspie Helgoland.

Zgodnie z postanowieniami umowy Konsorcjum w stosunkach wewnętrznych każda ze stron odpowiada za własne działania i zaniechania. W szczególności strony postanawiają, że każda z nich będzie odpowiedzialną za prawidłową jakość oraz terminową realizację wykonywanych przez nią robót i dostaw zgodnie z obowiązującymi postanowieniami Kontraktu a także za roboty i dostawy realizowane przez ich podwykonawców i dostawców, tak jakby odnośnie przypadających na niego świadczeń w ramach kontraktu każdy z ich zawarł samodzielnie umowę z GH. Powyższe zasady odpowiedzialności obejmują także odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji.

Żadne z postanowień umowy konsorcjum nie będzie uznawane za tworzenie jakichkolwiek innych stosunków pomiędzy stronami niż te, które zostały wyraźnie wskazane w umowie. W szczególności wolą stron nie jest zawiązanie stosunku spółki cywilnej w rozumieniu art. 860 i nast. polskiego KC a strony nie wnoszą żadnych wkładów ani nie tworzą wspólnego majątku. Każda ze stron świadczy usługi i wykonuje prace w związku z realizacją kontraktu w oparciu o własne siły i środki lub ich podwykonawców.

Zgodnie z umową powód jest generalnym wykonawcą tj. samodzielnie lub z pomocą podwykonawców, producentem modułów oraz wykonawcą robót budowlanych określonych w kontrakcie a w szczególności odpowiedzialnym za

wyprodukowanie, dostarczenie na miejsce docelowe, montaż modułów mieszkalnych „pod klucz” podłączenie mediów oraz ich przekazanie Gminie zgodnie z kontraktem. Powód ustanowiony został liderem konsorcjum.

(umowa konsorcjum k. 75 – 90)

Następnie pomiędzy Konsorcjum, jako wykonawcą a Gminą H., jako zleceniodawcą zawarta została umowa określona, jako umowa generalnego przedsiębiorcy koordynującego wykonanie inwestycji.

Zgodnie z postanowieniami tej umowy konsorcjum, jako generalny przedsiębiorca (wykonawca) zobowiązało się do wykonania zgodnie ze wszystkimi częściami umowy prace polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu ogółem 68 mieszkań wykończonych „pod klucz” (mieszkania dla 1 – 4 osób) i infrastruktury zewnętrznej wraz z wyposażeniem technicznym o powierzchni mieszkalnej (...).625 M. kw. zgodnie z ofertą wykonawcy z dnia 5 października 2017 roku stanowiącą załącznik numer 2 do umowy. Przedmiot umowy obejmuje również umeblowanie mieszkań tzw. kawalerek.

Strony przyjęły stan projektu w chwili złożenia ostatecznej oferty. Strony zgodnie przyjęły, iż wszelkie kolejne prace projektowe i konieczne zmiany oraz aktualizacje projektu muszą zostać zrealizowane przez wykonawcę, o ile nie wynikają one ze zmian, których życzy sobie zleceniodawca.

Wykonawca był zobowiązany do regularnego informowania zleceniodawcy o przebiegu planowania i ścisłego koordynowania ze zleceniodawcą kolejnych etapów planowania oraz do okazywania odpowiednich szkiców i dokumentów planu (projektu) oraz do udzielenia zamawiającemu odpowiedzi na pytania z tego zakresu. Wykonawca powinien uzyskać wszystkie wymagane zezwolenia i pozwolenia publiczno – prawne, z wyjątkiem pozwolenia na budowę. Na podstawie okazanych przez wykonawcę dokumentów dotyczących ubiegania się o pozwolenie na budowę zleceniodawca na własny koszt uzyska pozwolenie na budowę.

Nawiązany przez strony stosunek umowny opierał się m. in. na niemieckich ogólnych warunkach umownych wykonywania świadczeń budowlanych części B ( ...)/B) – wydanie 2016 roku i niemieckich ogólnych technicznych warunkach umownych wykonywania świadczeń budowlanych BN część C ( ...)/C), postanowieniach pozwolenia na budowę, ogólnych i dodatkowych specyfikacjach technicznych (załącznik 1 do umowy) ofercie wykonawcy wraz z załącznikami z dnia 5 października 2017 roku ( załącznik numer 2 do umowy), dokumentacji odbiorowej, porozumieniu o wzorach, próbkach i ich dopuszczeniu. Po uzyskaniu pozwolenia na budowę zleceniodawca zobowiązuje się przekazać je wykonawcy w formie papierowej i elektronicznej wraz ze wszystkimi załącznikami.

Za zaplanowanie i wybudowanie „ pod klucz „ ogółem 68 mieszkań oraz infrastruktury zewnętrznej strony ustaliły wynagrodzenie w wysokości 9.558.732,32 euro. Dodatkowo koszty za umeblowanie kawalerki miały wynosić 4.635 euro za lokal. Powyższe wynagrodzenie stanowić miało zapłatę również za wszystkie świadczenia wykonane przez wykonawcę przed zawarciem umowy.

Wykonawca zobowiązał się do przedłożenia zleceniodawcy najpóźniej do dnia 19 marca 2018 roku wniosku w celu uzyskania pozwolenia na budowę , które może zostać zatwierdzone wraz z dokumentami wymaganymi do oceny inwestycji budowlanej i opracowania wniosku o wydanie pozwolenia na budowę.

Rozpoczęcie budowy ( montaż modułów na wyspie Helgoland) nastąpić miał najpóźniej 16 sierpnia 2018 roku, przy czym należy uwzględnić okres trzech miesięcy na rozpatrzenie przez urząd wydający pozwolenie na budowę wniosku o wydanie pozwolenia złożonego w formie kompletnej i bez wad.

Roboty miały zostać ukończone w terminie do dnia 30 listopada 2018 roku.

Strony przewidziały możliwość zmiany powyższych terminów w drodze porozumienia lub zgodnie z par 6 a ust 2 (...)/ B.

W przypadku, gdy termin obowiązujący zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy nie zostanie dotrzymany z powodów, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca strony zastrzegły karę umowną wynoszącą 0,25 % sumy zamówienia za każdy rozpoczęty tydzień opóźnienia, z ograniczeniem jej ogółem do kwoty 5 % sumy zamówienia. W pozostałych przypadkach zastosowanie znajdują regulacje par 340 ust. 2 , 341 ust 1 niemieckiego kc ( ...)

Faktury za wykonane roboty miały być wystawiane na zleceniodawcę . Zgodnie z postanowieniami umowy zleceniodawca zobowiązał się zapłacić na rzecz wykonawcy zaliczkę w wysokości 3. 800 000 euro niezależnie od postępu robót budowlanych. Płatność zaliczki miała nastąpić do dnia 31 stycznia 2018 roku po złożeniu zabezpieczenia.

Jednocześnie strony przewidziały płatności zaliczkowe po wystawieniu faktury przez (...) S. A. działającej na zlecenie konsorcjum – stosownie do postępu robót budowlanych w następujący sposób:

ukończeniu fundamentów kwartałów budowlanych 1- 4 400. 000 euro,

ukończenie pozostałych fundamentów 550. 000 euro,

całkowite zakończenie montażu za każdy kwartał budowlany 450. 000 euro (ogółem 3.150. 000 euro)

całkowite zakończenie montażu wszystkich kwartałów budowlanych 400. 000 euro,

prace zewnętrzne kwartałów budowlanych 1- 4 300. 000 euro,

całkowite zakończenie wszystkich prac zewnętrznych 300. 000 euro,

odbior końcowy płatność końcowa wraz z wynagrodzeniem za umeblowanie.

Płatności miały być dokonywane na konto (...) spółki (...) wskazane na fakturze.

Niezależnie od kwot wskazanych w harmonogramie płatności zapłata końcowa winna wynosić przynajmniej 3 % całkowitej sumy zamówienia. Wypłata ma miejsce dopiero po przekazaniu kompletnych oświadczeń kierownika budowy i dokumentacji odbiorowej zgodnie z załącznikiem 4 oraz po dokonaniu odbioru końcowego.

Umowa przewidywała również wniesienie zabezpieczenia stosownie do zapisów par 17 niemieckiej (...)/B w postaci:

zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5 % sumy zamówienia netto ( bez aneksów )

zabezpieczenie składane na wypadek roszczeń z tytułu wad w wysokości 3 % sumy zamówienia netto wraz z udzielonymi aneksami.

W celu zabezpieczenia zwrotu zaliczki zgodnie z par 8.1 wykonawca składa zabezpieczenie stosownie do par 16 ust 2, 17 (...)/B . Zaliczka jest nieoprocentowana.

(par. 9 umowy)

(umowa k. 130 – 133, tłumaczenie na język polski)

W dniu 13 sierpnia 2018 roku strony podpisały aneks numer (...) do umowy generalnego przedsiębiorcy koordynującego wykonanie inwestycji.

Z treści preambuły do aneksu wynika, iż konieczność jego podpisania wyniknęła z faktu, iż po zawarciu umowy generalnego wykonawstwa, w toku planowania prac budowlanych okazało się, że budowa nie będzie przebiegała tak, jak to zostało zaplanowane, czyli, że najpierw powstaną fundamenty na wszystkich kwaterach a następnie zostaną zamontowane na nich moduły, zaś następnie prace zostaną zakończone po zamontowaniu infrastruktury zewnętrznej. Zamiast tego obiekty miały powstawać w całości jeden po drugim. Najpierw pod obiekt 1 wykonano

fundamenty oraz podłoże, następnie na obiekcie numer 1 zamontowany został moduł a następnie wykonano prace z zakresu infrastruktury zewnętrznej. W tym samym czasie, w którym wykonywano dwa ostatnie etapy z wymienionych wyżej rozpoczęto ten sam cykl prac na obiekcie numer 2. W takim cyklu wykonywane były kolejne obiekty. Zmiana zaplanowanego przebiegu prac powoduje konieczność zmiany postanowień harmonogramu płatności ustalonego w par 8. 2 umowy generalnego wykonawcy.

Strony postanowiły, zatem zmienić par 8 umowy „harmonogram płatności w ten sposób, że zleceniodawca, niezależnie od postępu prac budowlanych wpłaci zaliczkę w wysokości 3. 800 000 euro. Zapłata zostanie dokonana po wniesieniu zabezpieczenia zgodnie z zapisem par 9. 3 umowy.

Zapłata częściowa będzie następowała zgodnie z fakturami wystawianymi przez (...) S. A. działającej na zlecenie konsorcjum – w miarę postępu prac budowlanych w następujący sposób:

zakończenie przygotowywania terenu placu budowy – 500 000 euro;

przygotowanie terenu kwatery 1- przygotowanie fundamentów, całkowite zakończenie montażu modułu – 500 000 euro

przygotowanie terenu kwatery 2 - przygotowanie fundamentów, całkowite zakończenie montażu modułu – 600 000 euro

przygotowanie terenu kwatery 3- przygotowanie fundamentów, całkowite zakończenie montażu modułu – 700 000 euro

przygotowanie terenu kwatery 4 - przygotowanie fundamentów, całkowite zakończenie montażu modułu – 700 000 euro

przygotowanie terenu kwatery 6 -przygotowanie fundamentów, całkowite zakończenie montażu modułu – 500 000 euro

przygotowanie terenu kwatery 9 - przygotowanie fundamentów, całkowite zakończenie montażu modułu – 500 000 euro

przygotowanie terenu kwatery 9 - przygotowanie fundamentów, całkowite zakończenie montażu modułu – 500 000 euro

przygotowanie terenu kwatery 10 - przygotowanie fundamentów, całkowite zakończenie montażu modułu – 600 000 euro

całkowite zakończenie infrastruktury zewnętrznej i demontaż urządzeń budowlanych placu budowy – 300 000 euro;

***odbior końcowy zapłata końcowa wraz z wynagrodzeniem za umebrowanie.***

Niezależnie od kwot wynikających z harmonogramu płatności, zapłata końcowa będzie stanowiła, co najmniej 3 % całkowitej wartości zlecenia. Wypłata nastąpi dopiero po przekazaniu oświadczeń kierowników budowy oraz dokumentów odbiorowych, zgodnie z załącznikiem 4 jak również po dokonaniu odbioru końcowego

( aneks numer (...) do umowy k.134 – 135)

Następnie w dniu 4 grudnia 2018 roku strony zawarły aneks numer (...) do umowy.

Z preambuły do tego aneksu wynika, iż po zawarciu w dniu 13 sierpnia 2018 roku aneksu numer (...) zaistniała potrzeba dalszych zmian w pierwotnie planowanej sekwencji budowy a tym samym konieczność dostosowania podstaw umownych.

Przyczyną jest znaczne opóźnienie budowy kwater numer 1 i 2 w porównaniu z poprzednim harmonogramem budowy, które do dnia zawarcia aneksu nie są jeszcze gotowe do odbioru. Przyczyny tych znacznych opóźnień nie są możliwe do ustalenia w drodze wzajemnego porozumienia stron. Podczas, gdy wykonawca podnosi, że przyczyną było późne dostarczenie przez zleceniodawcę opinii na temat podłoża gruntowego i niespodziewanie długi okres złych warunków pogodowych jesienią tego roku, to zleceniodawca postrzega przyczyny odpowiedzialności głównie w obszarze zarządzania produkcją, logistyką i organizacją placu budowy przez wykonawcę.

