

Sygn. akt VIII GC 260/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 kwietnia 2016 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Kądziołka

Protokolant: Emilia Marchewka

po rozpoznaniu w dniu 14 kwietnia 2016 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) Sportowe spółce akcyjnej w W., Powiatowi (...)

o zapłatę

I. zasądza solidarnie od pozwanych (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...) Sportowe spółki akcyjnej w W. na rzecz powódki Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O. kwotę 425.459,14 zł (czterysta dwadzieścia pięć tysięcy czterysta pięćdziesiąt dziewięć złotych czternaście groszy) z następującymi odsetkami liczonymi w stosunku rocznym:

- wobec (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. z odsetkami ustawowymi od dnia 1 grudnia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,

- wobec (...) Sportowe spółki akcyjnej w W. z odsetkami ustawowymi od dnia 23 lutego 2012 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie wobec (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz wobec (...) Sportowe spółki akcyjnej w W.;

III. oddala powództwo wobec pozwanego Powiatu (...);

IV. pozostawia szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik postępowania przy założeniu, że pozwany Powiat (...) wygrał sprawę w całości, powódka wygrała sprawę przeciwko pozwanym spółkom (...) i T. Obiekty Sportowe w 92,40%, zaś pozwane spółki (...) i (...) wygrały sprawę w 7,60%.

Sygn. akt VIII GC 260/13

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O. złożyła pozew przeciwko Powiatowi (...), (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. (obecnie z siedzibą w W.) oraz (...) Sportowe spółce akcyjnej z siedzibą w W. o zapłatę kwoty 460.459,14 zł z odsetkami od dnia 17 listopada 2011 r. oraz kosztami procesu. Dochodzona pozewem kwota obejmuje wynagrodzenie za wykonane przez powódkę roboty budowlane w ramach zadania "Modernizacja powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy

Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E.". Prace te powódka wykonała na mocy umowy łączącej ją ze spółką (...), która z kolei była podwykonawcą spółki (...), pełniącej w ramach konsorcjum z innym podmiotem rolę generalnego wykonawcy w ramach zadania realizowanego przez inwestora - Powiat (...). Kwota 460.459,14 zł stanowi część wynagrodzenia objętego wystawioną przez powódkę fakturą końcową nr (...).

Spółka (...) w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu. Pozwana wskazała, że faktura końcowa wystawiona przez powódkę powinna być skorygowana (pomniejszona) fakturą korektą o kwotę należności wskazanych w protokole odbioru końcowego, które związane są z kosztami zlecenia przez (...) innym podwykonawcom prac, jakie zdaniem pozwanej powinna wykonać powódka, których jednak nie wykonała bądź wykonała je nienależycie. Ponadto spółka (...) wobec części należności z faktury końcowej wystawionej przez powódkę podniosła zarzut potrącenia, powołując się na złożone przed procesem oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością powódki z faktury końcowej nr (...) wierzytelności (...) z tytułu kary umownej za zwłokę w oddaniu przez powódkę przedmiotu umowy.

Spółka (...) w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania, powołała się na wygaśnięcie zobowiązania powódki, objętego żądaniem pozwu, z tych samych przyczyn, które wskazywała spółka (...). Spółka (...) nie kwestionowała swojej solidarnej odpowiedzialności ze spółką (...), opartej o art. 647¹ § 5 k.c.

Powiat (...) w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania. Obrona pozwanego powiatu opierała się na zarzucie braku wyrażonej w jakiegokolwiek formie zgody powiatu jako inwestora na wykonywanie przez powódkę prac w charakterze podwykonawcy spółki (...), co więcej pozwany powiat wskazywał, że nie wyraził również zgody na wykonywanie części prac przez spółkę (...) jako podwykonawcę spółki (...). W tych okolicznościach pozwany powiat wskazywał, że po jego stronie nie powstała solidarna odpowiedzialność za zobowiązania spółki (...) wobec powódki, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

W 2010 r. Powiat (...) rozpiął przetarg o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych polegających na „Modernizacji powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E.". Przetarg wygrało konsorcjum złożone z (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. oraz (...) Sportowe spółki akcyjnej z siedzibą w W.. Liderem konsorcjum została spółka (...).

