

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSO Renata Latosińska
Protokolant:	sekr. sądowy Agnieszka Kurylak

po rozpoznaniu w dniu 13 grudnia 2016 r. w Warszawie

sprawy z powództwa

(...) S.A. z siedzibą w W.,

(...) S.A. z siedzibą w W.,

(...) S.A. z siedzibą w M. w Hiszpanii

przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

o zapłatę i o ustalenie

1. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A z siedzibą w W. :

a) kwotę 13.154.589,81 złotych / trzynaście milionów sto pięćdziesiąt cztery tysiące pięćset osiemdziesiąt dziewięć złotych 81/100 gr./ z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane wraz z ustawowymi odsetkami za okres od dnia 20 maja 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty,

b) kwotę 1.115.076,74 złotych / jeden milion sto piętnaście tysięcy siedemdziesiąt sześć złotych 74/100 gr./ z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty 13.154.589,81 złotych /trzynaście milionów sto pięćdziesiąt cztery tysiące pięćset osiemdziesiąt dziewięć złotych 81/100 gr. / za okres od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa, tj. do dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 1.115.076,74 złotych / jeden milion sto piętnaście tysięcy siedemdziesiąt sześć złotych 74/100 gr./ za okres od dnia 20 maja 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty,

2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. :

a) kwotę 13.691.511,83 złotych / trzynaście milionów sześćset dziewięćdziesiąt jeden tysięcy pięćset jedenaście złotych 83/100gr/ z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane wraz z ustawowymi odsetkami za okres od dnia 20 maja 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty,

b) kwotę 1.160.590,07 złotych / jeden milion sto sześćdziesiąt tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt tysięcy 7/100 gr./ z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty 13.691.511,83 złotych / trzynaście milionów sześćset

dziewięćdziesiąt jeden tysięcy pięćset jedenaście złotych 83/100gr/ za okres od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa, tj. do dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 1.160.590,07 złotych / jeden milion sto sześćdziesiąt tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt tysięcy złotych 7/100 gr./ za okres od dnia 20 maja 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty,

3. oddała powództwo w pozostałym zakresie,

4. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A z siedzibą w W. 56 056 złotych / pięćdziesiąt sześć tysięcy pięćdziesiąt sześć / tytułem zwrotu kosztów postępowania w tym 7056 złotych / siedem tysięcy pięćdziesiąt sześć/ z tytułu kosztów zastępstwa procesowego i oddała wnioski w pozostałym zakresie,

5. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A z siedzibą w W. 58 344 złotych / pięćdziesiąt osiem tysięcy trzysta czterdzieści cztery/ tytułem zwrotu kosztów postępowania w tym 7340 złotych / siedem tysięcy trzysta czterdzieści/ z tytułu kosztów zastępstwa procesowego i oddała wnioski w pozostałym zakresie.

Sygn. akt XXVC 643/13

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 20 maja 2013r. (data prezentaty – k. 2-50) skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa reprezentowanemu przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad strona powodowa (...) S.A w W., (...) S.A w W. oraz (...) S.A z siedziba w M. wniosli o:

1. zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów:

a. kwoty 26.846.101,64 złotych (słownie: dwadzieścia sześć milionów osiemset czterdzieści sześć tysięcy sto jeden złotych i sześćdziesiąt cztery grosze) wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty oraz

b. kwoty 2.275.666,81 złotych (słownie: dwa miliony dwieście siedemdziesiąt pięć tysięcy sześćset sześćdziesiąt sześć złotych i osiemdziesiąt jeden groszy) tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty wskazanej w pkt 1 ppkt a) niniejszego pozwu za okres począwszy od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty;

2. stwierdzenie nieważności, na podstawie art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c, zapisów Subklauzuli 8.7. (f) (...) w zakresie, w jakim Subklauzula ta umożliwia Zamawiającemu nałożenie na Wykonawcę kary umownej za nieuwzględnienie przez Wykonawcę Robót Kontraktowych uwag Inżyniera Kontraktu w przedkładanych Aktualizacjach Programu, nakazujących przyjęcie pierwotnie określonego terminu zakończenia inwestycji w zaktualizowanym Programie tj. wskazania przez Wykonawcę późniejszej daty ukończenia inwestycji, aniżeli data zakończenia Robót ustalona przez Strony jeszcze przed rozpoczęciem jakichkolwiek prac na Placu budowy i określona w zawartej uprzednio Umowie (a dokładnie w dacie określonej na podstawie wydanego Polecenia Rozpoczęcia Robót według Subklauzuli 8.1 WOSK), w sytuacji gdy zgodnie z zawartą Umową na Wykonawcę nałożony był jednocześnie obowiązek rzetelnego informowania Zamawiającego o postępach pracy, a który to obowiązek Wykonawca mógł spełnić wskazując w przedkładanym każdorazowo Inżynierowi Programie rzeczywisty postęp prac na Placu budowy, a co w przypadku opóźnienia w realizacji robót wiązało się z koniecznością poinformowania Zamawiającego za pośrednictwem Inżyniera również o przewidywanej dacie zakończenia inwestycji.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na zasadzie art. 484 § 2 k.c strona powodowa wniosła o obniżenie wysokości kary umownej naliczonej Wykonawcy przez Zamawiającego za nieuwzględnienie w Programie uwag

Inżyniera, z uwagi na jej rażąco wygórowaną wysokość, a w konsekwencji tego o zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów:

- a. różnicy pomiędzy uznaną przez Sąd za nienależnie niewypłaconą część wynagrodzenia wynikającą z wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT Nr (...) z dnia 23 września 2012 roku w łącznej kwocie 29.604.020,86 złotych a wysokością należnie potrąconej Wykonawcy - w ocenie Sądu - przez Zamawiającego kary umownej za Program wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty,
- b. kwoty stanowiącej równowartość skapitalizowanych odsetek ustawowych od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty od kwoty stanowiącej należność główną określoną w pkt 3 a) niniejszego pozwu.

Ponadto, strona powodowa wniosła o zwolnienie powodów od obowiązku uiszczenia opłaty sądowej od pozwu, zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów, który zostanie złożony najpóźniej przed zamknięciem rozpraw, bezpośrednio poprzedzającej wydanie orzeczenia, a w razie nieprzedstawienia takiego spisu według norm przepisanych, rozpoznanie sprawy pod nieobecność powodów zgodnie z art. 187 § 2 k.p.c oraz wydanie wyroku zaoczego w razie zaistnienia przesłanek z art. 339 § 1 k.p.c.

W uzasadnieniu niniejszego powództwa powód wskazał, że na powoda została nałożona kara w związku ze składaniem niezgodnego z oczekiwaniami pozwanego programu robót w kolejnych jego wersjach aktualizowanych na etapie realizacji inwestycji.

Powód zwrócił uwagę, że w jego ocenie program miał odzwierciedlać rzeczywisty stan prac, a nie hipotetyczne założenia, które miały być zgodne z oczekiwaniami pozwanego. Ponadto, program pełnił tylko i wyłącznie rolę informacyjną a nie dyscyplinującą. Taką rolę pełniły kary umowne zastrzeżone w umowie na wypadek powstania jakichkolwiek opóźnień powoda w realizacji poszczególnych etapów prac.

Powód zwrócił również uwagę na kuriozalność sytuacji, w której jeden z innych wykonawców – chińskie konsorcjum (...) przedkładając każdorazowo aktualne programy zgodnie z oczekiwaniami pozwanego pomimo rozwiązania umowy z tymże wykonawcą w programach przekazywanych przez wykonawcę nadal wykazywane było, że cała inwestycja zostanie wykonana w przewidzianym pierwotnie terminie umownym. Co istotne nigdy na wykonawcę nie zostały nałożone żadne kary umowne.

Powód wskazał już, że w czasie realizacji inwestycji zaistniało wiele okoliczności skutkujących powstaniem opóźnień z przyczyn zupełnie niezawinionych przez powoda, które w bezpośredni sposób skróciły czas realizacji inwestycji. W toku wykonywania umowy okazało się, że pozwany w nieprawidłowy sposób wywiązała się z nałożonych na nią obowiązków i przekazała powodowi plac budowy z ponad 200-dniowym opóźnieniem, na który składała się początkowa zwłoka pozwanego w przekazaniu placu budowy a następnie nienależyte przekazanie placu z uwagi na niedokonanie wycinki drzew i uniemożliwienie swobodnego dostępu powoda do placu budowy.

Między stronami doszło również do różnic stanowisk w zakresie rozumienia i interpretacji zapisów odnoszących się do bezwzględного uwzględniania przez wykonawcę uwag inżyniera w zakresie oznaczenia w programie „Czasu na Ukończenie” inwestycji zgodnego z umową. Powód dokonywał takiej wykładni subklauzuli 8.3, która w jego ocenie obligowała go do uwzględniania okoliczności mających realny wpływ na terminowość realizacji robót, a tym samym przedłużania terminu ukończenia inwestycji w przedstawianych aktualizacjach.

Powód wskazał również, że zarówno inżynier jak i pozwany nigdy w formalny sposób nie wydał formalnego polecenia o przyspieszeniu robót. Ponadto, zgodnie z wiedzą powoda inżynier od samego początku miał wątpliwości co do w zakresie zasadności naliczania powodowi kar umownych.