Niezależnie od tak różnych poglądów strony zamierzają kontynuować konstruktywną współpracę, aby wspólnie doprowadzić projekt do sukcesu. W związku z tym strony uzgodniły, że dostosują harmonogram oraz kolejne płatności częściowe do zmienionej sytuacji. W związku z powyższym strony umowy uzgadniają, że par 6 - okresy realizacji oraz par 8 harmonogram płatności i płatność końcowa zostaną zmienione w następujący sposób:

Wykonawca przedłoży zamawiającemu niezwłocznie najpóźniej do dnia 19 marca 2018 roku wnioski w celu uzyskania pozwolenia na budowę, które może zostać zatwierdzone wraz z dokumentami wymaganymi do oceny inwestycji budowlanej i opracowania wniosku o wydanie pozwolenia na budowę, rozpoczęcie budowy ( montaż modułów na H.) nastąpi najpóźniej 16 sierpnia 2018 roku, przy czym należy uwzględnić okres trzech miesięcy na rozpatrzenie przez urząd wydający pozwolenia na budowę złożonego w formie kompletnej i bez wad.

Mieszkania w obszarze kwater 1 i 2 należy przekazać zleceniodawcy wraz z bezpiecznymi drogami, trasami, mediami do – odprowadzającymi, w sposób pozwalający na dokonanie ich odbioru najpóźniej dnia 1 marca 2019 roku, natomiast całkowite świadczenie ma zostać zakończone ( tzn. wybudowane w sposób pozwalający na dokonanie odbioru) do dnia 31 maja 2019 roku.

Zgodnie z postanowieniem aneksu, jeżeli w czasie realizacji umowy zmianie ulegną terminy wykonania w drodze porozumienia stron lub zgodnie z par 6 a ust 2 (...) / B to terminy te zastępują pierwotnie ustalony termin. W przypadku, gdy termin, który jest obowiązujący zgodnie z par 6.2 niniejszej umowy wymagalna jest kara umowna wynosząca 0,25 % sumy zamówienia za każdy rozpoczęty tydzień opóźnienia.

Jednocześnie strony oświadczyły, że są świadome, że wyżej wymienione okresy umowne są uzależnione od ośmiu przewozów morskich, które muszą mieć miejsce w okresie od 18 lutego do 18 kwietnia 2019 roku do H., z uwzględnieniem warunków pogodowych. Wymaga to ośmiu okien pogodowych po 48 godzin każde, aby zapewnić bezpieczną podróż w obie strony, w tym załadunek, droga do miejsca przeznaczenia, rozładunek i powrót.

Zamawiający zobowiązał się do zapłaty zaliczki w wysokości 3. 800 000 euro niezależnie od postępu prac budowlanych. Płatność jest wymagalna w dniu 31 stycznia 2018 roku po złożeniu zabezpieczenia (par 9.3)

Płatności zaliczkowe są wymagalne po wystawieniu faktury przez (...) S. A. działającej na zlecenie konsorcjum – stosownie do postępu robót budowlanych w następujący sposób:

- zakończenie urządzania placu budowy 500 000 euro;
- skuteczne przeniesienie na zleceniodawcę prawa własności do kompletnie i zasadniczo bezbłędnie wyprodukowanych (wstępnie wyprodukowanych) modułów do niezabudowanych jeszcze kwater.

Przesłanką jest podpisany przez strony dokument, który musi zawierać, co najmniej zgodę na przeniesienie własności, dokładne oznaczenie przenoszonych modułów, miejsce przeniesienia, pełne przejęcie kosztów tymczasowego składowania i ubezpieczenia oraz przejęcie ryzyka przeniesienia przez wykonawcę – 15 000 euro za moduł;

- skuteczne przeniesienie na zleceniodawcę własności wszystkich fundamentów betonowych dostarczonych już do H. E. . Przesłanką jest dokument podpisany przez strony, który musi zawierać, co najmniej zgodę na przeniesienie własności, dokładne oznaczenie przenoszonych fundamentów ciągłych oraz przejęcie ryzyka przez wykonawcę – 15. 000 euro za zamontowany fundament ciągły, 5 000 za niezamontowany fundament

- odbiór i przekazanie budynków mieszkalnych wzniesionych na kwaterach 1 i 2 w tym gotowej infrastruktury zewnętrznej 800 000 euro;
- wykonanie gotowych do odbioru mieszkań na kwaterze 3 bez infrastruktury zewnętrznej 500 000 euro;
- wykonanie gotowych do odbioru mieszkań na kwaterze 4 bez infrastruktury zewnętrznej 500 000 euro;
- wykonanie gotowych do odbioru mieszkań na kwaterze 6 bez infrastruktury zewnętrznej 350 000 euro;
- wykonanie gotowych do odbioru mieszkań na kwaterze 9 bez infrastruktury zewnętrznej 350 000 euro;
- wykonanie gotowych do odbioru mieszkań na kwaterze 10 bez infrastruktury zewnętrznej 500 000 euro;

Zakończenie wszystkich robót zewnętrznych i demontaż wyposażenia placu budowy – płatność pozostała z ew. pomniejszeniem o zatrzymanie zgodnie z punktem 8.3. Płatności dokonywane są na konto (...) S.A. wskazane na fakturze.

Niezależnie od kwot wskazanych w harmonogramie płatności zapłata końcowa winna wynosić przynajmniej 3 % całkowitej sumy zamówienia. Wypłata ma miejsce dopiero po przekazaniu kompletnych oświadczeń kierownika budowy i dokumentacji odbiorowej zgodnie z załącznikiem 4 oraz po dokonaniu odbioru końcowego.

( aneks k. 136- 137)

Po zawarciu dwóch pierwszych aneksów zaistniała potrzeba dalszych zmian w pierwotnie planowanym harmonogramie płatności a tym samym konieczność dostosowania podstaw umownych.

Przyczyna zawarcia przez strony kolejnego, 3 aneksu do umowy są, jak wskazano w preambule, zmiany w zakresie wyposażenia wewnętrznego oraz wynikające z jakości podłoża gruntowego, dopasowania ugruntowania domów modułowych. W przypadku wyposażenia wewnętrznego życzenie zmian zgłosił zleceniodawca. Ponieważ podwyższeniu uległ standard zwiększyły się również koszty. Zamiast pierwotnie planowanych fundamentów punktowych z przyczyn statycznych wbudowano znacznie droższe fundamenty ciągłe. Ponadto wykonawca położył się przewodów podziemnych, których położenie i przyłączenie pierwotnie leżało po stronie zleceniodawcy. Powstałe w ten sposób koszty powinny zostać zwrócone w takim zakresie, w jakim zaoszczędziły zleceniodawcy wydatków.

Do tego dochodzi wyższa potrzeba płynności finansowej wykonawcy w obszarze produkcji ew. zakupu i transportu modułów. Należy, zatem uzgodnić dodatków płatności częściowe. Par 8 umowy harmonogram płatności i płatność końcowa umowy generalnego przedsiębiorcy koordynującego wykonanie inwestycji pozostają niezmienione.

W zakresie kosztów dodatkowych powstałych ze względu na żądanie zleceniodawcy w zakresie wyposażenia wewnętrznego – w szczególności kuchni i kawałerek oraz sanitariatów – zgodnie z fakturą wystawioną przez (...) S. A. w dniu 5 grudnia 2018 roku w dniu 13 grudnia 2018 roku zapłacono 57.109,66 euro. Z odliczeniem zatrzymania na zabezpieczenie w wysokości 10 % zgodnie z par 17 ust 4 nr 1 (...) /B. Dodatek podwyższa wynagrodzenie zgodnie z par. 3 ewentualnie całkowitą kwotą zlecenia.

W odniesieniu do dodatkowego ułożenia linii zasilających dla ciepłej wody, wody pitnej, ciepła energii elektrycznej i telekomunikacji wykonawca zgłosił dodatkowa kwotę ok. 550 000 euro. Powyższe nie zostało jednak dokładnie określone. Ponieważ roszczenie uzupełniające, co do zasady istnieje, zleceniodawca jest gotów zapłacić zaliczkę w wysokości 500 000 euro. Dodatek zwiększa wynagrodzenie zgodnie z ust 3 lub całkowitą kwotą zlecenia i tym samym zatrzymanie na zabezpieczenie z par. 8.3.

W celu zabezpieczenie transportu modułów podlegających przeniesieniu własności wg. par. 8.2. zleceniodawca jest gotów zapłacić dodatkowa kwotę częściową stanowiącą wg. par 3 umowy generalnego przedsiębiorcy koordynującego wykonanie inwestycji niezapłacone wynagrodzenie w wysokości 120 000 euro.

Strony ponadto ustaliły, że w momencie zawierania niniejszego aneksu niezapłacone wierzytelności względem przedsiębiorstwa logistycznego (...) oraz (...) zostaną zapłacone przez zleceniodawcę bezpośrednio na ich rachunek. W tym celu wykonawca poinformuje zleceniodawcę o wysokości tych wierzytelności. Zleceniodawca zobowiązuje się do niezwłocznego zlecenie wykonania tych płatności. Dokonane przez zleceniodawcę mają skutek zwalniający z długu w zakresie roszczenia o zapłatę wg. par 3 umowy.

( aneks k. 138 – 139)

W marcu i kwietniu 2019 roku strony z udziałem (...) spółki z o.o. spółki komandytowej zawarły kolejne porozumienie modyfikujące postanowienia umowne. W porozumieniu tym stwierdzono m. in, że po zawarciu aneksu numer (...) pomiędzy wykonawcą o jego podwykonawcą spółką (...) doszło do kolejnych opóźnień w płatnościach, które obecnie prowadzą do tego, że D. M. nie może zapłacić wymagalnych roszczeń o wynagrodzenie ze strony swoich podwykonawców, w szczególności w zakresie logistyki. W związku z tym podwykonawcy ci przestali wykonywać swoje usługi i są gotowi podjąć się ich ponownego wykonania wyłącznie za uprzednią płatnością. D. to do stanu, że D. M. nie jest w stanie ani też nie jst gotowa świadczyć dalsze usługi w zakresie wykonania umowy.

Wymieniono wymagalne faktury podwykonawców D. M. tj.:

(...) & Co. KG na kwotę 11.900 i 12.303,11 euro orz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na kwotę 36. 000 euro, 24. 000 euro, 12. 000 euro. Zleceniodawca posiada obecnie niezapłacone faktury wykonawcy, które zostały zatwierdzone na kwotę 480 000 euro, lecz dotąd nie zostały zapłacone.

By uniknąć dalszych szkód zarówno po stronie zleceniodawcy jak i po stronie wykonawcy strony ustaliły, że spełnione są przesłanki z art. 16 ust 6 (...)/B dokonania bezpośredniej płatności na rzecz D. M.. Wykonawca oświadczył jednocześnie, że płatności uzgodnione w porozumieniu służą spłacie roszczeń jego wierzyciela D. M., które wykonawca niniejszym uznaje. Strony porozumienia zgodziły się by zleceniodawca zapłacił z powyższych faktur bezpośrednio na rzecz podwykonawców D. M., by w ten sposób przyspieszyć ponowne podjęcie wykonywania usług z zakresu umowy generalnego przedsiębiorcy koordynującego wykonanie inwestycji. Ponadto strony zgodziły się, by zleceniodawca zapłacił ponad kwotę różnicy pomiędzy określoną powyżej kwotą 480. 000 euro a płatnościami zgodnie z punktem 2 bezpośrednio na rzecz D. M. pozostałą obecnie wymagalną tj. 383.7986,89 euro.

W dniu 3 czerwca 2019 roku strony dokonały kolejnej modyfikacji porozumienia stwierdzając m. in, iż konsorcjum podjęło wewnętrzną restrukturyzację, w wyniku której niewykonane jeszcze roboty budowlane wykonywane będą do tej pory pod wyłącznym zarządem D. M., która była już poprzednio centralnym podwykonawcą konsorcjum. Ponadto okazało się, że należy wyraźnie zmodyfikować obieg usług i płatności, by zabezpieczyć płynność finansową przedsiębiorstw wykonujących umowę.

Strony ustaliły, że płatności dokonywane będą w przyszłości wyłącznie na konto bankowe D. M. w (...) Banku (...) S.A.

D. M. jest uprawniona do żądania od zleceniodawcy dokonywania bezpośrednich płatności na rzecz osób trzecich, które mają skutek zwalniający z długu w zakresie niniejszej umowy, również bez konieczności zaistnienia przesłanek z par 16 ust 6 (...)/ B

Ponadto D. M. wezwie bezpośrednio zleceniodawcę do dokonania płatności bezpośredniej, powołując się na każdorazową fakturę wykonawcy, która winna być wystawiona bezpośrednio w formie pisemnej z podaniem beneficjenta, jego numeru rachunku bankowego oraz kwoty podlegającej zapłacie. Taka bezpośrednia płatność ma skutek zwalniający z długu w zakresie umowy generalnego wykonawcy.

( porozumienie i aneks k. 140 -141)

Następnie aneksem numer (...) zawartym również w dniu 3 czerwca 2019 roku strony zmodyfikowały harmonogram płatności ustalając, iż rata zależna od czasu robót budowlanych na placu budowy za miesiąc lipiec 2019 roku



wymagalna w dniu 1 lipca 2019 roku wyniesie 1. 000 000 euro. Z tej kwoty należy opłacić w szczególności krótkoterminowe roszczenia o zapłatę zaliczki lub za już wykonane usługi osób trzecich, w szczególności podwykonawców D. M., w formie płatności bezpośredniej przez zleceniodawcę ze skutkiem zwalniającym z długu w zakresie roszczenia o płatność z par 3 umowy generalnego wykonawcy. D. M. sporządzi w tym zakresie wezwanie do zapłaty do dnia 15 lipca 2019 roku odpowiadające wymogom określonym w aneksie. Do momentu otrzymania wezwania do zapłaty zleceniodawca zatrzyma kwotę 300. 000 euro.