Dnia 11 marca 2010 r. Powiat (...) zawarł z podmiotami tworzącymi konsorcjum umowę nr (...), której przedmiotem była „Modernizacja powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E.". Zgodnie z umową roboty miały zostać zakończone do dnia 30 czerwca 2011 r.

W § 1 ust 4 określono roboty, które zostaną wykonane przez podwykonawców: roboty ziemne i przygotowawcze, drenaż, podbudowy, trybuny, ogrodzenie, budynek sanitarno-szatniowy, roboty elektryczne. W § 7 ust. 1 zamawiający dopuścił zlecenie części robót podwykonawcy, wymienionemu w ofercie wykonawcy. W § 7 ust. 3 zastrzeżono, że po zawarciu umowy o roboty budowlane przez wykonawcę z podwykonawcą wymagana jest zgoda zamawiającego. W § 7 ust. 3 wskazano, że w przypadku zawarcia umowy z podwykonawcą, zmiany lub zatrudnienia nowego podwykonawcy bez zgody zamawiającego oraz w przypadku nieuwzględnienia sprzeciwu lub zastrzeżeń do umowy zgłoszonych przez zamawiającego, zamawiający jest zwolniony z odpowiedzialności względem podwykonawcy.

W § 12 umowy postanowiono, że z ramienia zamawiającego odpowiedzialnym za realizację umowy będzie D. W. – dyrektor Zespołu Szkół nr (...) im. J. Ś. w E., nadzór inwestorski sprawować będzie A. L., kierownikiem budowy z ramienia wykonawcy będzie T. G..

W celu podzlecenia części robót podwykonawcy spółka (...) zawarła dnia 23 marca 2010 r. z Przedsiębiorstwem (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. umowę nr (...), na mocy której spółka (...)

jako podwykonawca miała wykonać określone roboty budowlane w ramach modernizacji wskazanego stadionu lekkoatletycznego.

Spółki (...) zawarły następnie aneks do umowy konsorcjum i postanowiły w nim, że liderem konsorcjum zostanie spółka (...), jak również że ta spółka wykona cały zakres prac zlecony konsorcjum.

W związku z zawarciem powyższego aneksu spółka (...) w piśmie z dnia 19 czerwca 2010 r., skierowanym do spółki (...), odstąpiła od zawartej z nią umowy nr (...).

W dniu 17 października 2010 r. Powiat (...) zawarł z podmiotami tworzącymi konsorcjum umowę nr (...).

Na mocy umowy zamawiający zlecił, a wykonawca przyjął do wykonania, dodatkowe roboty budowlane w zakresie: drenażu, boisk, bieżni z zakolami i skoczni w dal, boiska wielofunkcyjnego, ogrodzenia, dodatkowych robót ziemnych płyty głównej i bieżni, wodociągu. Ustalono, że dniem zakończenia robót będących przedmiotem umowy ma być dzień 30 czerwca 2011 r.

Obie umowy - nr (...) i nr (...) - za Powiat (...) podpisał przewodniczący zarządu (K. P.) oraz osoba pełniąca funkcje zastępcy przewodniczącego, kontrasygnaty udzielił skarbnik powiatu G. B.. Osoby pełniące te funkcje podpisywały również aneksy do umowy.

Podpisy składane były z użyciem pieczętek imiennych oraz pieczętki o treści "Powiat (...) ul. (...) (...)-(...) E."

Dowody: umowa nr (...) wraz z aneksem nr (...) (k. 255-257, 264-268);

umowa nr (...) wraz z aneksem nr (...) (k. 271-281);

umowa o roboty budowlane nr (...) z załącznikami (k. 63-76);

pismo z dnia 19.06.2010 r. (k. 77).

Projekt budowlany dla zadania o nazwie „Modernizacja powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E.”, stanowiący część umowy łączącej Powiat (...) i konsorcjum spółek (...), w części rysunkowej projektu, mimo braku precyzji, zawiera oznaczenia graficzne pozwalające na stwierdzenie, że obiekt, który ma być wykonany na podstawie dokumentacji (budynek sanitarno-szatniowy) winien być wyposażony w daszek nad drzwiami wejściowymi oraz barierę z pochwytym na wejściu do budynku. Brak jest informacji dotyczącej rozwiązań materiałowych w tym zakresie zarówno w części opisowej, jak i rysunkowej projektu, co stanowi uchybienie ze strony projektanta.