W **odpowiedzi na pozew z dnia 12 września 2013r.** (data prezentaty – k. 894-917) pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wniósł o oddalenie powództwa podnosząc jednocześnie zarzut potrącenia.

Pozwany wskazał, że powód nie dotrzymał terminów wyznaczonych w Subklauzuli 8.3. i 8.6 Warunków Kontraktu dla przedłożenia programu lub uwzględnienia uwag Inżyniera w sprawie jego zgodności z kontraktem, lub przedłożenia uaktualnionego programu, do czego był zobowiązany na mocy postanowień Warunków Kontraktu. I na tej podstawie powód ponosi odpowiedzialność z tytułu kary umownej. Powyższe okoliczności były weryfikowane przez inżyniera kontraktu pełniącego nadzór inwestorski.

Podniósł również, że nałożenie kary pozostawała w związku z nie dołożeniem przez powoda należytej staranności wymaganej od profesjonalisty w rozumieniu przepisu art. 355 § 2 k.c.

Pozwany powołał się na obszerną korespondencję powoda z inżynierami kontraktu i rezydentem, w której pozwany nieugięście domagał się zmiany terminu zakończenia realizacji inwestycji.

W piśmie z dnia **16 maja 2014 r.** (data prezentaty – k. 1293) powód dokonał **modyfikacji powództwa** na zasadzie art. 193 § 1 k.p.c. pozwu zgłaszając roszczenia ewentualne.

Odnosnie roszczenia o zapłatę wniósł o:

1. zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów:

a) kwoty 26.846.101,64 złotych wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty oraz

b) kwoty 2.275.666,81 złotych tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty wskazanej w pkt 1 ppkt a) niniejszego pozwu za okres począwszy od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty;

Ewentualnie wniósł o zasądzenie od pozwanego:

c. na rzecz (...) S.A. kwoty 13.154.589,81 złotych wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty oraz

c. na rzecz (...) S.A. kwoty 13.691.511,83 złote wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty oraz

c. na rzecz (...) S.A. kwoty 1.115.076,74 złote tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty wskazanej w pkt c) za okres począwszy od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty;

c. na rzecz (...) S.A. kwoty 1.160.590,07 (słownie: jeden milion sto sześćdziesiąt tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt zł i 7/100) złotych tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty wskazanej w pkt c) za okres począwszy od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty;

Ewentualnie wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz (...) S.A. jako Lidera Konsorcjum:

g. kwoty 26.846.101,64 złotych wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty oraz

g. kwoty 2.275.666,81 złotych tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty wskazanej w pkt a) za okres począwszy od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty;

Odnosnie roszczenia o obniżenie kary umownej powód wniósł o jej obniżenie i o zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów:

a. różnicy pomiędzy uznaną przez Sąd za nienależnie niewypłaconą część wynagrodzenia wynikającą z wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT Nr (...) z dnia 23 września 2012 roku w łącznej kwocie 29.604.020,86 złotych a wysokością należnie potrąconej Wykonawcy - w ocenie Sądu - przez Zamawiającego kary umownej za Program wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty,

b. kwoty stanowiącej równowartość skapitalizowanych odsetek ustawowych od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty od kwoty stanowiącej należność główną określoną w pkt a);

Ewentualnie wniósł o obniżenie wysokości kary umownej naliczonej Wykonawcy przez Zamawiającego za nieuwzględnienie w Programie uwag Inżyniera, z uwagi na jej rażąco wygórowaną wysokość, a w konsekwencji tego o zasądzenie od pozwanego:

c)na rzecz (...) S.A. 49% wartości różnicy pomiędzy uznaną przez Sąd za nienależnie niewypłaconą część wynagrodzenia wynikającą z wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT Nr (...) z dnia 23 września 2012 roku w łącznej kwocie 29.604.020,86 złotych a wysokością należnie potrąconej Wykonawcy - w ocenie Sądu - przez Zamawiającego kary umownej za Program wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty,

d)na rzecz (...) S.A. 51 % wartości różnicy pomiędzy uznaną przez Sąd za nienależnie niewypłaconą część wynagrodzenia wynikającą z wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT Nr (...) z dnia 23 września 2012 roku w łącznej kwocie 29.604.020,86 złotych a wysokością należnie potrąconej Wykonawcy - w ocenie Sądu - przez Zamawiającego kary umownej za Program wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty,

e)na rzecz (...) S.A. kwoty stanowiącej równowartość skapitalizowanych odsetek ustawowych od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty od kwoty stanowiącej należność główną określoną w pkt c) niniejszego pozwu,

f)na rzecz (...) S.A. kwoty stanowiącej równowartość skapitalizowanych odsetek ustawowych od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty od kwoty stanowiącej należność główną określoną w pkt d) niniejszego pozwu;

Ewentualnie wniósł o obniżenie wysokości kary umownej naliczonej Wykonawcy przez Zamawiającego za nieuwzględnienie w Programie uwag Inżyniera, z uwagi na jej rażąco wygórowaną wysokość, a w konsekwencji tego o zasądzenie od pozwanego na rzecz (...) S.A. jako Lidera Konsorcjum:

g. różnicy pomiędzy uznaną przez Sąd za nienależnie niewypłaconą część wynagrodzenia wynikającą z wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT Nr (...) z dnia 23 września 2012 roku w łącznej kwocie 29.604.020,86 złotych a wysokością należnie potrąconej Wykonawcy - w ocenie Sądu - przez Zamawiającego kary umownej za Program wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty,

h) kwoty stanowiącej równowartość skapitalizowanych odsetek ustawowych od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku wraz z ustawowymi odsetkami począwszy od dnia wniesienia powództwa tj. dnia 20 maja 2013 roku aż do dnia zapłaty od kwoty stanowiącej należność główną określoną w pkt 3 g) niniejszego pozwu.

Odnosnie kosztów postępowania powód wniósł o zasądzenie od pozwanego solidarnie na rzecz powodów kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów, który zostanie złożony najpóźniej przed zamknięciem rozprawy bezpośrednio poprzedzającej wydanie orzeczenia, a w razie nieprzedstawienia takiego spisu według norm przepisanych.

Ewentualnie wniósł o zasądzenie od pozwanego odpowiednio na rzecz (...) S.A. 49% i na rzecz (...) S.A. 51 % kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów, który zostanie złożony najpóźniej przed zamknięciem rozprawy bezpośrednio poprzedzającej wydanie orzeczenia, a w razie nieprzedstawienia takiego spisu według norm przepisanych, z tym zastrzeżeniem, że koszty opłaty skarbowej uiszczonej od pełnomocnictwa procesowego przez (...) S.A. winny zostać zwrócone na rzecz (...) S.A.

Ewentualnie wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz (...) S.A. jako Lidera Konsorcjum kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów, który zostanie złożony najpóźniej przed zamknięciem rozprawy bezpośrednio poprzedzającej wydanie orzeczenia, a w razie nieprzedstawienia takiego spisu według norm przepisanych.

Ostatecznie mając na względzie stanowisko strony pozwanej, która kwestionowała solidarność czynną powodów, jakoby niewynikającą z ustawy ani z czynności prawnej, strona powodowa w **piśmie z dnia 25 maja 2016 (31 maja 2016r. data prezentaty – k. 1600-1606) sprecyzowała powództwo** w ten sposób, że wniosła o zasądzenie wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót budowlanych wraz z odsetkami alternatywnie:

- (1) zgodnie z Umową Konsorcjum, w stosunku 49% na rzecz (...) S.A. i 51% na rzecz (...) S.A.; lub, ewentualnie
- (2) w częściach równych na rzecz wszystkich trzech członków Konsorcjum.

Strona powodowa wskazała, że zgodnie z artykułem 379 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli jest kilku dłużników albo kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli. Przepis ten przewiduje dwa sposoby podziału wierzytelności między wierzycieli. W pierwszej kolejności o sposobie podziału decydują okoliczności dotyczące danej wierzytelności, w szczególności istniejący między wierzycielami stosunek wewnętrzny, który wynikać może zwłaszcza z umowy stron.

Tym samym sposób podziału wierzytelności powodów należy rozpatrywać w kontekście artykułu 379 § 1 Kodeksu cywilnego. Decyduje o tym stosunek wewnętrzny między wierzycielami wynikający z Umowy Konsorcjum oraz z porozumienia z dnia 12 maja 2014 roku między (...)

S.A. i (...).A. Z punktu 3 Umowy Konsorcjum wynika, że wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty przypada w **49%** P.- (...) S.A., zaś w **51%** (...) S.A. i (...) S.A.

łącznie. Punkt I Porozumienia między (...) S.A. i A.

(...) S.A. przewiduje natomiast, że całość wynagrodzenia przypadającego na tych wykonawców należy się (...) S.A.