Rata zależna od czasu robót budowlanych na placu budowy za miesiąc lipiec wymagalna dnia 1 sierpnia 2019 roku 250 000 euro.

Rata zależna od czasu robót budowlanych na placu budowy za miesiąc lipiec 2019 roku wymagalna dnia 1 sierpnia 2019 roku 250 000 euro; wykonanie na gotowo mieszkań oraz zakończenie wszystkich robót zewnętrznych i demontaż wyposażenia placu budowy – płatność pozostała z ewentualnym pomniejszeniem o zatrzymanie zgodnie z punktem 8.3.

Niezależnie od kwot wskazanych w harmonogramie płatności zapłata końcowa winna wynosić przynajmniej 3 % całkowitej kwoty zamówienia. Wyplata ma miejsce dopiero po przekazaniu kompletnych oświadczeń kierownika budowy i dokumentacji odbiorowej zgodnie z załącznikiem 4 oraz po dokonaniu odbioru końcowego.

W zakresie kosztów dodatkowych powstałych ze względu na żądanie zleceniodawcy w zakresie wyposażenia wewnętrznego – zgodnie z fakturą wystawioną przez M. Ł. w dniu 5 grudnia 2018 roku - w dniu 13 grudnia 2018 roku zapłacono 57.109,66 euro z odliczeniem zatrzymania na zabezpieczenie w wysokości 10 % zgodnie z par 17 ust 4 numer 1 (...)/B

W odniesieniu do dodatkowego ułożenia linii zasilających i telekomunikacyjnych wykonawca zgłosił dodatkową kwotę w wysokości ok. 550 000 euro. Zleceniodawca dokonał już zapłaty zaliczki w wysokości 500 000 euro. W celu zabezpieczenia transportu modułów zleceniodawca dokonał już zapłaty dodatkowej kwoty częściowej stanowiącej wg. par 3 umowy niezapłacone wynagrodzenie w wysokości 120. 000 euro.

Strony są zgodne, co do tego, że niezapłacone wierzytelności względem przedsiębiorstwa logistycznego S. (...) oraz (...) zostaną zapłacone przez zleceniodawcę bezpośrednio na ich rachunek.

( aneks numer (...) do umowy k 140 odwrot – 142)

Zgodnie z postanowieniami znormalizowanych zasad zlecenia i wykonawstwa robót budowlanych ( (...)) część B – Ogólnych warunków umowy o roboty budowlane wydanie 2009 do momentu zakończenia świadczenia zleceniodawca może wypowiedzieć umowę w każdej chwili. Zleceniobiorcy przysługuje uzgodnione wynagrodzenie. Musi on poddać wyliczeniu, jakie koszty w wyniku anulowania umowy zaoszczędzi lub zyska czy w złej wierze zaniecha w wyniku innego przeznaczenia siły roboczej lub zakładu.

( par 8 (...)/B k. 146)

Zgodnie z postanowieniem par 14 (...)/B fakturę końcową należy złożyć w przypadku świadczeń z umownym terminem realizacji maksymalnie 3 miesiące, najpóźniej w ciągu 12 dni roboczych po ukończeniu, o ile nie uzgodniono inaczej. Termin ten jest przedłużany każdorazowo o 6 dni roboczych na każde 3 miesiące terminu realizacji. Jeśli zleceniobiorca nie złoży weryfikowalnej faktury, mimo że zleceniodawca wyznaczył mu na to odpowiedni termin zleceniodawca może ją wystawić sam na koszt zleceniobiorcy.

(par 14 (...)/B k. 148)

(...) S. A. wystawił na zlecenie (...) S.A. gwarancję bankową zabezpieczenia zwrotu zaliczki, która wynosi 3. 800 000 euro około 40 % wartości umowy zawartej pomiędzy Gminą H. oraz konsorcjum spółek.

W związku z wystawieniem gwarancji zobowiązał się wobec Gminy H. nieodwołanie, rezygnując z jakichkolwiek zastrzeżeń i zarzutów w związku z powyższą umową wypłacić Gminie H. na pierwsze żądanie zgłoszone w formie pisemnej każdą kwotę do wysokości maksymalnej 3. 800 000 euro pod warunkiem, że pisemne żądanie jest opatrzone pieczęcią Gminy H. oraz posiada adnotację o uwierzytelnieniu umieszczoną przez notariusza w Niemczech oraz zawiera oświadczenie, że zleceniodawca nie wypełnił należycie swoich zobowiązań umownych zaś Gmina H. jest w związku z tym uprawniona do żądania zwrotu zapłaconej zaliczki, co najmniej w wysokości żądanej kwoty oraz żądanie zostanie przesłane do Banku kurierem lub listem poleconym na adres wskazany w dokumencie gwarancji.

Płatność nastąpi w terminie 5 bankowych dni roboczych od przesłania odnośnego wezwania do dokonania płatności na konto bankowe określone w tym wezwaniu. W celu uniknięcia wątpliwości bank potwierdza, że nie przysługuje mu prawo do podnoszenia zarzutów zaskarżenia, możliwości potrącenia i pierwszeństwa powództwa przeciwko dłużnikowi głównemu. Z gwarancji można skorzystać w kilku kwotach częściowych. Każda płatność dokonana w ramach gwarancji redukuje zobowiązanie banku.

Gwarancja obowiązuje do dnia 30 listopada 2019 roku lub do następnego dnia roboczego po tej dacie i wchodzi w życie w dniu jej wystawienia. Gwarancja podlega prawu Republiki Federalnej Niemiec. Gmina H. nie może przenieść praw wynikających z gwarancji na inny podmiot bez pisemnej zgody banku.

( okoliczność niesporna, gwarancja bankowa wraz z tłumaczeniem na język polski k. 152- 153)

W dniu 3 kwietnia 2018 roku pomiędzy (...) S.A. a (...) z siedzibą w D. zawarta została umowa podwykonawcza numer 37.

Zgodnie z par 1 umowy MŁ zleciły a (...) przyjęła do realizacji transport z R. na (...) domów modułowych wraz z wyposażeniem technicznym z rozładunkiem na wyspie, wykonanie robót ziemnych, zakup, transport i wbudowanie fundamentów pod domy modułowe, wykonanie robót branżowych, w szczególności kanalizacji deszczowej i sanitarnej, instalacji wodociągowej (woda ciepła, woda zimna) cyrkulacja, hydrantowa, teletechnika elektryka wraz z doprowadzeniem tych sieci do domów modułowych i ich podłączenie oraz wykonanie prób i badań, wykonanie zagospodarowania terenu, nasadzeń zieleni, chodników i dróg wewnętrznych, wykonanie tarasów.

(...) zobowiązał się wykonać przedmiot umowy na podstawie umowy z zamawiającym, warunków ogólnych wykonywania świadczeń budowlanych część B ( (...)/B) wydanie 2016 i niemieckich ogólnych technicznych warunków umownych wykonywania świadczeń budowlanych część C ( (...)/C), ogólnych i dodatkowych specyfikacji technicznych, dokumentacji projektowej.

(...) powinien uzyskać wszelkie wymagane publicznie – prawne zezwolenia i pozwolenia związane z transportem i montażem domów oraz wykonaniem fundamentów, sieci i układu drogowego oraz uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie za wyjątkiem pozwolenia na budowę, za co odpowiedzialny jest zamawiający. MŁ zobowiązuje się do współpracy z (...) w zakresie niezbędnym do uzyskania pozwoleń i zezwoleń, w szczególności zobowiązuje się do udzielania (...) niezbędnych upoważnień i pełnomocnictw o ile ich uzyskanie będzie konieczne.

Termin realizacji umowy strony ustaliły w okresie od 15 czerwca 2018 roku do 31 października 2018 roku. Przedstawiciel DM będzie uczestniczył w odbiorach częściowych oraz w odbiorze ostatecznym zamontowanych modułów, wykonanych sieci, oświetlenia zewnętrznego, infrastruktury drogowej przez zamawiającego oraz inspektora nadzoru. Zakres prac objętych umową zostanie wykonany w terminach zgodnych z harmonogramem robót stanowiącym załącznik numer 5 do umowy.

Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy ustalone zostało na kwotę 2.558.732 euro netto i stanowi całkowite oraz kompletne wynagrodzenie z tytułu wykonania robót objętych umową uwzględniających wszystkie elementy składające się na cenę robót, w tym w szczególności ryzyka związane z nieprzewidzianą rzeczywistą ilością i zakresem wykonanych robót i poniesionych kosztów a także wszystkie należności publicznie prawne, opłaty

transportowe itp. Wynagrodzenie zostanie rozliczone na podstawie wykonanych robót, za zakończone elementy robót przez (...) odebrane przez MŁ i zamawiającego oraz cen ryczałtowych przedstawionych w załączniku numer 6.

W przypadku rozszerzenia przez zamawiającego zakresu umowy zawartej pomiędzy MŁ a zamawiającym o wykonanie dodatkowych modułów bądź infrastruktury technicznej, to (...) jest zobowiązany na wniosek MŁ wykonać takie zakresy za odrębnym wynagrodzeniem ustalonym przez strony w formie aneksu do umowy.

Wynagrodzenie ryczałtowe nie ulegnie podwyższeniu bez względu na zmiany przepisów prawa, terminu wykonania robót, poziomu inflacji w okresie realizacji umowy, zmiany kursów walut oraz wszelkie inne okoliczności mogące powodować wzrost kosztów realizacji robót (...), w szczególności związane z nieprzewidzianą przez strony, rzeczywistą ilością i zakresem wykonanych robót i poniesionych kosztów, co stanowi element ryzyka (...) i nie będzie podstawą do zwiększenia wynagrodzenia.

MŁ zobowiązał się do zapłacenia zaliczki w łącznej kwocie nie wyższej niż 2. 200. 000 euro, przy czym kwota ta dotyczy sumy transz zaliczek wypłacanych dla (...) na podstawie niniejszej umowy oraz transzy ewentualnych zaliczek wypłacanych spółce, z którą MŁ zawarze umowę na wykonanie modułów na wytwórni w Polsce. Zaliczka będzie wypłacana w transzach na pisemny wniosek (...) z określeniem propozycji wysokości kwoty każdej transzy. Uruchomienie każdej transzy nastąpi na pisemny wniosek (...) z określeniem propozycji wysokości każdej transzy. Uruchomienie każdej transzy nastąpi w terminie do trzech dni roboczych po otrzymaniu faktury zaliczkowej. Zaliczka będzie rozliczana poprzez pomniejszenie należnej do zapłaty kwoty za wykonane prace w kolejnych fakturach wystawionych przez (...) za prace objęte umową.

W przypadku wykonania przez którąkolwiek ze stron prawa odstąpienia od umowy (...) przysługuje wynagrodzenie należne z tytułu prac wykonanych do dnia oświadczenia o odstąpieniu. Strony w takim wypadku sporządzą protokół inwentaryzacji wykonanych robót, wraz z określeniem procentowego zaawansowania wykonania tych robót w stosunku do ustalonego w umowie zakresu. Protokół ten stanowić będzie podstawę rozliczenia finansowego pomiędzy stronami.

Wszelkie spory wynikające z postanowień umowy będą rozstrzygane przez sąd rzeczowo i miejscowo właściwy dla siedziby MŁ.

( umowa k. 155 – 158)

(...) jest spółką prawa niemieckiego, z siedzibą w D.. Członkiem zarządu spółki upoważnionym do samodzielnej reprezentacji z uprawnieniem do podejmowania czynności prawnych w imieniu spółki w okresie realizacji umowy byli W. P. i R. P..

( odpis z rejestru handlowego – przekład k. 161)

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. oraz P. G. (1) zawiązali spółkę działającą pod nazwa (...) spółkę z o.o. spółkę komandytowa. Siedzibą spółki jest R.. Komplementariuszem spółki jest (...) spółka z o.o. z siedzibą w Ł. , która wnosi do spółki wkład pieniężny w wysokości 1. 000 złotych.

Komandytariuszami spółki są P. G. (2) , która wnosi do spółki wkład niepieniężny w postaci prawa ochronnego numer (...) na słowno graficzny znak towarowy (...), zarejestrowany w Urzędzie Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej o wartości 80. 000 złotych, know – how obejmujące metode produkcji i montażu budynków w technologii modułowej o wartości 20. 000 złotych o łącznej wartości 100 000 złotych oraz Przedsiębiorstwo (...) S. A. z siedziba w Ł., która wnosi do spółki wkład pieniężny w wysokości 12. 000 000 złotych.

( okoliczność niespiorna , umowa spółki k. 185 – 187)

W dniu 15 kwietnia 2018 roku pomiędzy (...) S. A. z siedzibą w Ł. a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością spółką komandytową z siedzibą w R. zawarta została umowa dostawy.

Na podstawie tej umowy MŁ zlecił a DM przyjmuje do realizacji, wytworzenie, załadunek (na transport firmy transportowej działającej na odrębne zlecenie MŁ) 68 domów modułowych przeznaczonych do montażu na wyspie Helgoland wyposażenie techniczne na ogółem 3.624,78 m. kw. powierzchni mieszkalnej netto. Przedmiot umowy obejmuje również umeblowanie domów jednoosobowych modułowych wg. zaakceptowanego przez zamawiającego standardu wykonania, materiałów i wyposażenia.