Dowody: projekt budowlany (k. 941-946);

specyfikacja techniczna (k. 947-961);

opinia biegłego sądowego M. S. (k. 1364-1370);

zeznania świadka H. K. (k. 998, 1001);

zeznania świadka P. D. (k. 1146v-1148).

Spółka (...) rozpoczęła prace w kwietniu 2010 r. jako podwykonawca spółki (...), w takim charakterze wykonywała je do czasu wypowiedzenia umowy przez U., co nastąpiło pismem z dnia 19 czerwca 2010 r.

Dowody: zeznania świadka T. G. (k. 998 verte- 999);

pismo z dnia 19.06.2010 r. (k. 77).

Spółka (...) zawarła dnia 22 czerwca 2010 r. umowę nr (...) z (...) sp. z o.o. z siedzibą w S. jako podwykonawcą robót budowlanych polegających na modernizacji stadionu lekkoatletycznego w E., szczegółowo określonych w załącznikach do umowy. W umowie określono wynagrodzenie ryczałtowe : 2.960.217,63 zł plus podatek VAT (3.611.465,50 zł brutto). Ustalono termin rozpoczęcia robót: 16 czerwca 2010 r. oraz termin zakończenia: 25 maja 2011 r. Zakres robót określony zostały w kosztorysie ofertowym. Aneks nr (...) z dnia 13 sierpnia 2010 r. zmieniono wynagrodzenie w związku ze zmianami w zakresie ilości robót na kwoty: 3.523.758,42 zł netto i 4.298.985,27 zł brutto.

Dowód : umowa o roboty budowlane nr (...) między spółkami (...) z załącznikami (karta 883-909).

Dnia 21 czerwca 2010 r. spółka (...) zawarła ze spółką (...) umowę nr (...), której przedmiotem miało być wykonanie przez spółkę (...) robót budowlanych polegających na modernizacji powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E. w zakresie robót rozbiórkowych i przygotowawczych, robót ziemnych płyty głównej i bieżni, drenażu, podbudowy pod płytę główną i bieżnię, trybuny i chodników, ogrodzenia, kortów tenisowych, budynku sanitarno-szatniowego oraz inwentaryzacji powykonawczej całego zadania.

W umowie wskazano również, że szczegółowa ilość i zakres robót został określony na etapie składania oferty w kosztorysach uzgodnionych ze spółką (...) oraz projekcie technicznym będącym integralną częścią umowy. Rozpoczęcie realizacji robót miało nastąpić dnia 21 czerwca 2010 r., zaś ich zakończenie dnia 30 czerwca 2011 r., z uwzględnieniem terminów pośrednich, wyszczególnionych w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Spółka (...) za wykonanie umowy miała otrzymać wynagrodzenie w wysokości 1.558.550,29 zł (1.901.431,35 zł brutto).

Zgodnie z § 3 ust 4 płatności miały następować w terminie 30 dni po wystawieniu faktury VAT na podstawie protokołu odbioru robót (czy to częściowego, czy to końcowego). W § 3 ust. 6 umowy wskazano, że podstawą jakościowego, ilościowego i wartościowego odbioru robót będą: specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, protokół odbioru częściowego lub końcowego, harmonogram rzeczowo-finansowy oraz odpowiednie PN, BN i zasady sztuki budowlanej.

W § 3 ust. 8 wskazano z kolei, że w przypadku wykonywania robót dodatkowych spółka (...) odliczy 7% wynagrodzenia z tytułu generalnego wykonawstwa.

Kwestię kar umownych strony uregulowały w § 9 wskazując w ust. 1, że obowiązującą formą odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych będą kary umowne, stosownie do lit. a – w wysokości 1% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia upływu terminu wykonania przedmiotu zamówienia bez względu na stopień zaawansowania prac; zaś stosownie do lit. b – w wysokości 1% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego do usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym.

W § 11 z kolei wskazano, że odpowiedzialnym za realizację umowy z ramienia inwestora będzie D. W. – dyrektor Zespołu Szkół nr (...) im. J. Ś. w E., nadzór inwestorski sprawować będzie A. L., kierownikiem budowy z ramienia spółki (...) będzie T. G., zaś kierownikiem robót ze strony spółki (...) będzie W. S.. W umowie wskazano również, że załącznikami do niej są kosztorys ofertowy, projekt budowlany, wykaz wyposażenia oraz harmonogram rzeczowo-finansowy organizacji i wykonania robót.