Ostatecznie w piśmie z 25 maja 2016r. /k1600/ wniosła o zasądzenie od pozwanego:

1. na rzecz (...) S.A.:

a) kwoty 13.154.589,81 PLN z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane;

b) kwoty 1.115.076,74 PLN z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty 13.154.589,81 PLN za okres od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa, tj. do dnia 20 maja 2013 roku;

c) odsetek ustawowych za opóźnienie od kwot 13.154.589,81 PLN i 1.115.076,74 PLN za okres od dnia wniesienia pozwu, tj. od dnia 20 maja 2013 roku do dnia zapłaty;

2. na rzecz (...) S.A.:

a) kwoty 13.691.511,83 PLN z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane;

b) kwoty 1.160.590,07 PLN z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty 13.691.511,83 PLN za okres od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa, tj. do dnia 20 maja 2013 roku;

-c) odsetek ustawowych za opóźnienie od kwot 13.691.511,83 PLN i 1.160.590,07 PLN za okres od dnia wniesienia pozwu, tj. od dnia 20 maja 2013 roku do dnia zapłaty;

Ewentualnie, na wypadek gdyby Sąd uznał, że z okoliczności nie wynika wskazany powyżej sposób podziału wierzytelności (artykuł 379 § 1 Kodeksu cywilnego), strona powodowa wniosła o zasądzenie od pozwanego na rzecz każdego z powodów (...) S.A., (...) S.A. oraz (...) S.A.:

- kwoty 8.948.700,55 PLN z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane;

- kwoty 758.555,60 PLN z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych od kwoty 8.948.700,55 PLN za okres od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa, tj. do dnia 20 maja 2013 roku;

- odsetek ustawowych za opóźnienie od kwot 8.948.700,55 PLN i 758.555,60 PLN za okres od dnia wniesienia pozwu, tj. od dnia 20 maja 2013 roku do dnia zapłaty,

Ponadto, strona powodowa doprecyzowała wniosek o miarkowanie kary umownej wnosząc o jej miarkowanie do wysokości 1 %, tj. do kwoty 268.461,02 zł, a w konsekwencji tego wniosła o zasądzenie od pozwanego:

1. na rzecz (...) S.A.:

- kwoty 13.023.043,90 PLN stanowiącej 49% różnicy między kwotą wynagrodzenia niewypłaconego powodom w wysokości 26.846.101,64 PLN a kwotą kary umownej obniżonej do 1% jej wartości w wysokości 268.461,02 PLN;

- kwoty 1.103.925,97 PLN z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych za opóźnienie od kwoty 13.023.043,90 PLN za okres od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa, tj. do dnia 20 maja 2013 roku;

- odsetek ustawowych za opóźnienie od kwot 13.023.043,90 PLN i 1.103.925,97 PLN za okres od dnia wniesienia pozwu, tj. od dnia 20 maja 2013 roku do dnia zapłaty;

2. na rzecz (...) S.A.:

- kwoty 13.554.596,72 PLN stanowiącej 51% różnicy między kwotą wynagrodzenia niewypłaconego powodom w wysokości 26.846.101,64 PLN a kwotą kary umownej obniżonej do 1% jej wartości w wysokości 268.461,02 PLN;

- kwoty 1.148.984,17 PLN z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych za opóźnienie od kwoty 13.554.596,72 PLN za okres od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa, tj. do dnia 20 maja 2013 roku;

- odsetek ustawowych za opóźnienie od kwot 13.554.596,72 PLN i 1.148.984,17 PLN za okres od dnia wniesienia pozwu, tj. od dnia 20 maja 2013 roku do dnia zapłaty;

Ewentualnie, na wypadek gdyby Sąd uznał, że podział wykonania robót był inny niż określony w Umowie Konsorcjum, strona powodowa wniosła o zasądzenie od pozwanego na rzecz każdego z powodów (...) S.A., (...) S.A i (...) S.A.:

- kwoty 8.859.213,54 PLN stanowiącej 1/3 różnicy między kwotą wynagrodzenia niewypłaconego powodom w wysokości 26.846.101,64 PLN a kwotą kary umownej obniżonej do 1% jej wartości w wysokości 268.461,02 PLN;

- kwoty 750.970,05 PLN z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych za opóźnienie od kwoty 8.859.213,54 PLN za okres od dnia 25 września 2012 roku do dnia wniesienia powództwa, tj. do dnia 20 maja 2013 roku;

- odsetek ustawowych za opóźnienie od kwot 8.859.213,54 PLN i 750.970,05 PLN za okres od dnia wniesienia pozwu, tj. od dnia 20 maja 2013 roku do dnia zapłaty;

W związku z powyższymi zmianami strona powodowa wniosła o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych w wysokości sześciokrotności stawki minimalnej - w 49% na rzecz (...) S.A. oraz 51% na rzecz (...) S.A.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W dniu 28 września 2009 r. pozwany Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, występujący jako zamawiający, zawarł z powodami (...) S.A. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w miejscowości A. (region M., Hiszpania), tworzącymi konsorcjum, a występującymi jako wykonawca, umowę o projekt i budowę autostrady (...) S.-K. na odcinku od km 394+500 do km 411+465,8.

W treści zawartej umowy strony oświadczyły w szczególności, że:

- zamawiający powierza a Wykonawca zobowiązuje się do zaprojektowania i wykonania robót budowlanych w zakresie Autostrady (...) od S. do K. na odcinku od km 394+500 do km 411+465,8 (§ 1 ust. 1 umowy),

- szczegółowy zakres umowy przedstawiają następujące dokumenty, które będą uważane oraz odczytywane i interpretowane jako część niniejszej umowy, w następującej kolejności: a) akt umowy,

b) Warunki Szczególne Kontraktu (część II),

c) Warunki Ogólne Kontraktu (część I),

d) Program Funkcjonalno Użytkowy,

e) Załącznik do Oferty - Dane Kontraktowe,

f) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami, wraz z wyłączeniem umowy Konsorcjum,

g) Wniosek Wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

h) Wyceniony Wykaz Cen,

i) wszelkie inne dokumenty dołączone do kontraktu; wszelkie uzupełnienia i wyjaśnienia do powyższych dokumentów powinny być odczytywane i interpretowane w takiej samej kolejności; wszystkie dokumenty wymienione powyżej w podpunktach od a) do i) łącznie określone są jako umowa (§ 2 ust. 2 umowy),

- prace projektowe i roboty budowlane zostaną ukończone w ustalonym czasie na ukończenie, w ciągu 32 miesięcy od daty rozpoczęcia, określonej w powiadomieniu o dacie rozpoczęcia (§ 3 ust. 1 umowy),

- w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy skutkujących niemożnością dotrzymania terminu określonego w pkt 1, termin ten może ulec przedłużeniu o czas niezbędny do wykonania przedmiotu umowy (§ 3 ust. 2 umowy),

- zamawiający zobowiązuje się, że zapłaci wykonawcy, w uznaniu wykonania określonych w umowie czynności, cenę kontraktową, na którą składają się: zaakceptowana kwota kontraktowa, zgodnie z Ofertą Wykonawcy, wynosząca netto 691.444.037,41 zł, plus 22% podatku VAT, co łącznie stanowi zaakceptowaną kwotę kontraktową brutto 843.561.725,64 zł, a także kwoty warunkowe zgodnie z subklauzulą 13.5 warunków kontraktu w wysokości nie przekraczającej maksymalnej wartości zobowiązania, wynoszącej 15% podanej kwoty brutto, co stanowi 126.534.258,85 zł (§ 4 ust. 2.1 i 2.2 umowy),

- zamawiający ma obowiązek zapłaty faktury w terminie 30 dni licząc od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury (§ 4 ust. 2.5 zd. 1 umowy)

Dowód - kopia umowy wraz z warunkami szczególnymi i ogólnymi kontraktu – k. 170-340,

Zgodnie z Warunkami Ogólnymi Kontraktu, zmodyfikowanymi Warunkami Szczególnymi Warunkami Kontraktu:

- jeżeli zamawiający uważa się za uprawnionego do jakiegokolwiek płatności według jakiegokolwiek klauzuli tych Warunków lub z innego tytułu w związku z kontraktem, to zamawiający lub inżynier da wykonawcy powiadomienie z odnośnymi szczegółowymi informacjami (subklauzula 2.5 Warunków Ogólnych Kontraktu),

- w ciągu 28 dni od otrzymania powiadomienia według subklauzuli 8.1 (rozpoczęcie robót) wykonawca przedłoży inżynierowi do zatwierdzenia szczegółowy program, zawierający w szczególności kolejność, w jakiej wykonawca zamierza realizować zadania objęte kontraktem; jeżeli w ciągu 14 dni od dostarczenia Programu do inżyniera, inżynier nie zgłosi do niego uwag, to Program będzie się uważało za zatwierdzony; w przypadku zgłoszenia przez inżyniera uwag wykonawca będzie zobowiązany do ich uwzględnienia w terminie 7 dni i ponownie przedłoży go inżynierowi do zatwierdzenia; jeżeli wykonawca nie dotrzyma terminów wyznaczonych dla przedłożenia szczegółowego Programu lub dla uwzględnienia uwag inżyniera w sprawie jego zgodności z kontraktem, zapłaci zamawiającemu karę umowną za każdy dzień zwłoki w kwocie podanej w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe (subklauzula 8.3 Ogólnych Warunków Kontraktu w brzmieniu nadanym Szczególnymi Warunkami Kontraktu),