DM zobowiązuje się wykonać 3 kondygnacyjny moduł pokazowy o powierzchni nie mniejszej niż 190 m. kw. wraz z kompletnym wyposażeniem i uzyskać akceptację projektanta oraz zamawiającego na zastosowane technologie, materiały oraz wyposażenie w celu zastosowania ich w kolejnych domach. DM zobowiązał się wykonać przedmiot umowy zgodnie z umową MŁ z zamawiającym, DM zobowiązał się wykonać przedmiot umowy na podstawie umowy z zamawiającym, warunków ogólnych wykonywania świadczeń budowlanych część B ( (...)/B) wydanie 2016 i niemieckich ogólnych technicznych warunków umownych wykonywania świadczeń budowlanych część C ( (...)/C), ogólnych i dodatkowych specyfikacji technicznych, dokumentacji projektowej.

Termin wykonania i wyposażenia modułu pokazowego i prezentację zamawiającemu strony ustaliły na 7 maja 2018 roku. Termin zakończenia produkcji modułów wraz z wyposażeniem i przekazaniem dokumentacji powykonawczej oraz instrukcji użytkowania i konserwacji dostarczanych i zamontowanych urządzeń oraz gotowość do załadunku do wywozu z wytwórni w R. modułów do dnia 31 sierpnia 2018 roku.

W przypadku, gdy DM z jakichkolwiek przyczyn opóźnia się z rozpoczęciem lub wykonaniem umowy tak dalece, że przy dotychczasowym sposobie wykonywania może nastąpić niedotrzymanie terminów, o których mowa w par 3 to MŁ niezależnie od innych przysługujących mu praw uprawniony jest do żądania od DM podjęcia na własny koszt dodatkowych działań w celu nadrobienia powstałego opóźnienia wyznaczając DM czas na nadrobienie powstałych opóźnień nie dłuższy niż 5 dni roboczych.

W razie bezskutecznego upływu dodatkowego terminu MŁ może odstąpić od umowy w całości lub części, zmniejszyć zakres rzeczowy lub finansowy DM oraz dokończyć pozostałe moduły bądź ich część we własnym zakresie lub zlecić ich wykonanie innej firmie bez konieczności uzyskania uprzedniego bądź następczego zezwolenia sądu, o czym poinformuje pisemnie DM. W takiej sytuacji MŁ obciąży DM ewentualną powstałą z tego tytułu różnicą w kosztach powiększoną o 120 % tytułem kosztów pośrednich, potrącając je z wynagrodzenia DM.

Wynagrodzenie DM za przedmiot umowy jest wynagrodzeniem obmiarowym i wstępna wartość tego wynagrodzenia wynosi 1100 euro za m. kw. x 5400 m. kw. = 5.940 000 euro

MŁ wypłacił DM zaliczkę w kwocie nie wyższej niż 2. 000 000 euro. Zaliczka będzie wypłacana w transzach na pisemny wniosek DM z określeniem propozycji wysokości każdej transzy. Uruchomienie każdej transzy nastąpi w terminie do trzech dni roboczych po otrzymaniu faktury zaliczkowej od DM, ale po uprzednim potwierdzeniu przez MŁ kwoty do wypłaty wskazanej we wniosku z uwagi na warunek opisany powyżej. Zaliczka będzie rozliczana w kolejnych fakturach za wytworzone, wyposażone i załadowane na transport moduły proporcjonalnie do zafakturowanych modułów.

Pierwsza faktura za wytworzone, wyposażone i odebrane przez MŁ i inspektora nadzoru (...) i załadowane na transport moduły zostanie wystawiona w czerwcu lub lipcu 2018 roku. DM będzie wystawiał faktury częściowe za wykonane, wyposażone i załadowane do transportu moduły do wysokości 9 % wstępnej wartości umowy wskazanej w ust 1. Warunkiem zapłaty do 90 % będzie przekazanie dokumentacji powykonawczej wraz z instrukcją użytkowania i konserwacji urządzeń.

DM wystawi fakturę końcową na 10 % wartości nie wcześniej niż po ostatecznym obmiarze przez zamawiającego faktycznej powierzchni modułów podlegającej zapłacie oraz po odbiorze ostatecznym przedmiotu inwestycji.

W ramach umowy DM zobowiązał się m. in. do zapewnienia wytwórni, mediów, sprzętu, narzędzi, materiałów i specjalistów do realizacji umowy, zapewnienia pomieszczeń pracowniczych, terminowego wykonania zakresu robót zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami (...) oraz normami obowiązującymi w RFN, przestrzegania

przepisów BHP, ppoż. ochrony środowiska, przekazywania do MŁ kompletu materiałów potwierdzających załadunek na transport zapewniany przez MŁ, powiadomienie z wyprzedzeniem 5 dni o gotowości do odbioru i załadunku na transport na wyspę poszczególnych modułów, przekazanie kompletnej dokumentacji powykonawczej wraz z instrukcją użytkowania i konserwacji dostarczanych i zamontowanych urządzeń.

W umowie strony ponadto w par 11 uregulowały kwestie odstąpienia od umowy a w par 12 kwestię związane z naliczaniem ewentualnych kar umownych.

( umowa dostawy k. 163 – 167)

W dniu 11 maja 2018 roku strony podpisały aneks do umowy oznaczony numerem 1.

Na podstawie aneksu strony zmodyfikowały postanowienia pierwotnie zawartej umowy poprzez ustalenie, że DM zobowiązuje się wykonać 3 kondygnacyjny moduł pokazowy o powierzchni nie mniejszej niż 240 m. kw. wraz z kompletnym wyposażeniem i uzyskać akceptację projektanta oraz zamawiającego na zastosowaną technologię, materiały oraz wyposażenie w celu stosowania ich w kolejnych domach. Ponadto zmieniono również wysokość wynagrodzenia do kwoty 5.937 900 euro netto, w tym za wykonanie modułu pokazowego 1. 600 euro m za m. kw tj. 384.000 euro netto, za wykonanie pozostałych modułów 1.028,50 euro za m.kw. = 5.553.900 euro.

Przedmiot umowy będzie rozliczany fakturami wystawanymi przez DM za faktycznie wytworzone, wyposażone i załadowane na transport moduły wg. ceny jednostkowej 1.600 euro za m.kw. pomnożonej przez m. k. modułu pokazowego i 1.028,50 euro za m.kw. powierzchni pozostałych modułów.

(aneks k. 166 odwrót – 167)

W dniu 20 lipca 2018 roku strony podpisały aneks numer (...) do umowy dostawy.

Zgodnie z treścią aneksu strony ustaliły, iż MŁ wypłaci zaliczkę w wysokości nie wyższej niż 2.956 000 euro, przy czym kwota ta dotyczy sumy transz zaliczek wypłacanych dla DM na podstawie niniejszej umowy oraz sumy transz zaliczek wypłacanych firmie, z którą MŁ zawarze umowę na wykonanie dróg, chodników sieci oświetlenia ulicznego, fundamentów oraz transportu i montażu modułów. MŁ będzie weryfikował wartości wniosków o transze zaliczek stosownie do szczegółowych zapisów umowy.

(aneks do umowy k. 167 odwrót)

W dniu 30 sierpnia 2018 roku strony podpisały aneks (...) do umowy dostawy. Aneksem tym strony ustaliły m.in., że z każdej faktury wystawionej do dnia 15 października 2018 roku zmianie ulegnie sposób rozliczenia zaliczki – w każdej wstawionej przez DM fakturze DM zobowiązuje się uwzględnić rozliczenie zaliczki wypłaconej przez MŁ w wysokości nie mniejszej niż 34 % wartości netto tej faktury począwszy od faktur wystawianych od 15 października 2018 roku do całkowitego rozliczenia zaliczki.

( aneks numer (...) k. 168 – 168 powrót)

W dniu 18 września 2018 roku strony podpisały aneks numer (...) do umowy.

Na mocy tego aneksu strony ustaliły m. in., że DM wystawi do MŁ fakturę korygującą za moduł pokazowy na minus 384 000 euro netto. Należność zapłacona przez MŁ za moduł pokazowy zostanie potrącona z wynagrodzenia za B. 1.

Ponadto strony ustaliły, iż przedmiot umowy będzie rozliczany fakturami wystawianymi przez DM za faktycznie wytworzone, wyposażone i załadowane na transport moduły wg. ceny jednostkowej 1.100 euro netto za m. kw. pomnożony przez ilość m. kw. brutto modułu. Pozostałe postanowienia umowy pozostały bez zmian.

( aneks numer (...) k. 169 – 169 odwrót)

Po rozpoczęciu robót budowlanych na wyspie Helgoland okazało się, że teren budowy jest o 37 cm. wyżej niż wynikało z dokumentacji. Wiązało się to z koniecznością wykonania znaczenie większego zakresu robót ziemnych, wywiezienia ziemi na odległość około 1 km. od miejsca budowy.

Ponadto były problemy z dokumentacją w zakresie instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej. Okoliczności te wpływały na tempo prowadzenia prac. W miesiącach zimowych nie było możliwości dostarczenia modułów domów na wyspę z uwagi na warunki atmosferyczne. Warunki atmosferyczne również wpływały na tempo prowadzenia robót. Wystąpiły także problemy z kablami elektrycznymi, które na potrzeby realizacji umowy zamawiał powód. Były również niejasności (rozbieżności) w dokumentacji projektowej dotyczące studni kanalizacji sanitarnej.

(zeznania świadka R. J. protokół rozprawy k. 1508 – 1510, korespondencja mailowa k. 1695 - 1710)

W maju 2019 roku trwała pomiędzy stronami i (...) spółka z o.o. sp. k. wymiana korespondencji mailowej dotycząca działań zmierzających do kontynuowania i zakończenia umowy.

Z treści projektu porozumienia, którego zawarcie było planowane na 30 maja 2019 roku wynika m. in, iż na dzień jego zawarcia (...) spółka z o.o. spółka komandytowa ma wobec M. Ł. roszczenia w wysokości 3.181.138,29 złotych, natomiast (...) w wysokości 944.258,41 złotych.

(...) wynikają z faktur : 26/09/2018 na kwotę 147.886 euro, 01/04/2019 na kwotę 870. 000 euro, 02/04/2019 na kwotę 368.000 euro minus 442.127,59 euro zapłacona bezpośrednio przez Gminę H. na rzecz podwykonawców (...).

(projekt porozumienia k. 1052- 1057)

W dniu 31 maja 2019 roku pomiędzy (...) S. A. jako zleceniodawcą a (...) z siedzibą w (...) spółką z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w R. reprezentowanymi przez prezesa zarządu R. P., jako zleceniobiorcami oraz przy udziale R. P. będącego stroną zawartej w dniu 14 lutego 2019 roku z M. Ł. umowy przeniesienia ogółu praw i obowiązków komandytariusza zawarły porozumienie w celu prawidłowej realizacji umowy H..

W porozumieniu tym zleceniobiorcy oświadczyli, iż na dzień jego zawarcia mają wobec zleceniodawcy ( (...) S.A.) roszczenia w wysokości:

a. (...) spółka z o.o. spółka komandytowa 3.181.138,29 złotych wynikające z złączonych do porozumienia faktur i not księgowych:

numer (...) w kwocie 44.813,56 euro ( 193.500,47 złotych )

numer (...) pozostało 29.434,35 euro tj. 126.329,29 złotych

numer (...) 69.788,09 euro 299 467,67 złotych

numer 1/ (...)/2019144.635,70 euro tj.621 239,26 złotych

nota obciążeniowa numer (...) z dnia 8 maja 2019 tj. 2.102.163,42 złote

kwota jeszcze niezafakturowana z tytułu B. numer 6 .1 tj. 1.603.483,50 złotych (towar wydany w dniu 5 maja 2019 roku) – minus kwota nierozliczonych zaliczek wypłaconych przez (...) S.A. tj. kwota 1.765.045,32 złote

b. (...) w wysokości 944.258,41 euro wynikające z faktur numer (...) na kwotę 147.886 euro, 01/04/2019 na kwotę 870500 euro, numer 2/04/2019 na kwotę 368 000 euro – minus 442.127,59 euro tj. kwota zapłacona bezpośrednio przez Gminę H. na rzecz podwykonawców (...).

Zleceniodawca oświadczył, że kwestionuje zasadność roszczeń opisanych w pkt a i b, powyżej lecz dążąc do zażegnania sporów, jakie mogłyby powstać pomiędzy stronami, co do przedmiotowych rozliczeń oświadcza, że tytułem

ostatecznego i całościowego rozliczenia za prace wykonane przez zleceniobiorców do dnia podpisania niniejszego porozumienia w związku z realizacją umów w celu realizacji umowy a Gminą H. zleceniodawca zobowiązuje się zapłacić na rzecz (...) spółka z o.o. spółka komandytowa jednorazowo kwotę 1.289.700 złotych w terminie do dnia 31 maja 2019 roku.