Z kolei w § 12 ust. 2 wskazano, że zmiany umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności, zaś w ust. 1 wskazano, że zmiany dotyczące terminu wykonania robót, ich zakresu lub wysokości wynagrodzenia możliwe są wyłącznie w sytuacji wyjątkowej, w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych, robót zamiennych lub wyjątkowo niesprzyjających warunków pogodowych.

Dowody: umowa nr (...) (k. 78-80);

załącznik nr 2 do umowy nr (...) – harmonogram rzeczowo-finansowy (k. 81);

kosztorys wykonawczy – M. z czerwca 2010 r. (k. 82-85);

kosztorys wykonawczy z czerwca 2009 r. (k. 86-91).

Umowa nr (...) miała treść analogiczną do umowy nr (...), różniła ją jedynie strona określona jako zamawiający – spółka (...) w miejsce spółki (...), termin rozpoczęcia robót – 21 czerwca 2010 r. w miejsce 23 marca 2010 r. oraz wysokość stawki kary umownej za zwłokę – 1% wynagrodzenia w miejsce 0,8% wynagrodzenia.

Dowody: umowa nr (...) (k. 78-80);

umowa nr (...) (k. 63-65).

O wykonywaniu prac budowlanych przez spółki (...) wiedziała dyrektor Zespołu Szkół nr (...) w E. D. W.. D. W. posiadała pełnomocnictwo od Powiatu (...) do dokonywania czynności polegających na sprawdzaniu pod względem poprawności i terminowości przedkładanych protokołów odbioru pewnych prac wykonywanych w ramach zadania. Nie posiada ona kwalifikacji budowlanych, dlatego też w tym zakresie polegała na zdaniu inspektora nadzoru A. L..

Z rozmów między inspektorem nadzoru i kierownikiem budowy, jakich świadkiem była D. W., dowiedziała się ona, że jednym z podwykonawców na budowie jest spółka (...), nie okazano jej jednak żadnej dokumentacji na ten temat. D. W. nie miała wiedzy na temat zakresu prac, które zostały zlecone spółce (...).

Ani spółka (...), ani żaden inny podmiot nie poinformował zarządu Powiatu (...) o tym, że spółki (...) wykonują określone prace na budowie. Spółki te nie zostały zgłoszone jako podwykonawcy (...) jako podwykonawca spółki (...), M. jako podwykonawca spółki (...). Żaden podmiot nie przedstawił ani zarządowi powiatu, ani D. W. dokumentacji wskazującej na zakres wykonywanych przez podwykonawcę robót oraz na wysokość umówionego wynagrodzenia.

Dowód: zeznania świadka D. W. (k. 1064v-1066v).

Zatrudniony przez Powiat (...) inspektor nadzoru A. L. miał wiedzę o tym, że pewne prace przy realizacji inwestycji wykonywała spółka (...). Wiedzę w tym temacie uzyskał od kierownika budowy, który poinformował go o tym, że jednym z podwykonawców będzie spółka (...). A. L. zakładał, że istnieją pisemne dokumenty, które potwierdzają zgodę Powiatu (...) na podwykonawstwo spółki (...). Przypuszczał tak, ponieważ firma (...) była wymieniana w niektórych protokołach narad.

Dowód: zeznania świadka A. L. (k. 1064v-1066v).

W czasie realizacji inwestycji w spółce (...) na stanowisku dyrektora pionu wykonawczego zatrudniony był A. W.. Do jego zadań należał nadzór realizowanych przez spółkę (...) budów. W zakresie inwestycji w E. nadzorował wykonywanie umowy między spółkami (...).

Na początku A. W. nie wiedział o tym, że podwykonawcą spółki (...) była spółka (...). Dowiedział się o tym w trakcie wykonywania budowy. A. W. miał świadomość tego, że spółka (...) nie została zgłoszona jako podwykonawca. Nie znał treści umowy między spółką (...).

Dowód: zeznania świadka A. W. (k. 1225-226,1227, transkrypcja (...) - (...))

Po podpisaniu umowy nr (...) spółka (...) przystąpiła do wykonywania przydzielonego jej zakresu robót.

Współpraca między kierownikiem budowy z ramienia (...) oraz prezesem zarządu spółki M. - J. B. (1) na początku układała się dobrze. T. G. i J. B. (1) łączyły stosunki koleżeńskie.