- wykonawca będzie uprawniony, z uwzględnieniem subklauzuli 20.1, do przedłużenia czasu na ukończenie, jeśli i w takim zakresie, w jakim kończenie dla celów subklauzuli 10.1 jest, lub przewiduje się, że będzie opóźnione z któregokolwiek z następujących powodów:

a) zmiana w wymaganiach zamawiającego lub robotach, która jest polecona lub zatwierdzona jako zmiana według klauzuli 13 (definicja – subklauzula 1.1.6.9.),

b) powód opóźnienia, dający tytuł do przedłużenia czasu według jakiejś subklauzuli Ogólnych Warunków Kontraktu,

c) wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne,

d) wykreślono,

e) jakiegokolwiek opóźnienie, utrudnienie lub uniemożliwienie, spowodowane przez zamawiającego lub personel zamawiającego lub innych wykonawców zamawiającego na placu budowy lub możliwe im do przypisania; inżynier może określić nowy czas na ukończenie zgodnie z klauzulą 20.1 wyłącznie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, uwzględniając poprzednie zmiany terminów zakończenia robót i po konsultacji z zamawiającym i wykonawcą; inżynier określając nowy termin zakończenia robót, ustali długość całkowitego okresu przedłużenia czasu na ukończenie; takie określenie nabierze mocy po uzgodnieniu przez strony zmiany do kontraktu zgodnie z subklauzulą 13.3 (subklauzula 8.4 Ogólnych Warunków Kontraktu w brzmieniu nadanym Szczególnymi Warunkami Kontraktu),

- jeżeli w jakimkolwiek momencie: a) faktyczny postęp pracy jest zbyt wolny, aby ukończenie nastąpiło w ciągu Czasu na Ukończenie i/lub b) postęp pracy pozostaje (lub przewiduje się, że pozostanie) w tyle w stosunku do bieżącego harmonogramu według subklauzuli 8.3, w rezultacie jakiegoś powodu, który nie jest wyliczony w subklauzuli 8.4, to wtedy inżynier może polecić wykonawcy przedłożyć, według Subklauzuli 8.3 uaktualniony Program i uzasadniający raport opisujący uaktualnione metody, które wykonawca proponuje przyjąć w celu przyspieszenia postępu i ukończenia w ciągu czasu na ukończenie; wykonawca przedłoży taki uaktualniony Program w terminie 14 dni od otrzymania powiadomienia inżyniera w tej sprawie; jeżeli wykonawca nie dotrzyma terminu wyznaczonego w niniejszej subklauzuli dla przedłożenia uaktualnionego Programu, zapłaci zamawiającemu karę umowną za każdy dzień zwłoki w kwocie podanej w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe (subklauzula 8.6 Ogólnych Warunków Kontraktu w brzmieniu nadanym Szczególnymi Warunkami Kontraktu),

- wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za zwłokę z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w wysokości określonej w Załączniku do Oferty – Dane Kontraktowe, w szczególności za niedotrzymanie terminów wyznaczonych w subklauzuli 8.3 i subklauzuli 8.6 dla przedłożenia programu lub uwzględnienia uwag inżyniera w sprawie jego zgodności z kontraktem, lub przedłożenia uaktualnionego programu, za każdy dzień zwłoki (subklauzula 8.7 Ogólnych Warunków Kontraktu w brzmieniu nadanym Szczególnymi Warunkami Kontraktu),

- wykonawca jest zobowiązany zapłacić powyższą karę umowną także w wypadku, gdy zamawiający nie poniósł szkody, natomiast zamawiający, w razie nieprzedstawienia mu stosownej gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, może wyegzekwować należność, wynikającą z kary, w szczególności poprzez potrącenie należności z kolejnej płatności, przysługującej wykonawcy (subklauzula 8.7 w zw. z subklauzulą 8.14 Ogólnych Warunków Kontraktu w brzmieniu nadanym Szczególnymi Warunkami Kontraktu).

Umowa z dnia 28 września 2009 r. została zmieniona umowami, zwanymi „aneksami” z dnia 27 lipca 2011 r. i 7 maja 2012 r.

Dowód – aneks nr (...) – k. 919920, aneks nr (...) – k. 922-923.

W „aneksie” z dnia 27 lipca 2011 r., zawartym w związku z ustawową zmianą wysokości podatku VAT, strony – w szczególności – zgodnie stwierdziły, że na dzień 31 grudnia 2010 r. wykonawca wykonał prace o wartości netto 68.877.584,85 zł, a zgodnie z ofertą wykonawcy wartość należności z tytułu prac pozostałych do wykonania celem realizacji przedmiotu umowy po dniu 1 stycznia 2011 r. wynosi netto 622.566.452,56 zł (§ 1 i 2 „aneksu”).

Z kolei w „aneksie” z dnia 7 maja 2012 r., strony – w szczególności – postanowiły zmienić § 4 ust. 2.1 aktu umowy i nadać mu brzmienie, według którego zaakceptowana kwota kontraktowa zgodnie z ofertą wykonawcy, wynosi netto 689.498.182,76 zł (§ 1 „aneksu”).

Data rozpoczęcia ustalona została na dzień 05 października 2009r. w Poleceniu Rozpoczęcia Kontraktu. Przewidywany proces projektowania i budowy autostrady przedmiotowego odcinka A2 rozpoczął się tym samym jeszcze w 2009 roku. Strony przystępując do umowy wspólnie ustaliły datę w jakiej autostrada miała być przejezdna tj. na dzień 31 maja 2012 roku przed rozpoczęciem Mistrzostw (...) 2012. Autostrada jako całość waz z budową wszelkich dróg dojazdowych, przejść dla zwierząt nad autostradą miała zostać oddana do użytku na początku czerwca 2012 roku tj. dnia 5 czerwca 2012 roku

Pozwolenie na użytkowanie wybudowanego przez powoda odcinka autostrady wydane zostało w dniu 1 czerwca 2012 r., natomiast w dniu 3 czerwca 2012 r. odcinek ten został oddany do ruchu, lecz częściowo – pozostała część miała zostać oddana do ruchu po oddaniu do użytkowania tzw. odcinka C autostrady (...), budowanego przez podmioty inne, niż uprawnieni.

Na dzień 4 czerwca 2012 r., budowany przez powoda odcinek B autostrady (...) był gotowy, w szczególności warstwa podbudowy, warstwa wiążąca i warstwa (...) były wykonane w 100%.

Pismem z dnia 18 czerwca 2012 r., pozwany poinformował powoda (...) S.A., że w związku z zakończeniem kontraktu i upłynięciem dnia 5 czerwca 2012 r. czasu na ukończenie oraz nieprzedłożeniem przez wykonawcę odcinka B (tj. przez uprawnionych – przyp. SO) aktualizacji Programu Robót zgodnego z Warunkami Kontraktu, powiadamia, na podstawie subklauzuli 2.5, subklauzuli 8.7 pkt d i pisma Inżyniera Rezydenta z dnia 18 czerwca 2012 r., o okoliczności uprawniającej zamawiającego do naliczenia łącznej kary umownej w wysokości 26.846.101,64 zł .

W dniu 22 sierpnia 2012 r., Inżynier Rezydent wystawił przejściowe świadectwo płatności nr 30, w którym stwierdził, że wykonawcy należy się płatność przejściowa na kwotę 24.068.309,64 zł.

W dniu 24 sierpnia 2012 r., powód złożył pozwanemu fakturę VAT za część wykonanych robót na kwotę 24.068.309,64 zł netto – 29.604.020,86 zł z podatkiem VAT.

Dowód – kopia faktury

W dniu 28 sierpnia 2012 r., pozwany wystawił notę księgową, zgodnie z którą obciążył (...) S.A. karą umowną w kwocie 26.846.101,64 zł

Dowód - kopia noty oraz potwierdzenia nadania i odbioru – k. .

W toku realizacji kontraktu strona powodowa zobowiązana była do przedstawiania każdorazowo na wezwanie pozwanego aktualizacji programu prac.

Aktualizację harmonogramu była harmonogramem, który był aktualizowany przez powoda wraz z postępem prac i służył mu do monitorowania postępu prac, jak również stanowił informacje dla inwestora o postępie prac. Ponadto harmonogram taki ze swojej natury dawał również informacje jakie rzeczy będą wykonywane i w jakim czasie. Wynikiem powyższego był plan płatności czyli przygotowanie pozwanego do świadczenia pieniężnego na rzecz powoda. Zamiarem powoda przedstawiającego kolejne aktualizacje było pokazanie wszelkich elementów kluczowych dla inwestycji i przygotowywanie ich zgodnie z procesem budowlanym, co było w przypadku kontraktu łączącego strony postępowania zapisane w jego postanowieniach zgodnie z którymi powód miał określoną datę od wezwania przez inwestora na sporządzenie i przedłożenie aktualizacji.

Istotną zmianę jaką powód począwszy od pierwszej złożonej aktualizacji chciał zaakcentować stanowił fakt, że pozwany na trzech elementach głównych przekazał plac budowy około z kilkumiesięcznym opóźnieniem. Przedmiotowa informacja została umieszczona w aktualizacji programu co było zgodne z założeniami i celem takiej aktualizacji, ale niezgodnie z ustaleniami kontraktu, co spotkało się ze sprzeciwem ze strony pozwanego.