Strony zgodnie oświadczyły, że wskazana kwota stanowi całościowe i kompletne rozliczenie wynagrodzenia za prace wykonane przez zleceniobiorców oraz objęte wskazanymi wyżej fakturami i notami obciążeniowymi do dnia podpisania niniejszego porozumienia i stanowi, pod warunkiem zapłaty w całości i w terminie wskazanym w porozumieniu, całościowe rozliczenie roszczeń pomiędzy stronami na dzień podpisania niniejszego porozumienia. I w związku z dokonana zapłatą strony nie będą miały wobec siebie żadnych roszczeń objętych rozliczeniami. W przypadku braku zapłaty w terminie do dnia 31 maja 2019 roku na rzecz (...) spółki z o.o. spółki komandytowej całości wskazanej kwoty niniejsze porozumienie uważane będzie za niezawarte a każda ze stron będzie uprawniona do powiadomienia Gminy H. o braku porozumienia stron.

Jednocześnie zleceniodawca i zleceniobiorca (...) spółka z o.o. spółka komandytowa oświadczają, że z dniem podpisania niniejszego porozumienia (...) spółka z o.o. spółka komandytowa przejmuje od zleceniobiorcy pozostałą do realizacji część umowy H. z Gminą H. tj. przejmuje wszelkie prawa i obowiązki wynikające z umowy H. w szczególności zobowiązanie do wykonania wszystkich prac objętych umową H. a wśród nich również zobowiązanie do wykonania wszelkich robót związanych z usunięciem wad i usterek w okresie objętym gwarancją należytego wykonania umowy H. oraz przejmuje roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace. Począwszy od dnia podpisania niniejszego porozumienia całość pozostałych z realizacji umowy H. płatności netto będzie regulowana przez Gminę H. bezpośrednio na rachunek powierniczy otwarty na rzecz (...) spółka z o.o. spółka komandytowa lub do depozytu notarialnego, z którego notariusz będzie dokonywał wypłat na rzecz (...) spółka z o.o. spółka komandytowa według zasad określonych w protokole złożenia do depozytu / otwarcia rachunku, natomiast kwota należnego podatku VAT przysługującego (...) spółka z o.o. spółka komandytowa z tytułu wystawionych faktur będzie regulowana przez M. Ł. w terminie 14 dni od daty wystawienia faktur. S. sposobu płatności wymagają uzgodnień z Gminą H..

Ponadto w porozumieniu (...) spółka z o.o. spółka komandytowa oświadczyła i zapewniła, że dołoży wszelkich starań, aby Gmina H. nie wystąpiła z żadnymi roszczeniami wobec (...) S.A. z tytułu prac przejętych i realizowanych przez zleceniobiorców w ramach umowy H. a na wypadek wystąpienia przez Gminę H. z roszczeniami wobec (...) S.A. (...) spółka z o.o. spółka komandytowa zobowiązuje się zwolnić (...) S.A. od obowiązku zapłaty tych roszczeń na rzecz Gminy H. i w związku z tym (...) spółka z o.o. spółka komandytowa jest odpowiedzialna w tym zakresie wobec (...) S.A. za to, że Gmina H. nie będzie domagać się zapłaty tych roszczeń od (...) S.A.

Wszelkie zmiany i uzupełnienia porozumienia wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności. Porozumienie podlega prawu polskiemu. Wszelkie spory wynikające z porozumienia lub powstałe w związku z nim będą ostatecznie rozstrzygane przez sąd powszechny właściwy dla (...) spółka z o.o. spółka komandytowa.

(okoliczność niesporna, porozumienie k. 189 – 191)

W dniu 31 maja 2019 w R. sporządzony został aneks numer (...) do porozumienia z dnia 31 maja 2019 roku zawartego w celu prawidłowej realizacji umowy H..

Na mocy aneksu zmieniono treść zapisów porozumienia w ten sposób, iż ustalono, że zapłata kwoty wskazanej w porozumieniu przez (...) S. A. nastąpi w ratach na rachunek bankowy (...) spółka z o.o. spółka komandytowa:

I rata w wysokości 800 000 złotych w terminie do dnia 31 maja 2019 roku, II rata w wysokości 520 000 złotych w terminie do dnia 5 czerwca 2019 roku, przy czym jako datę zapłaty traktuje się datę obciążenia rachunku bankowego (...) S.A. W przypadku braku otrzymania przez (...) spółkę z o.o. spółkę komandytową w terminie do dnia 5 czerwca 2019 roku włącznie całości kwoty niniejsze porozumienie uważane będzie za niezawarte i każda ze stron będzie uprawniona do powiadomienia Gminy H. o braku porozumienia stron.

Złożenie podpisu na tym dokumencie przez R. P. w imieniu (...) jest kwestionowane przez stronę pozwaną jak i przez samego R. P..

R. P. był prezesem zarządu spółki (...) spółka z o.o. spółka komandytowa oraz (...).

Powodem opóźnienia prac na wyspie były m. in. kwestie związane ze statyką budynków. Brak było odpowiednich badań, za których wykonanie odpowiedzialny był zamawiający, czyli gmina. Wyniki badań geologicznych zostały dostarczone wykonawcy dopiero w połowie lipca 2018 roku, co spowodowało duże opóźnienie w realizacji robót. Po wykonaniu badań statyki budynków okazało się, że trzeba zmodyfikować konstrukcję fundamentów projektowanych budynków z punktowych na liniowe.

Spowodowało to opóźnienie w wymiarze około 2, 5 miesiąca. Spowodowało to opóźnienia względem harmonogramu prac oraz brak możliwości przewiezienia w sezonie 2018 roku wszystkich elementów niezbędnych do wykonywania prac na wyspie. Od października 2018 roku transport morski domów modułowych był już niemożliwy z uwagi na warunki atmosferyczne. DM podpisała uprzednio umowy z firmą przewozową na 16 transportów drogą morską za kwotę 360 000 euro, a wykonała jedynie 6. Zmiana w zakresie konstrukcji fundamentów spowodowała konieczność wykonania robót dodatkowych i podwyżkę kosztów wykonania o kwotę 475. 000 euro, którą zaakceptował zamawiający. Wymuszona przerwa w montażu domów na wyspie spowodowała trudności finansowe w spółkach (...). Brak finansowania spowodował brak możliwości prowadzenia prac. Wynikało to m. in. z konieczności zapłaty należności dla firmy przewozowej pomimo niewykonania transportów a następnie zwiększonych kosztów transportu modułów faktycznie wykonywanych w 2019 roku.

Po podpisaniu umowy o generalne wykonawstwo ustalenia pomiędzy D. V. a M. Ł. były takie, że M. miały wykonać (samodzielnie lub poprzez podwykonawców) roboty budowlane przygotowujące do montażu domów modułowych (roboty ziemne, fundamenty, instalacje) D. V. miała wykonać jedynie montaż budynków, bowiem jest to firma, która nie ma doświadczenia, sprzętu ani pracowników do wykonywania takich robót.

Mniej więcej na 2 tygodnie przed rozpoczęciem realizacji umowy przedstawiciel M. Ł. stwierdził, że firma nie ma podwykonawcy i nie wykona pierwotnie planowanej części umowy tj. robót ziemnych, fundamentowych itp.

Wówczas część pracowników spółki (...) została oddelegowana do D. V. i wykonywała te prace, za które rozliczała się ze spółką (...). Były to ustalenia ustne odmienne od treści umowy podwykonawczej podpisanej z D. V..

(zeznania świadka R. P. transkrypcja k. 1856 – 1885, zeznania w imieniu powoda W. P. k. 1914)

Od początku prowadzenia rozmów w przedmiocie umowy koncepcja była taka, że M. Ł. nie będą faktycznie realizowały żadnego zakresu prac wynikającego z umowy z Gminą H.. Konsorcjum firm z udziałem MŁ złożyło ofertę jedynie z tego powodu, że DM ani też (...) nie miały niezbędnych referencji na rynku niemieckim, aby samodzielnie złożyć ofertę.

Ogólna wartość wykonanych robót do momentu rozwiązania umowy została oszacowana przez M. Ł. na kwotę około 8. 400 000 euro.

( zeznania w charakterze strony powodowej J. S. transkrypcja k. 1884 – 1908)

W sierpniu 2019 roku R. P. nakazał zejście z budowy na H. swoim pracownikom pomimo realizacji porozumienia z dnia 31 maja 2019 roku oraz pomimo tego, że w fabryce w R. znajdowały się już wyprodukowane moduły budynków. O zaprzestaniu prowadzenia robót nie powiadomił MŁ. Spowodowało to wypowiedzenie umowy przez Gminę. Nie doszło do ostatecznego rozliczenia wykonanej części kontaktu z Gminą z uwagi na rozbieżności w wyliczeniu wartości wykonanych robót. Mosty Ł. otrzymały od Gminy H. łącznie wraz z zaliczką w wysokości 3. 800 000 euro kwotę około 7-8 milionów euro.

(zeznania w charakterze powoda W. P. k. 1914 – 1945)



Po rozwiązaniu umowy przez Gminę z Konsorcjum spółka (...) spółka z o.o. sp.k. oraz (...) dokończyła inwestycję z uwagi na to, że w momencie zakończenia umowy z konsorcjum miała wyprodukowane prawie wszystkie elementy domów modułowych a część z nich była już przetransportowana na wyspę.

(...) spółka z o.o. spółka komandytowa podpis na dokumencie aneksu numer (...) do porozumienia złożył Prokurent spółki (...).

( okoliczności niesporna, aneks k. 191 – odwrót – 192)

Kwota 800 000 złotych została zapłacona przez (...) S.A. na rachunek (...) spółki z o.o. spółki komandytowej w dniu 31 maja 2019 roku a kwota 520 000 złotych w dniu 5 czerwca 2019 roku.

( potwierdzenie transakcji k. 194, 196)

W dniu 24 września 2019 roku M. Ł. skierowało do R. P. prezesa (...) spółki z o.o. sp. k. pismo dotyczące pisma Gminy H. z dnia 20 września 2019 roku i poruszanych w korespondencji stron problemów związanych z realizacją umowy.

W piśmie wezwano D. M. do kontynuowania prac na wytwórni i na budowie i zwiększenia siły roboczej, ilości sprzętu i materiałów i elementów konstrukcyjnych i udokumentowania tego faktu do dnia 26 września 2019 roku w celu umożliwienia zakończenia prac w terminie nie później niż do dnia 15 listopada 2019 roku. Wskazano, że spółka (...) nie ma żadnych podstaw prawnych do zaprzestania wykonywania dalszych prac na budowie. Wezwano również DM do przedłożenia na piśmie do dnia 26 września 2019 roku programu naprawczego wraz z opisem wszystkich środków, jakie DM zaangażuje w celu zakończenia kontraktu w oczekiwanym przez Gminę terminie jak również do usunięcia wad i usterek zidentyfikowanych w przedmiocie realizacji kontraktu i udokumentowania tego faktu do dnia 26 września 2019 roku. Jednocześnie wskazano, że okoliczności podnoszone w dotychczasowej korespondencji przez DM nie znajdują pokrycia w rzeczywistości i stanowią próbę zdyskredytowania MŁ w relacjach z gminą oraz przejęcia pozostałego zakresu kontraktu.

(pismo k. 258 – 260)

Pismem z dnia 30 września 2019 roku Gmina H. reprezentowana przez pełnomocników złożyła Konsorcjum firm (...), (...) S. A. i S. A. oświadczenie o wypowiedzeniu zgodnie z par 8 ust 3 (...) /B umowy o generalne wykonawstwo budowy domów na wyspie Helgoland.

(okoliczność niesporna, pismo z wypowiedzeniem k. 244 – 245)

W piśmie z dnia 1 października 2019m roku adresowanym do Konsorcjum firm Gmina H. wyjaśniła przyczyny wypowiedzenia umowy.

W treści pisma wskazano, iż Konsorcjum miało wykonać świadczenia wynikające z umowy do dnia 31 maja 2019 roku (zgodnie z aneksem numer (...) do umowy o generalne wykonawstwo) Ze strony zleceniobiorcy dochodziło jednak do opóźnień w wykonywaniu umowy. Pismem z dnia 20 września 2019 roku zamawiający poinformował Konsorcjum, że wykonanie usług jest opóźnione i raz jeszcze udzielił upomnienia, co do wykonywania świadczeń umownych. Pismem z dnia 20 września 2019 roku zamawiający wezwał konsorcjum, aby w taki sposób zwiększyło i utrzymywało siłę roboczą, sprzęt, rusztowania, materiały i elementy budowlane, by zagwarantować możliwie jak najszybsze wykonanie całości świadczeń, najpóźniej jednakże do dnia 15 listopada 2019 roku a także wskazał w tym zakresie termin 27 września 2019 roku, uprzedzając, że w przypadku bezskutecznego upływu terminu zlecenie zostanie cofnięte. Termin upłynął bezskutecznie. Nie nastąpiło żadne zwiększenie tempa prowadzonych prac. Wręcz przeciwnie podwykonawca Konsorcjum zaprzestał wykonywania swoich usług. Wedle stanu na dzień 30 września 2019 roku o godz. 12.00 na placu budowy nie było żadnych pracowników. W związku z powyższym uzasadnione jest wypowiedzenie umowy zgodnie z par 8 ust 3 (...) /B w zw. z par 5 ust 4 (...) /B. Dodatkowo w piśmie z dnia 20 września 2019 roku zamawiający wskazał Konsorcjum termin w celu usunięcia do dnia 27 września 2019 roku wad stwierdzonych podczas wspólnej

wizytacji w dniu 28 sierpnia 2019 roku wraz z zapowiedzią, że w przypadku bezskutecznego upływu tego terminu Gmina H. cofnie zlecenie udzielone Konsorcjum. Termin upłynął bezskutecznie.