Kierownikiem robót zatrudnionym przez spółkę (...) był W. S..

Dowody: zeznania świadka T. G. (k. 998 verte- 999),

zeznania świadka W. S. (k. 1148-1148v; 1150).

Zgodnie ze stanowiącym załącznik nr 1 do umowy nr (...) kosztorysem spółka (...) miała wykonać 203 m ogrodzenia kortów tenisowych z siatki na słupkach z rur stalowych o rozstawie 2,6 m i wys. 4 m o wartości 63.771,10 zł, dwie sztuki bram o wymiarach 200 cm x 220 cm o wartości 4.120,39 zł, 361,40 m ogrodzenia wewnętrznego płyty boiska z siatki w ramach stalowych o wys. 1,1 m na słupkach z rur o wartości 56.982,40 zł, 240,500 m ogrodzenia wewnętrznego płyty boiska z siatki w ramach stalowych o wys. 1,4 m na słupkach z rur o wartości 48.537,52 zł oraz 146 m ogrodzenia kortów tenisowych z siatki na słupkach z rur stalowych o rozstawie 2,6 m i wys. 3,0 m.

Dowód: kosztorys wykonawczy – M. z czerwca 2010 r. (k. 82-85).

Zgodnie ze stanowiącym załącznik nr 2 do umowy nr (...) harmonogramem rzeczowo-finansowym w II kwartale 2010 r. miały być wykonane rozbiórki i roboty przygotowawcze o wartości 73.524,88 zł (były to kwoty brutto), roboty przygotowawcze o wartości 14.376,19 zł, roboty ziemne płyty głównej i bieżni o wartości 144.967,53 zł oraz drenaż o wartości 212.749,88 zł; w III kwartale 2010 r. podbudowę płyty głównej, bieżni i boisk o wartości 328.253,95 zł oraz trybuny i chodniki o wartości 50.000 zł; w IV kwartale 2010 r. trybuny i chodniki o wartości 54.000 zł, w I kwartale 2011 r. trybuny i chodniki o wartości 35.000 zł, ogrodzenia o wartości 134.189 zł, korty tenisowe o wartości 90.500 zł i budynek sanitarno-szatniowy o wartości 120.000 zł; zaś w II kwartale 2011 r. trybuny i chodniki o wartości 23.374,02 zł, ogrodzenia o wartości 73.716,32 zł, korty tenisowe o wartości 96.327,64 zł, budynek sanitarno-szatniowy o wartości 100.452,86 zł oraz inwentaryzację powykonawczą o wartości 7.127,02 zł.

Harmonogram został podpisany przez prezesów zarządów spółek (...) (M. P.) i M. (J. B. (1)).

Dowód: załącznik nr 2 do umowy nr (...) – harmonogram rzeczowo-finansowy (k. 81).

W trakcie realizacji robót nastąpiła zmiana kierownika budowy. Obowiązki te przejął P. D. - zatrudniony przez spółkę (...). T. G. - zatrudniony przez spółkę (...) - pozostał na budowie jako "prawa ręka" kierownika budowy P. D..

Dowody: zeznania świadka T. G. (k. 998 verte- 999),

zeznania świadka P. D. (k. 1146-1148; 1150).

W lipcu 2010 r. P. D. – kierownik budowy zatrudniony przez spółkę (...) – sporządził kosztorys zamienny dotyczący ogrodzenia, zaakceptowany przez inspektora nadzoru A. L.. Zgodnie z kosztorysem miało być wykonane ogrodzenie o wartości 245.008,58 zł netto.

Zgodnie z tym kosztorysem miało być wykonane 185 m ogrodzenia kortów tenisowych z siatki na słupkach z rur stalowych o rozstawie 2,6 m i wys. 4 m – panelowych o wartości 90.158m15 zł, bramę o wymiarach 200 cm x 220 cm w ilości 2 sztuk o wartości 4.242,69 zł, ogrodzenia wewnętrzne płyty boiska z siatki w ramach stalowych o wys. 1,1 m na słupkach z rur – panel ogrodzeniowy wys. 1,03 oraz nakładka z profilu zamkniętego 60 mm x 30 mm w ilości 453 m o wartości 62.571,66 zł, ogrodzenia wewnętrzne płyty boiska z siatki w ramach stalowych o wys. 1,4 m na słupkach z rur odcinki J-A, A-b, B-C, C-D, D#E – panele systemowe wys. 1,53 m w ilości 337 m o wartości 37.921,55 zł oraz ogrodzenie kortów tenisowych z siatki na słupkach z rur stalowych o rozstawie 2,6 m i wys. 3,0 m – panele ogrodzeniowe systemowe – boisko wielofunkcyjne w ilości 145 m o wartości 50.114,53 zł. W sumie miało być wykonane ogrodzenie o wartości 245.008,58 zł netto.