W związku z opóźnieniami jakich dopuścił się pozwany po stronie powoda zaistniała chęć zabezpieczenia swojej sytuacji i zawarcia stosownej informacji o możliwości niedotrzymania pierwotnych ustaleń w zakresie terminu zakończenia prac. Pierwsza aktualizacja zakładała opóźnienia 30 dni w zakresie robót wykończeniowych. Ten program został zatwierdzony przez inżyniera rezydenta w osobie W. F. czyli osoby nadzorującej w imieniu (...) w dniu 21 marca 2011r. W dacie tej inżynier nie miał uwag co do przedłożonego programu za wyjątkiem sugestii dotyczących technologii wykonywania robót drogowych i mostowych. Jednakże po decyzjach inżyniera kontaktów w dniu 11 kwietnia 2001r. powyższa decyzja inżyniera rezydenta została anulowana co wiązało się z brakiem akceptacji dla przedstawionego programu, ze względu na to że wykraczał on poza termin kontaktu. Pozwany oczekiwał programu gdzie byłaby wskazana nieprawdziwa data przekazania placu budowy, gdyż jego stanowisko zakładało, że data przekazania nie ma wpływu na realizację kontraktu i niezależnie od tego kiedy faktycznie nastąpiło przekazanie placu budowy to i tak powód zobowiązany był do dochowania terminu przewidzianego w kontrakcie.

Inżynier kontraktu cofając powyższą akceptację kierował się tym, że istniało prawdopodobieństwo, że powód zechce wykorzystać jego zatwierdzenie jako argument w roszczeniu dotyczącym opóźnienia jakiego dopuścił się pozwany, a które było w ocenie powoda związane z wycinka lasów, zaś do tego nie chciał dopuścić i to było przyczyną dla której wycofał akceptację.

Dowód – L. S. – k. 1481

Konsekwentnie kolejne aktualizacje, pomimo, że oddawały rzeczywisty postęp robót powieleły teoretyczne przesunięcie zakończenia kontraktu. Jednocześnie powód informował, że ma to charakter informacyjny bo nie ma pewności, że taka okoliczność może wystąpić .

Dowód - św. L. S. – k. 1481, pismo inżyniera kontraktu do kierownika projektu (...) k. 407.

Zagrożenia takiego co istotne nie dostrzegał inżynier kontraktu, który opierając swoją wiedzę na doświadczeniach w innych wykonawcami, szczególnie z firmą (...), która od strony formalnej starała się spełniać żądania pozwanego lecz nie znajdowało to przełożenia na rzeczywiste postępy w pracach, co w konsekwencji prowadziło do przerwania kontraktu, uważał, że nigdy nie zaszła realna okoliczność, która wskazywałaby na możliwość przekroczenia terminu kontraktu.

Pomimo braku takiego zagrożenia i braku istotnych uwag co do jakości i terminowości wywiązywania się z kolejnych etapów kontraktu, strony postępowania konsekwentnie broniły swojego stanowiska w kwestii przyjęcia ewentualnej możliwości w zakresie zmiany ostatecznego terminu zakończenia kontraktu. Stanowiska stron znajdowały swoje odzwierciedlenie z obszernej korespondencji stron:

Pismem z dnia 26 lipca 2011 r., stanowiącym odpowiedź na pismo inżyniera rezydenta z dnia 11 lipca 2011 r., odnośnie przedłożenia aktualizacji Programu, wykonawca przekazał aktualizację.

Dowód - kopia pisma – k. 347-364.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2011 r., inżynier rezydent poinformował że nie może zaakceptować przedłożonej aktualizacji, z bliżej wyszczególnionych powodów i że oczekuje odpowiedniej korekty Programu w terminie, określonym klauzulą 8.3

Dowód - kopia pisma – k. 365-366.

W odpowiedzi, pismem z dnia 11 sierpnia 2011 r., wykonawca oświadczył, że „przyjmuje do wiadomości decyzję” inżyniera rezydenta „co nie jest jednoznaczne z jej akceptacją” i przedstawił uzasadnienie swojego stanowiska.

Dowód - kopia pisma – k. 367-370.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2011 r., inżynier rezydent oświadczył, że nie zgadza się i nie może przyjąć wyjaśnień wykonawcy i ponownie wzywa wykonawcę do niezbędnej korekty aktualizacji Programu Robót, uwzględniającą uwagi inżyniera, zawarte w piśmie z dnia 4 sierpnia 2011 r.

Pismem z dnia 12 października 2011 r., inżynier rezydent po raz kolejny wypowiedział się negatywnie co do przedstawionej aktualizacji programu. Powyższe było również podstawą do zawnioskowania do zamawiającego o naliczenie kary umownej w trybie subklauzuli 8.6

Dowód - kopia pisma – k. 371.

Z kolei pismem z dnia 7 listopada 2011 r., inżynier rezydent oświadczył, że nie może akceptować przedłożonej przez wykonawcę w dniu 26 października 2011 r. aktualizacji Programu Robót, ponieważ bliżej wskazane pozycje tej aktualizacji wykraczają poza czas na ukończenie, określony umową z dnia 28 września 2009 r.

Dowód - kopia pisma – k. 376.

Stanowisko takie było podtrzymywane przez inżyniera rezydenta w kolejnych pismach do wykonawcy, aż do dnia 6 czerwca 2012 r., także po zapoznaniu się z kolejnymi, aktualizacjami Programu, przedstawianymi przez wykonawcę w lutym, marcu i maju 2012 r.

Dowód - kopie pism – k. 379, 383, 384, 390, 393.

Na tym etapie realizacji umowy każda ze stron chciała dokonywać wpisów zgodnie ze swoją interpretacją. Powód chciał wpisywania realnych zagrożeń, które mogłyby wpłynąć na zmiany terminów. W jego ocenie harmonogram miał być informacją, był on potrzebny wykonawcy i zamawiającemu żeby kontrolować postęp robót. Program służyć miał do tego aby informować i zaplanować postęp prac, z uwagi na fakt, że nie było innego dokumentu który miałby pokazywać jak będzie wyglądała praca i pokazywać przyczynę i skutek różnych zdarzeń oraz osiągnięcie celu. Zamieszczanie w programie informacji, które zgodnie z postanowieniami kontraktowymi nie odpowiadało rzeczywistości.

Obawy powoda w zakresie ewentualnego opóźnienia w realizacji kontraktu opierały się w początkowym etapie na powstaniu opóźnień z przyczyn niezawinionych przez powoda. Obok podnoszonego przez powoda przekazania powodowi placu budowy z wielomiesięcznym opóźnieniem, na który składała się początkowa zwłoka pozwanego w przekazaniu placu budowy a następnie nienależyte przekazanie placu z uwagi na niedokonanie wycinki drzew i uniemożliwienie swobodnego dostępu powoda do placu budowy.

Dowód – protokół przekazania terenu budowy –zał. 43 do pozwu

Ponadto, w dalszym etapie realizacji umowy pojawiły się kolejne okoliczności, które powód uwzględniał w swoich aktualizacjach, a które potencjalnie mogły spowodować przedłużenie terminu w postaci: wystąpienie z koryta rzeki R. i powstaniu rozlewiska, co skutkowało zalaniem części placu budowy, niesprzyjające warunki atmosferyczne powodujących podtopienia i rozmycia skarp nasypów, a tym samym przerwy w realizowanych robotach, które spowodowały przeniesienie robót na kolejne miesiące, zalewanie kopalń i związane z tym przerwy w dostawie kruszywa niezbędnego do budowy- nasypów, niedrożności rowów melioracyjnych, odkrycie na terenie budowy stanowisk archeologicznych, jak również ogłoszenie upadłości jednego z dostawców materiałów firmy (...) odpowiedzialnego za dostawę kruszyw niezbędnych do produkcji masy bitumicznej.

Odmienne od stanowiska powoda pozwany oczekiwał wpisów zgodnych z założeniami kontraktowymi nawet jeśli nie miały one pokrycia w rzeczywistości. Powód zaś tworzył tenże harmonogram w oparciu o plan następujących po sobie wydarzeń, z uwzględnieniem opinii i założeń przedstawianych przez pracowników pełniących jako profesjonalści samodzielne funkcje w budownictwie, którzy zakładali maksymalną wydajności dzienną żeby wywiązać się z warunków umowy w terminie. Strona powodowa w jego sporządzaniu posługiwała się harmonogramem G. liniowym prostym, z którego wynikał czas rozpoczęcia, czas zakończenia, trudno zaś było wygenerować w tym harmonogramie elementy pozatechniczne.

Ponadto, aktualizacje programu miały być sporządzane z uwzględnianiem uwag inżyniera, które to uwagi faktycznie były uwzględniane za wyjątkiem tej, że wszystkie uwagi związane z roszczeniami do terenu budowy nie mają wpływu na zakończenie terminu ostatecznego budowy, czyli wykonawca nie mając terenu budowy ma się wywiązać z terminu zakończenia prac. Jediną intencją było to żeby wykazać w programie robót zakończenie robót zgodnie z terminem. Z kolei strona powodowa przedstawiając przyczyny opóźnień niezależne od wykonawcy i zagrożenia niewywiązania się z terminu realizacji inwestycji sugerowała, że należy rozmawiać o aneksie i zlikwidowaniu przyczyn że wykonawca nie może zakończyć robót. Pomimo różnic w stanowiskach odnośnie treści aktualizacji to od strony merytorycznej aktualizacje były poprawne. Jedinym problemem który uniemożliwiał zatwierdzenie aktualizacji było przekroczenie terminu kontraktowego

Dowód - św. T. M. – k. 1272, św. L. S. – k. 1481.