W związku z powyższym uzasadnione jest wypowiedzenie zgodnie z par 8 ust 3 (...)/B w zw. z par. 4 ust. 7 (...)/B. Ponadto podwykonawca Konsorcjum w dniu 23 września 2019 roku oświadczył zamawiającemu, że od dnia 27 września 2019 roku wstrzyma wykonywanie usług. Konsorcjum zostało wezwane przez zamawiającego pismem z dnia 24 września 2019 roku do przedłożenia dowodu na to, że dokona zwiększenia sił roboczych i stosownych urządzeń oraz w ustalonym terminie wykona usługi i wyznaczył w tym zakresie termin do dnia 27 września 2019 roku godz. 12. 00 wraz z zapowiedzią, że w przypadku bezskutecznego upływu terminu Gmina H. cofnie zlecenie udzielone Konsorcjum. Termin upłynął bezskutecznie, co również uzasadnia wypowiedzenie.

Nadto zamawiający wskazał na konieczność dokonania wspólnego przeglądu i odbioru wykonanych robót i zwraca się o niezwłoczne przedłożenie weryfikowalnej faktury za wykonane usługi. Nadto zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że z uwagi na znaczne opóźnienie w realizacji projektu budowlanego jest zobowiązany do możliwie szybkiej jego kontynuacji oraz że w związku z tym należy jak najszybciej dokonać przeglądu i odbioru usług świadczonych przez Konsorcjum, aby umożliwić rozdzielenie usług wykonywanych po rozwiązaniu umowy.

( pismo wraz z tłumaczeniem k. 248 – 251 odwrót)

Pismem z dnia 4 października 2019 roku kierowanym do (...) z siedzibą w (...) S.A. oświadczyła o odstąpieniu od umowy podwykonawczej numer 37 z dnia 3 kwietnia 2018 roku zawartej z D. V..

W uzasadnieniu złożonego oświadczenia (...) S.A. wskazało, że w dniu 30 września 2019 roku Gmina H. rozwiązała umowę generalnego przedsiębiorcy podpisaną w dniu 23 stycznia 2018 roku z Konsorcjum.

Jednocześnie w piśmie tym wskazano, że odpowiedzialność za rozwiązanie przez Gminę H. umowy z Konsorcjum ponosi spółka (...). Spółka, bowiem w ciągu ostatnich kilku miesięcy opóźniła się z realizacją umowy, wstrzymywała wykonywanie jakichkolwiek prac i konsekwentnie bezpodstawnie zaprzestała realizacji jakichkolwiek prac, pomimo ciężącego na spółce obowiązku umownego w tym zakresie.

Jednocześnie Konsorcjum wezwało DM do powołania komisji i przystąpienia do inwentaryzacji wykonanych robót w dniu 11 października 2019 roku na terenie budowy oraz wezwało do przekazania w tej samej dacie niezbędnej dokumentacji technicznej z zastrzeżeniem, że w sytuacji nie przystąpienia przez DM do inwentaryzacji lub niezakończenia inwentaryzacji w sposób i w terminie wskazanym stan zaawansowania robót zostanie określony przez M. Ł..

( pismo k. 253)

W tym samym dniu MŁ skierowało pismo z oświadczeniem o odstąpieniu od umowy dostawy numer 19 do (...) spółka z o.o. sp.k.

W piśmie tym wskazano m. in, iż odpowiedzialność za rozwiązanie przez Gminę H. umowy z Konsorcjum ponosi spółka (...) spółka z o.o. Sp. k. W okresie ostatnich kilku miesięcy podejmowała działania zmierzające do niewykonania przedmiotu umowy, w szczególności przekazywała Gminie H. nieprawdziwe informacje na temat realizacji umowy, opóźniła się z realizacją robót w ramach umowy, wstrzymywała wykonywanie jakichkolwiek prac i konsekwentnie bezpodstawnie zaprzestała realizacji jakichkolwiek prac, pomimo ciężącego na spółce (...) spółka z o.o. sp. k. obowiązku umownego w tym zakresie a nadto zobowiązała się na mocy porozumienia z dnia 31 maja 2019 roku do przejęcia wszelkich praw i obowiązków z umowy, w szczególności przejęcia zobowiązań do wykonania wszelkich prac objętych umową, usunięcia wad i usterek, przejęcia roszczenia o wynagrodzenie. itp.

( pismo k. 268 )

W dniu 9 października 2019 roku na terenie budowy odbyło się spotkanie i oględziny z udziałem przedstawicieli M. Ł. i Gminy H..

Ze spotkania sporządzono dokument, w którym opisano stan zaawansowania robót.

( dokument k. 283 – 286, dokumentacja fotograficzna k. 287 – 291)

W dniu 22 października 2019 roku Gmina H. złożył do (...) Spółki Akcyjnej w W. oświadczenie, że wykonawca umowy konsorcjum (...). (...)/ (...) S.A. nie spełniło prawidłowo swoich zobowiązań umownych i w związku z tym Gmina H. jest uprawniona do żądania zwrotu wpłaconej zaliczki w wysokości, co najmniej 3.800 000 euro. Gmina zwróciła się, zatem do (...) S. A. z żądaniem zapłaty z tytułu udzielonej gwarancji kwoty 3. 800 000 euro.

(wniosek k. 298-300)

W dniu 13 listopada 2019 roku (...) S.A. poinformował w korespondencji mailowej kierowanej do zarządu M. Ł. o złożeniu przez gminę wniosku o realizację zapłaty gwarancji bankowej ze wskazaniem, iż po weryfikacji wniosku, zdaniem banku, żądanie wypłaty jest uzasadnione a bank ma 5 dni od daty wpływu wniosku na realizację wypłaty.

( korespondencja mailowa k. 380)

W dniu 21 listopada 2019 roku M. Ł. dokonały zapłaty na rzecz (...) S. A. kwoty 16.393.200 złotych tytułem zwrotu kwoty 3. 800 000 euro wypłaconej przez mBank na rzecz Gminy H. z tytułu ustanowionej gwarancji bankowej.

( okoliczność niesporna, potwierdzenie przelewu. 385, k. 389)

Mosty Ł. poniosły również na rzecz (...) S.A. koszty udzielenia i realizacji gwarancji w wysokości 1.000 złotych. (okoliczność niesporna, potwierdzenie przelewu k. 391)

W dniu 5 grudnia 2019 roku umocowany pełnomocnik powoda skierował do (...) spółki z o.o. spółki komandytowej wezwanie do zwolnienia od odpowiedzialności oraz zapłaty.

W piśmie wezwano DM do wypełnienia zobowiązania wynikającego z par 2 ust 3 porozumienia zawartego w dniu 31 maja 2019 roku tj. zwolnienia spółki (...) z odpowiedzialności wobec Gminy w terminie 5 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania poprzez:

zapłatę na rzecz MŁ kwoty 3. 800 000 euro oraz kwoty 1.000 złotych stanowiących szkodę, jaką spółka (...) poniosła w związku z wypłatą na rzecz Gminy środków z gwarancji bankowej z dnia 26 stycznia 2018 roku ustanowionej przez (...) S. A.

usunięcie stwierdzonych przez gminę wad i usterek wskazanych w załączniku 3 do niniejszego wezwania, za które DM uzyskała już wynagrodzenie względnie spełnienie wszelkich roszczeń finansowych gminy związanych z wykonaniem zastępczym w tym zakresie;

spełnienia wszelkich roszczeń gminy związanych ze stratą poniesioną przez gminę w łącznej wysokości 7.364.344, 61 euro, wskazaną w załączniku numer 4 do niniejszego wezwania.

( wezwania z załącznikami k. 295 – 379)

W dniu 17 grudnia 2019 roku (...) spółka z o.o. sp. k. udzieliła odpowiedzi M. Ł. na pismo z dnia 5 grudnia 2019 roku uznając zgłoszone w nim roszczenia i żądania za bezzasadne.

( pismo k. 393)

Powód wystąpił z analogicznym pozwem jak w sprawie niniejszej (o zapłatę równowartości kwoty 3. 000 000 euro) także przeciwko (...) spółce z o.o. spółce komandytowej w R.. Sprawa toczy się pod sygn. akt X GC 21/20 tut Wydziału.

(okoliczność niesporna, akta sprawy X GC 21/20)

W trakcie prowadzonych robót pozwana spółka wystawiła dla powoda m. in faktury :

numer 26/09/2019 z dnia 27 września 2018 roku na kwotę 270 000 euro za fundamenty i plac budowy 3 i 6

numer 01/04/2019 z dnia 1 kwietnia 2019 roku na kwotę 870 500 euro za usługi transportowe i prace budowlane

numer 02/04/2019 z dnia 18 kwietnia 2019 roku na kwotę 368 000 euro za usługi transportowe, opłaty portowe i prace montażowe;

numer 05/10/2019 na kwotę 1.600 000 euro za prace montażowe, usługi transportowe i drogi dla pieszych;

( faktury k. 594 – 611)

W dniu 4 grudnia 2018 roku (...) spółka z o.o. Sp. k. wystosowała do M. Ł. wezwanie do podstawiania 36 samochodów w terminie do dnia 14 grudnia 2018 roku celem wywozu z fabryki w (...) gotowych modułów wytworzonych zgodnie z łączącą strony umową z informacją, iż brak podstawienia samochodów w ww. terminie uniemożliwi dalszą produkcję modułów i w związku z tym od dnia 17 grudnia 2018 roku naliczana będzie opłata w wysokości 19 zł netto za dobę / m/ kw powierzchni przeznaczonej do składowania nieodebranych modułów.

( pismo k. 613)

W dniu 8 maja 2019 roku (...) spółka z o.o. sp. k. wystawiła dla M. Ł. notę obciążeniową na kwotę 2.102.163,42 złote z tytułu poniesionych strat związanych z koniecznością ograniczenia produkcji z powodu konieczności przechowywania na terenie zakładu nieodebranych modułów przeznaczonych na wyspę Helgoland.

( nota, pismo k. 615 – 635)

Spółka (...) spółka z o.o. spółka komandytowa zgodnie z zasadami reprezentacji była reprezentowana przez swojego komplementariusza – (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. zgodnie z zasadami jej reprezentacji .

( odpis z krs k. 778 – 786)

W dniu 5 maja 2020 roku pełnomocnik M. Ł. przesłał do Gminy H. pismo wraz z załączoną do niego fakturą końcową wystawioną z tytułu umowy z Gminą H.. Z treści pisma informującego wynika, iż pełnomocnik powoda przekazuje pełnomocnikowi gminy H. fakturę końcową wystawioną przez (...) S.A. Faktura ta obejmuje rozliczenie wszystkich usług wykonanych do ostatniego dnia okresu wypowiedzenia oraz odszkodowanie za opóźnienie w realizacji prac budowlanych w wysokości 1. 828.955 euro.

Z treści załączonej faktury wynika, iż należność powoda z tytułu usług dotychczas niefakturowanych wynosi 4.056.935,14 euro a koszty poniesione z uwagi na przedłużenie okresu realizacji usług wyniosły 1.828.955 euro. Łączna należność netto określona została na kwotę 5.885.890,14 euro. Jako termin płatności wskazano 14 dni.

( pismo i faktura końcowa k. 795 – 798, zeznania świadka M. K. transkrypcja k. 1630 - 1650)

Otrzymana od gminy H. zaliczka w kwocie 3. 800 000 euro nie była rozliczana na bieżąco z fakturami wystawianymi przez M. Ł. za wykonane roboty. Miała zostać rozliczona po zakończeniu umowy w fakturze końcowej.

Z kwoty zaliczki zostały uregulowane należności względem podwykonawców. Należności podwykonawców przekraczające kwotę zaliczki 3. 800 000 euro były regulowane przez M. Ł. lub bezpośrednio przez Gminę.

Faktura końcowa wystawiona przez M. Ł. na Gminę H. nie została przez Gminę zapłacona.

( okoliczność niesporna, zeznania świadka M. K. k. 1630 – 1658)

Mosty Ł. wystawiały faktury na Gminę H. na podstawie zakresu wykonywanych prac przez podwykonawców. Gmina regulowała na rzecz M. Ł. należności wynikające z tych faktur. Podwykonawcy składali faktury do MŁ. Należności z tych faktur były regulowane przez MŁ lub bezpośrednio przez Gminę.

( zeznania świadka A. Z. transkrypcja k. 1661 – 1680)

W dniu 16 lipca 2020 roku pełnomocnik gminy H. skierował do pełnomocnika M. Ł. pismo dotyczące stwierdzonych w robotach budowlanych usterek wraz z wezwaniem do ich usunięcia w terminie do dnia 21 sierpnia 2020 roku. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do dochodzenia roszczeń regresowych w przypadku, gdyby najemcy z powodu stwierdzonych wad zgłaszali roszczenia wobec gminy H..

( pismo z wykazem usterek k. 945 – 970)

Pełnomocnicy powoda przesłali pismo zamawiającego wraz z wykazem usterek do (...) wraz z wezwaniem do przystąpienia do usunięcia stwierdzonych usterek, w odniesieniu do tej części prac w ramach realizacji inwestycji, która jest przedmiotem umów zawartych z ww. podmiotami – w terminie 7 dni od daty doręczenia niniejszych pism.

(pismo k. 978, 979)

W odpowiedzi na powyższe wezwania pełnomocnik (...) spółki z o.o. sp. k. odmówił naprawienia usterek, powołując się m.in. na okoliczność, iż umowa z Gminą H. została przez zamawiającego rozwiązana.