Dowód: kosztorys zamienny – ogrodzenie z lipca 2010 r. (k. 938-940).

W trakcie realizacji budowy cyklicznie odbywały się narady, których przebieg był protokołowany. W spotkaniach tych uczestniczyła D. W. – dyrektor (...) w E., J. B. (1) określany jako „podwykonawca M.”, jak też kierownik budowy ze spółki (...) lub (...) oraz inspektor nadzoru.

Dowody: protokół ze spotkania z 17.06.2010 r. (k. 195);

protokół ze spotkania z 15.12.2010 r. (k. 191);

protokół ze spotkania z 10.02.2011 r. (k. 192);

protokół ze spotkania z 13.05.2011 r. (k. 193-193v).

Na początku sierpnia 2010 r. spółka (...) wstrzymała wykonywanie robót uzasadniając to brakiem płatności na jej rzecz ze strony spółki (...).

Fakt niesporny.

Dnia 2 września 2010 r. spółki (...) zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...), w którym wskazały, że w związku ze zmianami wprowadzonymi przez inwestora – Powiat (...) – w zakresie ilości robót będących przedmiotem umowy oraz koniecznością wykonania robót dodatkowych anulują kosztorys na bieżnię-rozbiegi-boiska na kwotę 1.638.740,09, a w to miejsce wprowadzają kosztorys na kwotę 2.018.553,92 zł, zaś wartość umowy zmienia się na kwotę 1.875.005,25 zł (2.287.506,41 zł brutto).

Dowód: aneks nr (...) do umowy nr (...) (k. 92).

W związku z zawarciem aneksu sporządzono poprawiony kosztorys ofertowy na kwotę 2.018.553,92 zł brutto podpisany przez prezesów zarządów spółek (...) i M., a także został sporządzony nowy harmonogram rzeczowo-finansowy, zgodnie z którym w II kwartale 2010 r. miały być wykonane rozbiórki i roboty przygotowawcze o wartości 73.528,24 zł, roboty przygotowawcze o wartości 14.354,01 zł, roboty ziemne płyty głównej i bieżni o wartości 145.839,91 zł i drenaż o wartości 109.922,64 zł; w III kwartale 2010 r. drenaż o wartości 52.224,85 zł, bieżnię ogólną i prostą oraz rozbiegi o wartości 109.981,15 zł, rzutnię do kuli o wartości 11.976,52 zł, zakole trawiaste oraz zagospodarowanie terenu wokół bieżni o wartości 31.923,01 zł, boisko do piłki nożnej o wartości 4.878,25 zł, trybuny i chodniki o wartości 30.000 zł, korty tenisowe o wartości 73.000 zł, wymianę gruntu – roboty dodatkowe o wartości 41.892,04 zł, przyłącze wodociągowe o wartości 28.920,39 zł; w IV kwartale 2010 r. drenaż o wartości 50.000 zł, bieżnię ogólną i prostą oraz rozbiegi o wartości 128.390,43 zł, rzutnię do kuli o wartości 8.012,10 zł, zakole trawiaste oraz zagospodarowanie terenu wokół bieżni o wartości 30.022,59 zł, trybuny i chodniki o wartości 73.999,95 zł, ogrodzenia o wartości 164.179,51 zł, korty tenisowe o wartości 115.409,34 zł, przyłącza wodociągowe o wartości 10.000 zł oraz budynek sanitarno-szatniowy o wartości 170.452,86 zł; w I kwartale 2011 r. bieżnię ogólną i prostą oraz rozbiegi o wartości 40.000 zł, trybuny i chodniki o wartości 35.000 zł, ogrodzenia o wartości 30.000 zł oraz budynek sanitarno-szatniowy o wartości 50.000 zł, natomiast w II kwartale 2011 r. bieżnię ogólną i prostą oraz rozbiegi o wartości 120.000 zł, zakole trawiaste oraz zagospodarowanie terenu wokół bieżni o wartości 50.000 zł, trybuny i chodniki o wartości 23.399,55 zł, ogrodzenia o wartości 40.570,89 zł oraz inwentaryzację powykonawczą o wartości 7.127,02 zł.