Powód bronił swojego stanowiska nie widząc możliwości zaakceptowania sytuacji takiej jakie miały miejsce na innych kontraktach wykonawcy pisali harmonogramy jakie oczekiwał inwestor, ale ich nie realizowali czyli obiecywali, że

zawsze skończą pomimo, że prace były kończone nieterminowo. Taka praktyka miała na celu zagwarantowanie wykonawcy, który był po terminie kontraktowym a dalej realizował kontrakt, brak nałożenia na niego kary i ewentualną konieczność dochodzenia swoich roszczeń w Sądzie. Powód nie podporządkował się zaś takiej praktyce i pokazywał jakie są zagrożenia i przyczyny, co planuje wykonawca zrobić. Konsekwentna strategia powoda i realizowanie swoich założeń zakończyło się sukcesem i odcinek drogi będący przedmiotem umowy łączącej strony został oddany w terminie.

Potwierdzeniem tego sukcesu było stanowisko samego pozwanego przez którego prace na odcinku B zostały ocenione wysoko, a w relacjach medialnych odnosił się, że jest to jeden z najlepiej wykonanych odcinków.

Informacje ze strony pozwanego odnośnie braku akceptacji składanych aktualizacji harmonogramu pojawiły się już latem 2011r. stanowisko pozwane wynikało z korespondencją prowadzonej między stronami. Jednakże w tym czasie pozwany nie dokonywał żadnych prób nałożenia na powoda należnych w jego ocenie kar. Ponadto, w trakcie realizacji umowy pozwany, który dysponował szeregiem zapisów łączącej strony umowy mógł reagować przy użyciu innych instrumentów, które w jego ocenie byłyby niezbędne celem mobilizowania i dyscyplinowania wykonawcy. Informacja o nałożeniu kary pojawiła się dopiero po zakończeniu kontraktu i przekazaniu do użytkowania odcinka trasy.

Dowód – św. T. C. – k. 1277- 1280.

Zgodnie z S. 8.7 pozwany naliczył karę umowną w kwocie 26.846.101,64 zł. Kara za każdy dzień zwłoki wynosiła 0.01 % Zaakceptowanej Kwoty Brutto K. i została naliczona:

- za okres od 26 lipca 2011 do 06 maja 2012 tj. 286 dni (286 dni X 84.978,74 PLN = 24.303.919,64 zł,

za okres od 07.05.2012 do 05.06.2012 tj. 30 dni (30 dni X 84.739,40 PLN = 2.542.182,00 zł.

Dało to łączną kwotę w wysokości 26.846.101,64 PLN.

Dowód - pisma z dnia 25.01.2012r., 28.02.2012r., 05.04.2012r., 16.05.2012r., 18.06.2012r. zał. nr 3-7 do odpowiedzi na pozew).

Powyższy stan faktyczny Sąd oparł na dokumentach, które uznał za pełnowartościowy materiał dowodowy, ponieważ ich autentyczność, jak i zawartość nie budzą wątpliwości, ponadto nie były one kwestionowane przez żadną ze stron procesu. Sąd dał wiarę w całości zeznaniom świadków T. C. – k. 1277- 1280, T. M. – k. 1272, L. S. – k. 1481, A. M. k-1568-1673, Ł. L. k-1548-1552, T. R. k-1535-1539, , W. F., k-1505, J. B. k-1479/

Zeznania te były szczegółowe, a co istotniejsze wzajemnie się uzupełniały. Świadkowie J. B., T. C., T. M., L. szczepanik zeznawali w sposób jednoznaczny wskazując na okoliczności związane z konsekwentnym dążeniem do osiągnięcia swojego celu przez powoda w zakresie przedłużenia okresu realizacji umowy ze względu na zewnętrzne okoliczności, które miały realny wpływ na terminowość poszczególnych etapów prac. W ocenie Sądu również zeznania pozostałych świadków i stron nie budzą wątpliwości co do swojej wiarygodności , spór między stronami sprowadza się bowiem głównie co do sposobu interpretacji umowy. Z zeznań zarówno świadków jak i stron jednoznacznie wynika, iż pozwany nie poniósł żadnych strat finansowych w związku z ze sposobem realizacji umowy przez powodów i złożonymi programami ukończenia prac. Przez cały okres realizacji umowy obie strony w sposób zdecydowany pozostawały przy swojej interpretacji zapisów dotyczących przedkładania harmonogramów prac. Pomimo wykonania ostatecznie całej budowy autostrady w terminie strony nie doszły do porozumienia.

Powód cofnął wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego /k-1604/

Sąd zważył co następuje:

Powództwo w sprawie niniejszej zasługiwało na uwzględnienie co do roszczenia ewentualnego, natomiast oddaleniu do roszczenia głównego.

Wobec treści roszczenia głównego w pierwszej kolejności należało rozstrzygnąć kwestię legitymacji procesowej uczestników konsorcjum oraz czy istnieje solidarność wierzycieli, bądź łączne konieczne współuczestnictwo po stronie powodowej. **Sąd Okręgowy podziela całkowicie pogląd SA w Warszawie VI ACa 677/13 zgodnie z którym** przepis art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych statuujący obowiązek łącznej reprezentacji wykonawców odnosi się jedynie do etapu postępowania o samo udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnego zawarcia umowy - w tym korzystania ze środków prawnej w rozumieniu tej ustawy, tj. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 4 u.p.z.p.) oraz skargi do sądu na orzeczenie Izby (art. 198a. ust 1 u.p.z.p.). Nie odnosi się zaś do etapu dochodzenia roszczeń wynikających z zawartej umowy o zamówienie publiczne. Sąd Apelacyjny w Warszawie podniósł, że ani istota stosunku prawnego konsorcjum, ani też żaden szczególny przepis ustawy o zamówieniach publicznych nie wskazuje wprost, aby w przypadku roszczeń przysługujących konsorcjantom wobec drugiej strony stosunku prawnego, można było przyjąć bądź solidarność wierzycieli, bądź ich łączne konieczne współuczestnictwo po stronie powodowej. 3. W sytuacji spełnienia przesłanek z art. 379 par. 1 k.c. - gdy jest kilku dłużników lub kilku wierzycieli i mamy do czynienia ze świadczeniem podzielnym - zarówno dług, jak i wierzycielność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników lub wierzycieli. Powodowi przysługuje więc - jeśli z umowy konsorcjum nie wynika nic innego - samodzielna legitymacja czynna do dochodzenia należności z tytułu wynagrodzenia za wykonane wyłącznie przez niego roboty budowlane w toku realizacji umowy o zamówienia publiczne, nawet jeśli umowa ta została zawarta przez konsorcjum wykonawców.

W niniejszej sprawie konsorcjum zostało zawiązane na potrzeby ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego zatem w przepisach tej ustawy należy szukać wyjaśnienia problem kto może występować z powództwem o zapłatę za roboty wykonane w ramach realizacji takiego zamówienia. Przepis art. 23 ust 1 ustawy o z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2010r nr 113 poz. 759 ze zm.) przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego(art. 23 ust 2 u.p.z.p.) . W myśl ust 3 tego art. przepisy Ustawy o zamówieniach publicznych dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielanie za zamówienia. Jeśli zaś oferta tych wykonawców zostanie wybrana zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującą współpracę tych wykonawców

Przepis art 23 ustęp 2 u.p.z.p. statuujący obowiązek w łącznej reprezentacji wykonawców odnosi się jedynie do etapu postępowania o samo udzielenie zamówienia publicznego i ewentualnego zawarcia umowy – w tym korzystania ze środków prawnych w rozumieniu tej ustawy to jest odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oraz skargi do sądu na orzeczenie Izby. wszystkie orzeczenia SN odnoszące się do łącznej legitymacji czynnej konsorcjantów wynikającej z art. 23 u.p.z.p. dotyczą wyłącznie tego etapu postępowania – tj. udzielenia zamówienia publicznego./ SN z 13.10 2011 VCSK 475/10, SN z 27.05.2010, IIICZP 25/10/ Określenia zasad współuczestnictwa konsorcjantów przy czynnościach dokonywanych na etapie realizacji umowy oraz zgłaszania ewentualnych roszczeń z niej wynikających, należy szukać dalszych przepisach u.p.z.p. oraz postanowieniach umowy konsorcjum.