(pismo k. 1036 -1038)

Spółki (...) spółka z o.o. sp. k. i (...) dokończyły przedmiotową inwestycję na podstawie umowy zawartej z Gminą H. po rozwiązaniu umowy z Konsorcjum.

Za dokończenie inwestycji otrzymały wynagrodzenie w wysokości około 5. 000 000 euro.

( okoliczność niesporna, zeznania w charakterze powoda W. P. k. 1914 – 1945)

Powyższy stan faktyczny był pomiędzy stronami, co do zasady niesporny. Strona pozwana nie kwestionowała zasadniczo okoliczności faktycznych sprawy, ani treści umów łączących strony i ich kontrahentów, ani też faktu wypowiedzenia umowy przez zamawiającego czy też okoliczności zrealizowania przez zamawiającego gwarancji bankowej ustanowionej na zlecenie powoda.

Istotą sporu pomiędzy stronami nie jest, bowiem stan faktyczny sprawy, lecz kwestia wynikających z tego stanu faktycznego konsekwencji prawnych w tym ewentualnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej strony pozwanej wobec powoda za zrealizowanie przez zamawiającego gwarancji bankowej, które pozwana od początku do końca postępowania konsekwentnie kwestionowała.

Dodatkowo sąd poczynił ustalenia faktyczne w sprawie na podstawie przedłożonych przez strony do akt sprawy dokumentów, których treść, wiarygodność ani moc dowodowa nie była przez strony kwestionowana.

Zeznania świadków i stron niniejszego procesu potwierdzają, co do zasady i uzupełniają okoliczności faktyczne wynikające z dokumentów, co do zasady nie pozostają z nimi w sprzeczności.

Sąd pominął natomiast wnioski dowodowe i dowody odnoszące się do kwestii podpisania przez R. P. aneksu numer (...) do porozumienia z dnia 31 maja 2019 roku.

Okoliczność złożenia przez R. P. podpisu pod tym aneksem była kwestionowana tak przez stronę pozwaną jak i przez samego R. P., który zarzucał sfalszowanie jego podpisu.

Okoliczności powyższe są przedmiotem ustaleń sądu w innym, toczącym się przed tutejszym sądem postępowaniu w sprawie o sygn. akt X GC 21/20.

Zobowiązania wynikające z treści porozumienia z dnia 31 maja 2019 roku i aneksu do tego porozumienia, (którego zawarcie strona pozwana kwestionuje) nie dotyczą, bowiem pozwanej spółki.

Przejęcie zobowiązań wynikających z kontraktu zawartego z gminą H. oraz inne postanowienia porozumienia i aneksu miały dotyczyć, bowiem (...) spółki z o.o. Spółki komandytowej z siedzibą w R., a nie spółki pozwanej.

Wobec powyższego okoliczność, czy aneks do porozumienia został faktycznie zawarty czy też nie pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy niniejszej.

N. od powyższego zwrócić należy uwagę na fakt, że pomimo zawarcia porozumienia i aneksu do niego (jak twierdzi powód w niniejszym postępowaniu) do faktycznego przejęcia kontraktu na podstawie tego porozumienia nie doszło.

Zmiana taka niewątpliwie wymagały zgody zamawiającego, czyli Gminy H.. Powód nie przedstawił dowodów na to, iż Gmina zgodę taką wyraziła.

Ponadto, jak wynika z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych M. Ł. pomimo wypowiedzenia umowy przez Gminę i pomimo podpisania porozumienia z dnia 31 maja 2019 roku i aneksu do niego ( jak twierdzi powód) uczestniczyła, jako wykonawca w czynnościach po wypowiedzeniu umowy przez Gminę. Przedstawiciele powoda brali udział w inwentaryzacji robót wykonanych a następnie w dniu 5 maja 2020 roku MŁ przesłał Gminie H. pismo dotyczące końcowego rozliczenia robót wraz z wystawioną przez M. Ł. fakturą końcową.

Z okoliczności tych wynika, iż nie doszło faktycznie do przejęcia kontraktu i wynikających z niego zobowiązań przez (...) spółka z o.o. spółka komandytowa względem Gminy H. na podstawie porozumienia z dnia 31 maja 2019 roku i kwestionowanego aneksu. Okoliczność, czy faktycznie podpisano kwestionowany aneks pozostaje, zatem bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Sąd pominął przedstawione przez strony dalsze stanowiska i dowody w postaci kolejnych opinii grafologicznych na okoliczność autentyczności podpisu R. P. na tym aneksie.

### ***Sąd zważył, co następuje:***

W pierwszej kolejności odnieść należy się do podniesionego przez stronę pozwaną w odpowiedzi na pozew zarzutu braku jurysdykcji sądowej sądu polskiego do rozstrzygania niniejszego sporu.

Zarzut ten należało uznać za chybiony, co skutkowało wydaniem przez sąd postanowienia o odmowie odrzucenia pozwu.

Wbrew stanowisku strony pozwanej do oceny tej kwestii zastosowanie powinny znaleźć, w ocenie sądu, postanowienia umowy podwykonawczej łączącej strony a nie kontraktu głównego, którego pozwany nie był stroną.

W par. 16 ust 1 umowy podwykonawczej strony wskazały, iż wszelkie spory wynikające z postanowień umowy będą rozstrzygane przez sąd rzeczowo i miejscowo właściwy dla siedziby (...) S.A. W par. 16 ust 2 tej umowy strony zawarły również postanowienia dotyczące właściwości prawa polskiego do oceny umowy podwykonawczej. Zapisy te jednoznacznie świadczą o tym, iż zamiarem stron było, aby spory wynikłe z zawartej umowy rozpoznawane były przez sąd polski na podstawie prawa polskiego. Z powołanych zapisów wynika, iż wolą stron było zawarcie umowy prorogacyjnej o poddanie wszelkich sporów wynikłych z umowy podwykonawczej jurysdykcji sądów polskich.

Zgodnie z treścią przepisu art. 1104 par 1 kpc. strony oznaczonego stosunku prawnego mogą umówić się na piśmie o poddanie wynikłych lub mogących wyniknąć z niego spraw o prawa majątkowe jurysdykcji sądów polskich. Strony w umowie podwykonawczej w sposób niebudzący wątpliwości poddały spory wynikłe na gruncie umowy podwykonawczej jurysdykcji sądów polskich.

Wobec niezasadności zarzutu braku jurysdykcji sąd orzekł o odmowie odrzucenia pozwu.

### ***Wniesione w sprawie powództwo jest nieuzasadnione i jako takie podlegało oddaleniu.***

Rozstrzygnięcie niniejszej sprawy sprowadza się do ustalenia, czy stronie pozwanej przypisać można wynikającą z treści przepisu art. 471 KC. odpowiedzialność kontraktową wobec powódki za szkodę polegającą na zrealizowaniu przez Gminę H. bankowej gwarancji zwrotu zaliczki na kwotę 3. 800 000 euro.

Zgodnie z treścią przepisu art. 471 KC. 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.

Przesłankami odpowiedzialności opisanej w art. 471 KC są: 1) zdarzenie, tj. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania; 2) szkoda; 3) adekwatny związek przyczynowy między zdarzeniem a szkodą. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie.

Aby zasła omawiana odpowiedzialność, po stronie wierzyciela przede wszystkim musi powstać szkoda w rozumieniu art. 361 par. 2 KC. Chodzi tu więc o obie postacie szkody majątkowej, a więc zarówno o stratę rzeczywistą (*damnum emergens*), jak i utracone korzyści (*lucrum cessans*),

Przy czym w niniejszym postępowaniu powód dochodzi naprawienia szkody w pierwszej ze wskazanych wyżej postaci – zwrotu wydatków poniesionych na rzecz m (...) S. A. w związku z realizacją przez Gminę H. udzielonej na zlecenie powoda gwarancji bankowej .

Rozumienie pojęcia uszczerbku majątkowego jest zasadniczo proste – jest to tzw. rzeczywisty uszczerbek w majątku na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, czyli utrata, zmniejszenie lub niepowiększenie aktywów lub powstanie bądź zwiększenie pasywów. Powszechnie przyjmuje się, że jest to różnica pomiędzy rzeczywistym stanem dóbr, jaki już istniał, a stanem, jaki powstał wskutek zdarzenia wywołującego zmianę w dotychczasowym stanie rzeczy (por. A. Sienkiewicz, *Pojęcie i rodzaje szkody*, s. 62; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu*, s. 168). Zdarzeniem tym będzie takie zachowanie dłużnika (działanie lub zaniechanie), które stanowi niewykonanie lub wykonanie nienależyte obciążającego go zobowiązania.

W ocenie sądu w okolicznościach faktycznych sprawy nie zostały wykazane żadne wskazane wyżej wynikające z treści przepisu art. 471 KC przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanej spółki.

Przede wszystkim w okolicznościach faktycznych sprawy nie można zasadnie przyjąć, iż po stronie powoda powstała szkoda majątkowa rozumiana, jako trwały, definitywny uszczerbek w majątku poszkodowanego.

Metoda określająca szkodę, jako różnicę dwóch stanów dóbr: hipotetycznego, jaki istniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie, które szkodę wyrządziło oraz rzeczywistego, jaki aktualnie istnieje wskutek szkodliwego zdarzenia, określana jest, jako tzw. teoria różnicy (metoda dyferencyjna). Przy zastosowaniu tej metody uwzględniany jest całokształt dóbr i interesów osoby poszkodowanej i ogół następstw wyrządzających szkodę, pod warunkiem jednak, że pozostają w związku przyczynowym, a żaden przepis szczególny nie ograniczył ani nie wyłączył możliwości uwzględnienia tychże następstw (por. T. Dybowski, w: *System PrCyw*, t. III, cz. 1, 1981, s. 218; A. Sienkiewicz, *Pojęcie i rodzaje szkody*, s. 64; K. Zagrobelny, w: *Gniewek, Komentarz KC*, 2006, s. 541). Ten hipotetycznie zrekonstruowany stan winien być prawdopodobny w stopniu bardzo wysokim (T. Dybowski, w: *System PrCyw*, t. III, cz. 1, s. 228; Radwański, Olejniczak, *Zobowiązania*, 2014, s. 95–96). Prościej rzecz ujmując – metoda dyferencyjna nakazuje uznać

za szkodę różnicę między wartością faktycznie istniejącego majątku poszkodowanego a wartością majątku, który istniałby, gdyby nie naruszono pewnych praw lub dóbr poszkodowanego i w konsekwencji nie wyrządzono by mu szkody (J. Jastrzębski, Glosa do wyr. SN z 11.10.2001 r., s. 50; por. także wyr. SN z 23.4.2021 r., V CSK 86/2P1, Legalis; wyr. SA w Warszawie 14.8.2019 r., VI ACa 628/18, Legalis). Natomiast z przepisu art. 6 KC, w myśl którego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne, wynika, że dowód w tym przedmiocie ( wykazanie wystąpienia szkody ) obciąża poszkodowanego.

Jest okolicznością w sprawie niekwestionowaną, iż Gmina H. zrealizowała wystawioną przez (...) S. A. gwarancję bankową ustanowioną na zlecenie powoda tytułem zabezpieczenia zwrotu zaliczki uiszczonej przez Gminę na podstawie umowy o generalne wykonawstwo. W konsekwencji powód zmuszony był do zwrotu kwoty zrealizowanej gwarancji na rzecz mBanku.

W ocenie sądu jednakże kwestią otwartą na dzień wyrokowania w sprawie pozostaje zasadność zrealizowania przez Gminę H. rzeczowej gwarancji.

Okoliczność nie ta nie była w żaden sposób weryfikowana, bowiem udzielona na zlecenie powoda gwarancja bankowa była gwarancją bezwarunkową, płatną na pierwsze żądanie.

Weryfikacja zasadności zrealizowania przez Gminę przedmiotowej gwarancji mogłaby nastąpić ewentualnie na drodze postępowania sądowego wszczęto z inicjatywy powoda w niniejszej sprawie ( MŁ ). P. takie nie zostało jednakże przez MŁ zainicjowane . Natomiast z treści pozwu i stanowiska procesowego powoda prezentowanego w niniejszym postępowaniu wynika , iż powód niejako a priori przyjął , iż działania Gminy H. były zasadne i miała ona prawo zrealizować gwarancję.

Na gruncie poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić.

Z niekwestionowanych okoliczności faktycznych ustalonych w sprawie wynika, iż w trakcie realizacji umowy powód a w zasadzie jego podwykonawcy w tym pozwana spółka (...) wykonali na podstawie umowy o generalne wykonawstwo na rzecz gminy roboty budowlane o wartości przekraczającej znacząco wysokość udzielonej przez zamawiającego zaliczki. W tym roboty dodatkowe wynikające z wystąpienia w trakcie realizacji prac okoliczności , które nie były uwzględnione w chwili zawierania umowy o generalne wykonawstwo. ( zmiana w zakresie fundamentów, wyposażenie budynków itp.)

W dniu 5 maja 2020 roku pełnomocnik M. Ł. przesłał do Gminy H. pismo wraz z załączoną do niego fakturą końcową wystawioną z tytułu umowy z Gminą H.. Z treści pisma informującego wynika, iż pełnomocnik powoda przekazuje pełnomocnikowi Gminy H. fakturę końcową wystawioną przez (...) S.A. Faktura ta obejmuje rozliczenie wszystkich usług wykonanych do ostatniego dnia okresu wypowiedzenia oraz odszkodowanie za opóźnienie w realizacji prac budowlanych w wysokości 1. 828.955 euro.