Harmonogram zamykał się ogółem kwotą brutto 2.287.506,41 zł. Następnie harmonogram został uaktualniony w 2011 r. w związku ze zmianą stawki podatku VAT z 22% na 23%.

Nowy harmonogram rzeczowo-finansowy (jak również zaktualizowany harmonogram) został podpisany przez prezesa zarządu spółki M. J. B. (1) oraz kierownika budowy z ramienia (...).

Dowody: poprawiony kosztorys ofertowy (k. 93-95v);

załącznik nr 2 do umowy nr (...) zmienionej aneksem nr (...) – harmonogram rzeczowo-finansowy (k 96);

załącznik nr 2 do umowy nr (...) zmienionej aneksem nr (...) – harmonogram rzeczowo-finansowy – uaktualniony 2011 r. (k 97);

zeznania świadka T. G. (k. 998v, 1001).

Zgodnie z poprawionym kosztorysem ofertowym spółka (...) miała wykonać 203 m ogrodzenia kortów tenisowych z siatki na słupkach z rur stalowych o rozstawie 2,6 m i wys. 4 m o wartości 63.770,42 zł, 2 sztuki bram o wymiarach 200 cm x 220 cm o wartości 4.120,40 zł, 331,400 m ogrodzenia wewnętrznego płyty boiska z siatki w ramach stalowych o wys. 1,1 m na słupkach z rur o wartości 52.251,84 zł, 397 m ogrodzenia wewnętrznego płyty boiska z siatki w ramach stalowych o wys. 1,4 m na słupkach z rur odcinki J-A, A-B, B-C, C-D, D-E o wartości 80.122,54 zł oraz ogrodzenie kortów tenisowych z siatki na słupkach z rur stalowych o rozstawie 2,6 m i wys. 3,0 m w ilości 146 m i o wartości 34.485,20 zł.

Dowód: poprawiony kosztorys ofertowy (k. 93-95v).

T. G. nie był umocowany do dokonania zmian w treści umowy w imieniu spółki (...), o czym informował J. B. (1) podpisując zmieniony harmonogram rzeczowo-finansowy. Ponadto doradził J. B. (1), ażeby przesłał zmieniony harmonogram do akceptacji zarządowi spółki (...) M. P..

Dowód: zeznania świadka T. G. (k. 998v, 1001).

W połowie września 2010 r. spółka (...) wznowiła roboty wstrzymane na początku sierpnia 2010 r.

Fakt niesporny.

W maju 2011 r. zatrudniony przez spółkę (...) został zastąpiony przez H. K.. T. G. uważał, że powinien odejść z budowy, ponieważ przestał mieć pozytywny wpływ na J. B. (1). Nie był w stanie powstrzymać decyzji J. B. (1) o czasowym zejściu budowy, którą ten tłumaczył brakiem płatności ze strony spółki (...). T. G. uważał, że J. B. (1) świadomie nie wykonuje jego poleceń, co wpływa na opóźnienia w wykonywaniu robót.

Dowód: zeznania świadka T. G. (k. 998 verte- 999).

W momencie, kiedy obowiązki na budowie objął H. K., spółka (...) kończyła wykonywanie podbudowy. H. K. otrzymał od T. G. harmonogram, stwierdził że spółka (...) posiada duże opóźnienie w zakresie wykonywania robót przy podbudowie. Zgodnie z harmonogramem podbudowa miała być bowiem wykonana w III kwartale 2010 r.

Dowód: zeznania świadka H. K. (k. 998-998 verte),

zeznania świadka A. W. (k. 1225-226,1227, transkrypcja (...) - (...)), zeznania świadka M. P. (k. 999, 1001).

Współpraca J. B. (1) i H. K. układała się poprawnie.

J. B. (1) był wzywany przez spółkę (...) do zwiększenia tempa prac, nie przynosiło to jednak efektów.

Dowody: zeznania świadka H. K. (k. 998-998 verte),

zeznania świadka T. G. (k. 998 verte- 999),

zeznania świadka M. P. (k. 999, 1001).