Artykuł 141 u.p.z.p. przewiduje, iż wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust 1 , ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. /orz SN 17.09.2008 III CSK 119/08, wyr Saw Warszawie z 29.04.2013 VI ACa 1183/12/. Przepis ten przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domaganie się zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, zaś w ustawie – prawo o zamówieniach publicznych takiego przepisu brak, bowiem art. 141 p.z.p. Odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia. Wobec powyższego ani istota stosunku prawnego konsorcjum, ani też żaden szczególny przepis ustawy o zamówieniach publicznych nie wskazuje wprost, aby w przypadku roszczeń przysługujących konsorcjantom wobec drugiej strony stosunku prawnego, można było przyjąć by solidarność

wierzycieli boi się ich łączne konieczne współuczestnictwo po stronie powodowej. W sytuacji braku jednoznacznych postanowień umowy należy odwołać się do zasad ogólnych prawa zobowiązań zawartych w kodeksie cywilnym, bowiem na podstawie artykułu 139 ust1 u.p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – kodeks cywilny, jeśli przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie stanowią inaczej. W kwestii legitymacji czynnej zastosowanie ma art. 379 § 1 i 2 k.c. stanowiący, iż jeżeli jest kilku dłużników albo kilku wierzycieli a świadczenie jest podzielne, zarówno dług jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli. Części te są równe, jeżeli okoliczności nie wynika z innego zaś świadczenie jest podzielne, jeśli może być spełniane częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Dochodzone świadczenie pieniężne jest zawsze podzielne. W konsekwencji każdy członek konsorcjum realizując zamówienie publiczne, wykonuje prace kosztem własnego majątku i uprawniony jest do otrzymania stosownego wynagrodzenia – ekwiwalentu za wykonaną robotę budowlaną. W niniejszej sprawie powódowie w ostatecznie sprecyzowanym roszczeniu dochodzą wynagrodzenia zgodnie z zakresem wykonanych robót. Inny członek konsorcjum nie ma interesu prawnego i faktycznego w dochodzeniu roszczenia od zamawiającego. W odniesieniu do odpowiednich części świadczenia wierzytelności przybierają samodzielny charakter również co do odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązanie najważniejszym skutkiem podzielności świadczenia przy założeniu istnienia kilku wierzycieli jak w niniejszej sprawie jest okoliczność że każdy z wierzycieli może żądać części która na niego przypada. Odnośnie rozmiaru poszczególnych części świadczenia decydujące znaczenie ma umowa stron. Umowa ta może zostać zawarta wyłącznie pomiędzy wierzycielami brak bowiem podstaw do przyjęcia że dłużnik musi brać udział w czynności określającej zakres uprawnień poszczególnych wierzycieli cechy świadczenia podzielnego powodują że wyznaczenie rozmiarów poszczególnych części nie wpływa na dług w sposób naruszający interes dłużnika. Zatem każdemu z osobna przysługuje samodzielna legitymacja czynna do dochodzenia należności wskazanych w roszczeniu ewentualnym./SN wyrok z dnia 17.10.2013r. I A Ca 636/13/. Wobec powyższego zasadne było uwzględnienie roszczenia sprecyzowanego w piśmie z 25 maja 2016r. / prezentata 31.05.2016r./ jako roszczenie główne zgodnie ze wskazanym przez wierzycieli podziałem dochodzonych roszczeń. Sąd uwzględnił przy tym mający decydujące znaczenie stosunek wewnętrzny między wierzycielami wynikający z Umowy Konsorcjum oraz z Porozumienia z dnia 12 maja 2014 roku między (...) S.A. i (...) S.A. Z punktu 3 Umowy Konsorcjum wynika, że wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty przypada w 49% (...) S.A., zaś w 51% (...) S.A. i (...) S.A. łącznie. Punkt I Porozumienia między (...) S.A. i A.

(...) S.A. przewiduje natomiast, że całość wynagrodzenia przypadającego na tych wykonawców należy się (...) S.A.

W zakresie kary umownej potrąconej przez pozwanego to zgodnie z doktryną i orzecznictwem powszechnie przyjmuje się że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody niemniej jest ona uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne jedynie wtedy gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Zatem zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary gdy wykaże że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialność. Oznacza to że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa. / wyrok SN z 26.01.2011r. II CSK 318/10, z 6.10.2010r. II CSK 180/10/.

Nie ulega wątpliwości że zgodnie w art. 473 paragrafie 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie powodu oznaczonych okoliczności na które na mocy ustawy o odpowiedzialności nie ponosi. Może rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w przyczyn od niego niezależnych na przykład z powodu siły wyższej. Ponieważ zgodnie z artykułem 56 K C czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone lecz również te które wynikają z ustawy, zasad współżycia społecznego, ustalonych zwyczajów a w świetle art. 353 1 k.c. na ograniczone jest właściwościami (naturą) od prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego. Strony nie mogą w umowie tak rozszerzyć odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania, ani dotyczącej kary umownej by jej zakres był sprzeczny z istotą odpowiedzialności dłużnika

za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej. Nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest od okolicznościami za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna zgodnie z uregulowaniami zawartymi w artykule 483 i artykule 484 KC – pełni funkcje odszkodowawczo – kompensacyjne, stymulujący dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjne. Niewątpliwie sprzeczne z tak ukształtowanym przez ustawodawcę istotą umowy byłoby przyjęcie przez strony w umowie obciążenia dłużnika w sytuacji gdy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło z przyczyn obciążających wierzyciela. W takiej sytuacji nie było w ogóle mowy o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy przez dłużnika a tym samym brak byłoby podstawy do jakiegokolwiek odpowiedzialności kontraktowej.

W literaturze orzecznictwie wskazuje się że jeśli zastrzeżenie kary umownej znalazł się znalazło się we wzorcu umów przyjętym przez strony, wówczas wykładnia postanowień dotyczących umowy powinna odbywać się z zachowaniem ochrony praw kontrahenta autora wzorca strony, która wzorec ten załączyła jako warunki umowy. /SN z 6.11.2003 III CZP 61/02, OSNC 2004/5/69/.

Spór, który został poddany tutejszemu Sądowi pod rozstrzygnięcie dotyczył w zasadzie informacji jakie obie ze stron chciały uwzględnić w kolejnych aktualizacjach Programu.

Jak wynika z pozyskanego materiału dowodowego celem jaki przyświecał stronie powodowej było zawarcie w programie informacji o istnieniu chociażby minimalnej szansy na brak wywiązania się powoda z łączącej go z pozwanym umowy i zatwierdzenia przez pozwanego tego faktu. Pomimo braku akceptacji takiej ewentualności ze strony pozwanego powód w kolejnych aktualizacjach konsekwentnie powielał informację o ewentualnym opóźnieniu co niezmiennie nie spotykało się z akceptacją ze strony pozwanego. Powód nieugięcie bronił swojego stanowiska będąc nawet w pełni świadomym, że przedkładając aktualizacje niezgodne z założeniami pozwanego naraża się na możliwość nałożenia na niego kar zastrzeżonych w umowie. Motywacja powoda wiązała się z racjonalną interpretacją postanowień umowy iż harmonogram miał odzwierciedlać rzeczywisty plan prac, a nie hipotetyczne założenia. W czasie realizacji umowy zaistniało wiele okoliczności powodujących opóźnienia z przyczyn niezawinionych przez powodów, w szczególności to pozwany przekazał pełen plac budowy z opóźnieniem. Powielanie w kolejnych aktualizacjach programu treści dotyczącej ewentualnego opóźnieni miało charakter informacyjny, bo jak słusznie podnoszono w toku postępowania aby formalnie dokonać zmiany terminu zakończenia prac wymagało to podpisania przez strony umowy stosownego aneksu. Taki też charakter przypisał przedmiotowym aktualizacjom Sąd. Bezsprzecznie program pełnił funkcję informacyjną i miał umożliwić inżynierowi – działającemu z ramienia pozwanego, jak i samemu pozwanemu - weryfikację faktycznego postępu prac na budowie czyli zatem ciągły monitoring i kontrolę prawidłowego zarządzania przez powoda kontraktem.

Dokonując analizy zapisu zawartego w subklauzuli 8.3 (...) powód był zobligowany do powiadomienia inżyniera o sytuacjach, które z obiektywnego punktu widzenia rodziły okoliczności, które mogą niesprzyjająco wpłynąć na pracę lub opóźnić realizację robót. W każdej sytuacji, gdy realizacja robót wskazanych w programie nie zgadzałyby się z kontraktem lub nie byłyby spójna z faktycznym postępem pracy, wykonawca miał obowiązek przedłożyć inżynierowi uaktualniony program. Przedkładany przez wykonawcę program miał zatem odzwierciedlać **rzeczywisty stan prac, a nie jakiegokolwiek hipotetyczne założenia**. Program – ze swej natury - musiał więc ulegać ciągłym modyfikacjom i zmieniać się w zależności od sytuacji na budowie. Co więcej powód w ocenie Sądu był wręcz zobowiązany do przedstawiania w nim inżynierowi wszelkich zagrożeń, mających m.in. wpływ na Czas na Ukończenie inwestycji.