Z treści załączonej faktury wynika, iż należność powoda z tytułu usług dotychczas nefakturowanych wynosi 4.056.935,14 euro a koszty poniesione z uwagi na przedłużenie okresu realizacji usług wyniosły 1.828.955 euro. Łączna należność netto określona została na kwotę 5.885.890,14 euro. Jako termin płatności wskazano 14 dni. Faktura nie została przez gminę zapłacona.

Jest również okolicznością w sprawie niekwestionowaną, iż gmina nie uregulowała na rzecz wykonawcy ( konsorcjum) reprezentowanego przez powoda, pełnego wynagrodzenia za wykonane prace do czasu rozwiązania umowy.

Dodatkowo pobrała z tytułu gwarancji bankowej kwotę 3. 800 000 euro zapłaconej uprzednio zaliczki.

Zgodnie z postanowieniami znormalizowanych zasad zlecenia i wykonawstwa robót budowlanych ( (...)) część B – Ogólnych warunków umowy o roboty budowlane wydanie 2009 do momentu zakończenia świadczenia zleceniodawca może wypowiedzieć umowę w każdej chwili. Zleceniobiorcy przysługuje uzgodnione wynagrodzenie. Musi on podać



wyliczeniu, jakie koszty w wyniku anulowania umowy zaoszczędzi lub zyska czy w złej wierze zaniecha w wyniku innego przeznaczenia siły roboczej lub zakładu.

Zgodnie z postanowieniem par 14 (...) / B fakturę końcową należy złożyć w przypadku świadczeń z umownym terminem realizacji maksymalnie 3 miesiące, najpóźniej w ciągu 12 dni roboczych po ukończeniu, o ile nie uzgodniono inaczej. Termin ten jest przedłużany każdorazowo o 6 dni roboczych na każde 3 miesiące terminu realizacji. Jeśli zleceniobiorca nie złoży weryfikowalnej faktury, mimo że zleceniodawca wyznaczył mu na to odpowiedni termin zleceniodawca może ją wystawić sam na koszt zleceniobiorcy.

Jak z powyższego wynika złożenie i przesłanie do Gminy H. faktury końcowej dopiero w dniu 5 maja 2020 t roku a zatem po około 6 miesiącach od zakończenia umowy jest działaniem znacząco spóźnionym. Jednocześnie powód pomimo odmowy uregulowania przez gminę należności wynikającej z przedłożonej w dniu 5 maja 2020 roku faktury nie podjął żadnych kroków wobec Gminy w celu wyegzekwowania należności.

Z samej istoty zaliczki wynika, iż powinna być ona po zakończeniu umowy ( w tym po zakończeniu jej w drodze rozwiązania i to niezależnie od powodu z jakiego to rozwiązanie nastąpiło ) rozliczona – zaliczona na poczet wierzytelności wykonawcy z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace, ewentualnie zwrócona, ale wówczas zamawiający zobowiązany jest do zapłaty całości wynagrodzenia w tym odpowiadającego kwocie zwróconej zaliczki.

Rozliczenie wykonanych robot budowlanych pomiędzy zamawiającym ( w tym wypadku Gminą H.) a wykonawcą ( w tym wypadku (...) S.A. ) powinno , zgodnie z polanymi postanowieniami (...) / B stanowiącymi integralną część umowy o generalne wykonawstwo, nastąpić zawsze , w każdym przypadku przedterminowego rozwiązania umowy o roboty budowlane, niezależnie od przyczyn z jakich to rozwiązanie nastąpiło.

Okoliczności powyższe czynią wątpliwą zasadność skorzystania przez Gminę H. z gwarancji bankowej w sytuacji braku rozliczenia się z wykonawcą za wykonane roboty budowlane.

Jak z powyższego wynika po stronie powoda istnieje nadal wierzytelność wobec Gminy H. z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych na rzecz Gminy do czasu rozwiązania umowy z konsorcjum. Wierzytelność ta obejmuje m. in. kwotę 3. 800 000 euro uiszczoną pierwotnie tytułem zaliczki a następnie niezasadnie ( w ocenie sądu) pobraną z tytułu gwarancji i nie zapłaconą tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, których wartość Gmina zatrzymała w postaci części zrealizowanej inwestycji.

Zasadnie podnosi również pełnomocnik strony pozwanej, iż rzeczona gwarancja bankowa zabezpieczała jedynie zwrot zaliczki a nie ewentualne roszczenia gminy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Te ostatnie roszczenia zamawiającego zabezpieczone były poprzez zatrzymanie ustalonej części kwot z każdej faktury obejmującej wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane. ( par 9 umowy o generalne wykonawstwo)

Jednocześnie gmina ani we wniosku o wypłatę gwarancji ani w korespondencji kierowanej do powoda w związku z wypowiedzeniem umowy nie podnosiła żadnych innych roszczeń związanych z przedterminowym zakończeniem umowy ( odszkodowanie , kary umowne itp.)

Z treści zeznań członków zarządu M. Ł. wynika , iż mają oni świadomość istnienia tej wierzytelności. Powód nie dokonał jednak szczegółowego, rzetelnego rozliczenia się z zamawiającym pomimo wezwań kierowanych w tym zakresie przez Gminę. Nie podjął również żadnych kroków prawnych w stosunku do Gminy H. w celu dochodzenia tej wierzytelności jak również w celu zakwestionowania realizacji gwarancji. Skoro w majątku powoda istnieje prawo majątkowe w postaci wierzytelności wobec Gminy H. z tytułu należnego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane obejmujące również kwotę 3. 800 000 euro z tytułu zaliczki twierdzenie, iż w majątku powoda powstała szkoda majątkowa jest na tym etapie przedwczesne i nieudowodnione.

Bez znaczenie dla oceny tej okoliczności pozostaje, iż gmina po zakończeniu umowy z Konsorcjum zawarła kolejną umowę z pozwaną na dokończenie inwestycji.

Nawet jednak przy przyjęciu odmiennego zapatrywania, iż poniesienie przez powoda wydatku w kwocie dochodzonej pozwem z tytułu konieczności zwrotu na rzecz mBanku kwoty wypłaconej gwarancji bankowej stanowi szkodę powoda to szkoda ta nie pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z działaniem bądź zaniechaniem po stronie pozwanej.

Po pierwsze dokonane w sprawie ustalenia faktyczne nie dają podstaw do przyjęcia, iż do rozwiązania umowy przez Gminę H. a następnie do zrealizowania gwarancji bankowej doszło wskutek nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwaną spółkę.

Z treści aneksów do umowy o generalne wykonawstwo zawartych pomiędzy konsorcjum reprezentowanym przez powoda a Gminą H. wynika, iż przyczyny wydłużenia się znacząco czasu realizacji umowy były niezależne od pozwanej. W aneksach wskazano m. in. na konieczność wykonania badań geologicznych gruntu, zmiany w zakresie wyposażenia wewnętrznego budynków oraz wynikające z jakości podłoża gruntowego dopasowania ugruntowania domów modułowych. W przypadku wyposażenia wewnętrznego życzenie zmian zgłosił zleceniodawca. Ponieważ podwyższeniu uległ standard zwiększyły się również koszty. Zamiast pierwotnie planowanych fundamentów punktowych z przyczyn statycznych wbudowano znacznie droższe fundamenty ciągłe. Ponadto wykonawca położył sieć przewodów podziemnych, których położenie i przyłączenie pierwotnie leżało po stronie zleceniodawcy. Z treści aneksów do umowy o generalne wykonawstwo jak również z treści porozumienia pomiędzy powodem a DM z dnia 31 maja 2019 roku wynika, iż przyczyną problemów z realizacją umowy po stronie D. V. były również problemy z terminowymi płatnościami na rzecz podwykonawców. Ponadto wpływ na tempo prowadzenia robót budowlanych oraz ich koszt miały również kwestie związane z możliwością wykonania transportu morskiego. Przesunięcie terminu wykonania prac w roku 2018 na sezon jesienno – zimowy powodowało dalsze opóźnienia z uwagi właśnie na problemy transportowe.

Transport modułów możliwy był bowiem jedynie w okresie od wiosny do jesieni, nie był możliwy w okresie zimowym z uwagi na panujące warunki atmosferyczne.

Z całą pewnością, zatem odpowiedzialności za powyższe okoliczności nie można przypisać pozwanej a z pewnością nie wyłącznie pozwanej.

W toku postępowania nie wykazano tym samym związku przyczynowego pomiędzy zrealizowaniem przez gminę gwarancji bankowej a sposobem wykonywania przez pozwaną umowy podwykonawczej.

Niezależnie od powyższej argumentacji ostatecznie jednakże przyczyny, dla których doszło do rozwiązania przez Gminę H. umowy o generalne wykonawstwo pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Niezależnie od przyczyn wypowiedzenia przez gminę umowy o generalne wykonawstwo tj. nawet w sytuacji gdyby istotnie do rozwiązania umowy doszło z winy podwykonawcy (**pozwanej**) - co w niniejszym postępowaniu nie zostało jednoznacznie wykazane - to i tak , jak już wyżej wskazano, strony umowy o generalne wykonawstwo były zobowiązane do dokonania rozliczenia prac budowlanych wykonanych do czasu rozwiązania umowy. Jeśli wartość prac budowlanych wykonanych do czasu rozwiązania umowy przewyższała wysokość zapłaconej przez zamawiającego zaliczki to po stronie wykonawcy, co oczywiste powstaje z tą chwilą roszczenie o zapłatę wartości prac faktycznie wykonanych które gmina zatrzymała oraz ewentualne prawo zatrzymania zaliczki na poczet tego wynagrodzenia.

Forsowane przez powoda przez cały czas trwania procesu stanowisko , iż do rozliczenia zaliczki ( zatrzymania jej przez wykonawcę ) niezbędne było wykonanie kontraktu w całości i tylko w tej sytuacji gmina nie byłaby uprawniona do zwrotu zaliczki jest nielogiczne, całkowicie bezzasadne, pozbawione tak podstaw prawnych jak i faktycznych. Nie znajduje ono oparcia ani w treści umowy zawartej z Gminą H. ani w treści powołanych zapisów (...)/B stanowiących jej integralną część.

Jednocześnie nie można zgodzić się z twierdzeniami powoda, co do tego, iż pozwany wskutek zawarcia umowy podwykonawczej przejął względem powoda odpowiedzialność za realizację umowy z gminą w tym zakresie i zwolnił tym samym powoda od obowiązku realizacji umowy z gminą w zakresie wynikającym z umowy podwykonawczej.

Powoda nadal, bowiem wiązała umowa o generalne wykonawstwo zawarta z Gminą H..

Powód nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, iż gmina zwolniła go z odpowiedzialności za realizację zobowiązań wynikających z umowy o generalne wykonawstwo w jakimkolwiek zakresie. Nie wykazał również, aby gmina wyraziła zgodę na zmianę dłużnika poprzez wstąpienie w miejsce powoda – pozwanej, jako wykonawcy do kontraktu łączącego gminę z konsorcjum. Zgoda taka jest niezbędna na zmianę dłużnika zgodnie z treścią przepisu art. 519 KC.

Powód ponosił nadal względem gminy odpowiedzialność za realizację zobowiązań wynikających z tej umowy. Odpowiedzialność ta obejmowała również konsekwencje działań zatrudnionych przez powoda podwykonawców, w tym pozwanej. Twierdzenia powoda o odmiennym ukształtowaniu praw i obowiązków podwykonawcy są pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych. Powodowi przysługiwałyby względem podwykonawców ewentualne roszczenia regresowe, w przypadku zaspokojenia pretensji zamawiającego. Z tych samych względów nie można zgodzić się ze stanowiskiem powoda, co do tego, iż nie był on zobowiązany czy też uprawniony w relacjach z gminą do wystąpienia o dodatkowe wynagrodzenie będące następstwem szeregu zmian, jakie nastąpiły w trakcie realizacji umowy.

Uprawnienie takie służyło względem gminy wyłącznie powodowi działającemu w ramach konsorcjum, jako stronie umowy zawartej w gminą. Kwestia pozyskania od pozwanej niezbędnej w tym celu dokumentacji jest już sprawą drugorzędną. Powód, jako profesjonalista na rynku usług budowlanych posiadający profesjonalne służby i obsługę prawną powinien znać i zastosować w praktyce dostępne mu środki prawne w celu pozyskania tej dokumentacji od podwykonawcy, gdyby ten jej nie przekazał.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności powództwo podlegało oddaleniu, jako pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. Z uwagi na oddalenie powództwa strona powodowa, jako przegrywająca proces została obciążona obowiązkiem zwrotu na rzecz pozwanego kosztów procesu. Na koszty te złożyła się kwota 25.000 zł stanowiąca wynagrodzenie pełnomocnika procesowego ustalone w oparciu o § 2 pkt. 8 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych ( tj. z dnia 3 stycznia 2018 roku Dz. U. z 2018 poz. 265) oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17 złotych.

Na podstawie przepisu art. 113 ust. 1 w zw. z art. 83 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U nr 167, poz. 1398 ze zm.) Sąd nakazał pobrać od pozwanego) na rzecz Skarbu Państwa reprezentowanego przez Sąd Okręgowy w Łodzi kwotę 496,21 zł. tytułem zwrotu poniesionych przez Skarb Państwa wydatków – kosztów dokonanych tłumaczeń.

z/ odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron przez PI