W ocenie Sądu również wykładnia Subklauzuli 8.7, która nakładała na powoda obowiązek uwzględnienia uwag inżyniera nie powinna stanowić dla pozwanego podstawy do naliczenia tak znacznej kary umownej. Faktycznie jak podnosiła strona powodowa obowiązek uwzględnienia tychże uwag nie niósł ze sobą bezwzględnej konieczności ich zamieszczenia w aktualizacji jeśli wykonawca nie widział takiej potrzeby w świetle zasad wskazujących jakie informacje taka aktualizacja powinna uwzględniać. W niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia,

iż powód nie wziął pod uwagę zaleceń i uwag zgłoszonych przez inżyniera a odnoszących się do sposobu aktualizacji Programu. Przeciwnie, pozyskany w sprawie materiał dowodowy szczególnie w postaci zeznań świadków, nie wskazują na tak znaczące wady tychże aktualizacji, które byłyby podstawą do naliczenia kar umownych tak jak uczyniła to strona pozwana. Szczególne znaczenie miały w tej kwestii zeznania inżyniera kontraktu, który jednoznacznie stwierdził, że niezrozumiałe było nieugięte stanowisko powoda, który niezmiennie zmierzał do uwzględnienia przez pozwanego ewentualnego opóźnienia w realizacji kontraktu będąc świadomym ryzyka nałożenia na niego kary. Niemniej samym stawianiem powoda w sytuacji w której oczekiwało się od niego działania sprzecznego z założeniami umowy przejawiającego się w powielaniu w aktualizacjach programu zapisów kontraktowych stało w sprzeczności z zasadami jakimi powinni kierować się profesjonaliści we wzajemnych relacjach wynikających z łączącej ich umowy.

W ocenie Sądu o ile zachodziły na budowie okoliczności mające realny wpływ na terminowość realizacji inwestycji, to powód miał nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek wskazywać to w przedkładanych aktualizacjach programu.

Sytuacja w której pozwany nałożył powoda karę jest tym bardziej krzywdząca jeśli wziąć pod uwagę, że asekuracyjna postawa powoda, który sygnalizował możliwość przedłużenia się prac była ewidentnie wywołana dowiedzionym w toku postępowania opóźnieniem samego pozwanego w przekazaniu terenu budowy.

Pomimo nieugiętej postawy strony powodowej Sąd stanął na stanowisku, że była ona konsekwencją działań pozwanego, który nie wyrażał zgody na zawarcie w aktualizacjach programu informacji o opóźnieniu. Jak wskazywali świadkowie przesłuchani w sprawie pozwany w przypadku tego typu umów miał przyjęta jedną linię postępowania, zgodnie z którą aktualizacje programów innych wykonawcy, które niezależnie od rzeczywistych zagrożeń nieterminowego zrealizowania prac, zawierały zapisy zgodne z kontraktem, spotykały się z pełną akceptacją pozwanego.

Sąd w pełni podziela stanowisko powoda, który wskazywał, że przedkładając pozwanemu program był zobowiązany do przekazania informacji o tym, w jakich przewidywanych terminach zostaną zakończone poszczególne etapy prac, nie zaś na kiedy zostały ustalone dane etapy gdyż o powyższym każda ze stron umowy doskonale wiedziała opierając się na ustaleniach tejże umowy. Odmienne działanie zakładające przedkładanie programu pozbawionego rzetelnych i faktycznych informacji o przebiegu i realizacji inwestycji, jak i o ewentualnym wystąpieniu zagrożeń byłoby niezgodne z ciążącymi na powodzie obowiązkami, jak również mogłoby narazić go na zarzut braku informowania pozwanego o rzeczywistym postępie prac co również byłoby sprzeczne z powołaną subklauzulą.

Promowanie narzucanej przez pozwanego praktyki Sąd ocenił za niezasadne tym bardziej jeśli zważyć udowodniony w toku postępowania dowodowego przypadek konsorcjum (...), gdzie wykonawca składał również zaktualizowane programy, w których wskazywał każdorazowo, iż planowana budowa zostanie wykonana w Czasie na Ukończenie przewidzianym w podpisanej pomiędzy pozwanym a wykonawcą umowie. Finałem powyższej współpracy było rozwiązanie umowy na etapie na którym prace nie zostały zakończone.

W ocenie Sądu powód słusznie uchylał się od podawania nieprawdziwych danych i nierzeczywistego przebiegu inwestycji.

Pomimo, że stanowisko pozwanego znajdowało poparcie w korespondencji kierowanej do powoda przez inżyniera kontraktu to L. S. zeznając w sprawie niniejszej w charakterze świadka nie potwierdził swojego stanowiska w sposób tak jednoznaczny i przedstawił okoliczności w jakim na mocy jego decyzji doszło do anulowania decyzji inżyniera rezydenta. Świadek w sposób niezwykle precyzyjny przedstawił usilne nastawienie stron do przeforsowania swojego stanowiska. Sytuacja była o tyle niezrozumiała, że w toku realizacji całej inwestycji nie zaistniały żadne realne obawy dotyczące niewywiązania się powoda z umowy. Co więcej umowa została zrealizowana na czas, a sam powód został uznany za wykonawcę, którego prace charakteryzowały się najwyższą jakością.

Przyjmując, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały przesłanki naliczania przez pozwanego kary umownej, wobec czego wierzytelność o jej zapłatę nie istniała w chwili dokonywania potrącenia owej kary, którego to potrącenia pozwany dokonał przy płatności wynikającej z FV nr (...), Sąd przyjął, że potrącenie to było bezskuteczne.

Sąd przychylił się również do stanowiska strony powodowej, że niezależnie od faktu, że pozwany nie miał podstaw do naliczenia kar umownych i w konsekwencji do dokonania potrącenia z wierzytelności przysługującej powodowi względem pozwanego to samo potrącenie również dokonane zostało w sposób wadliwy z uwagi na fakt, że pozwany potrącił karę przed dokonaniem przez inżyniera ostatecznego „Określenia” które zostało dokonane dopiero w dniu 25 września 2012 roku oraz kolejno w dniu 10 października 2012 roku. Powyższe stało więc w sprzeczności z ustaleniami zawartymi w subklauzuli 2.5 zgodnie z brzmieniem której Jeżeli Zamawiający uważa się z uprawnionego do jakiegokolwiek płatności według jakiegokolwiek klauzuli niniejszych Warunków lub z innego tytułu (..) to Zamawiający lub Inżynier da Wykonawcy powiadomienie, z odnośnymi szczegółowymi informacjami. (...) Inżynier będzie wtedy postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5 [Określenie], aby uzgodnić lub określić kwotę (jeśli jest), którą Zamawiający ma prawo otrzymać od Wykonawcy (...) Zamawiający będzie uprawniony do skompensowania lub dokonania potrącenia z jakiegokolwiek kwoty poświadczonej w jakimś Świadectwie Płatności (...) ”

Sąd nie uwzględnił roszczenia o ustalenie biorąc pod uwagę że powód domaga się roszczenia dalej idącego o zapłatę i brak było interesu prawnego do dochodzenia roszczenia o ustalenie.

Przedmiotem roszczenia w sprawie niniejszej była kwota 26.846.101,64 zł stanowiąca kwotę, którą pozwany bezzasadnie potrącił tytułem kary umownej. Taka też kwota została zasądzona na rzecz powodów.

Wykonawca dochodził zapłaty kwoty 2.275.666,81 złotych tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych naliczonych od przedmiotowego roszczenia pieniężnego począwszy od dnia wymagalności ww. roszczenia o zapłatę wynagrodzenia aż do dnia wniesienia pozwu.

Zgodnie z postanowieniami łączącej strony umowy (Subklauzula 14.7 (...), 7.7 (...) w zw. z ZO-DK, § 4 pkt 2.5. Aktu Umowy) pozwany miał obowiązek zapłacić ww. faktury w terminie 30 dni od daty jej dostarczenia do pozwanego. Mając na uwadze, że powyższa faktura została odebrana przez pozwanego w dniu 24 sierpnia 2012 roku to termin jej zapłaty upłynął zatem w dniu 24 września 2012 roku. Dlatego na podstawie art. 359 i 481 k.p.c. Sąd uwzględnił roszczenie o zasądzenie odsetek ustawowych od dnia 20 maja 2013r. do dnia 31 grudnia 2015r. i odsetek za opóźnienie od 1 stycznia 2016r. tj. od daty zmiany przepisu art. 481 par 2 k.p.c.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. obciążając pozwanego kosztami postępowania w całości bowiem powód uległ tylko co do nieznaczącej części swojego żądania. Sąd obciążył kosztami stronę przegrywającą na rzecz powodów zgodnie z proporcjami wskazanymi w piśmie powoda z 25 maja 2016r. Sąd uwzględnił wniosek pełnomocników powodów o podwyższenie wynagrodzenia z tytułu kosztów zastępstwa procesowego do dwukrotności stawki minimalnej. Podwyższając to wynagrodzenie Sąd wziął pod uwagę długość postępowania. Natomiast wniosek o zasądzenie 6 krotności wynagrodzenia z tytułu kosztów zastępstwa procesowego nie został uwzględniony bowiem postępowanie dowodowe ograniczało się do przesłuchiwanie świadków, stron, analizy zgromadzonych dokumentów, nie wymagało natomiast wiedzy specjalistycznej biegłych czy Instytutu, nie było potrzeby ustosunkowywania się do opinii i składnia licznych pism procesowych. Poziom skomplikowania sprawy nie biega od innych spraw dotyczących robót budowlanych rozpoznawanych w Sądzie Okręgowym w Warszawie.