Pod koniec maja 2011 r. pojawiły się nierówności wykonanej przez spółkę (...) podbudowy betonowej pod bieżnię lekkoatletyczną.

W związku z tym spółka (...) wyraziła zgodę na frezowanie przez (...) nawierzchni betonowej w celu wyrównania nierówności. Naprawienie nawierzchni miało nastąpić do dnia 8 czerwca 2011 r., na koszt spółki (...).

Fakt niesporny.

W dniu 1 czerwca 2011 r. spisana została notatka służbowa w obecności J. B. (1) i H. K., reprezentującego spółkę (...).

W notatce zaznaczono, że w czasie wizji lokalnej zaznaczono czerwoną farbą nierówności podbudowy betonowej pod bieżnię lekkoatletyczną. Zapisano też, że do dnia 3 czerwca 2011 r. zostanie wykonana inwentaryzacja geodezyjna. Oznaczone nierówności podbudowy zostaną wyrównane metodą frezowania za pomocą czterech frezarek. Całkowity koszt wykonania wyrównania podbudowy zostanie zafakturowany na firmę (...).

W piśmie z dnia 14 czerwca 2011 r., kierowanym do spółki (...), J. B. (1) oświadczył, że koszty poniesione w związku z frezowaniem betonu w dniu 10 czerwca 2011 r. zostaną opłacone przez spółkę (...) po wystawieniu faktury VAT.

Dowody: notatka służbowa z dnia 01.06.2011 r. (karta 102),

pismo z dnia 14.06.2011 r. (karta 518).

Prace związane z frezowaniem betonu, wykonywane przez (...) z pomocą podwykonawców, trwały około 1,5 miesiąca.

Dowód: zeznania świadka H. K. (k. 998-998 verte).

W dniu 8 czerwca 2011 r. odbyło się spotkanie w sprawie ustalenia harmonogramu robót. Sporządzono z niego protokół, zgodnie z którym w spotkaniu uczestniczyli P. D. – kierownik budowy ze spółki (...), A. L. – inspektor nadzoru, J. B. (1) – ze spółki (...), określony jako „podwykonawca”, J. B. (2) – architekt, D. W. – dyrektor (...) w E., H. K. – ze spółki (...) – kierownik gospodarczy. W punkcie 3 protokołu wskazano, że T. do dnia 10 czerwca 2011 r. przedstawi kosztorysy na wykonanie robót dodatkowych – opaski wokół boiska wielofunkcyjnego oraz placu utwardzonego pod widownię przy boisku wielofunkcyjnym wraz ze schodami. W punkcie 6 wskazano, że M. zamontuje słupy do piłkochwyłów rozdzielające korty tenisowe, natomiast T. zamontuje siatki rozdzielające korty tenisowe. W punkcie 8 wskazano, że dyrektor W. zgłosiła wniosek o przedstawienie kosztorysu o dodatkowe kosze na boisku wielofunkcyjnym oraz dokumentację dotyczącą szczegółowego wyliczenia różnic kosztorysowych związanych ze zmianą ogrodzenia z siatki na panele i przeniesieniem 50 miejsc z trybuny głównej na trybunę przenośną przy boisku wielofunkcyjnym. W punkcie 10 protokołu wskazano, że inspektor nadzoru zakwestionował kolorystykę dwóch warstw tworzywa – poliuretanu – kładzonego na bieżni i wskazał, że powinna być położona zgodnie z obowiązującą dokumentacją. W punkcie 12 wskazano, że dyrektor W. zgłosiła, że wierzchnia warstwa betonu na bieżni jest skruszała i wnioskuje o naprawę betonu. Inspektor nadzoru i kierownik budowy pozytywnie zaopiniowali wniosek dyrektor W.. (...) miał zostać sfrezowany do warstwy twardej.

Protokół został podpisany przez wszystkie uczestniczące w spotkaniu osoby.

Dowód: protokół ze spotkania w sprawie ustalenia harmonogramu robót z 8.06.2011 r. (k. 189-189v).

Kolejna narada w sprawie omówienia stopnia realizacji prac i harmonogramu prac odbyła się dnia 14 czerwca 2011 r. Zgodnie ze sporządzonym z tego spotkania protokołem wzięli w nim udział, D. W. – dyrektor szkoły, A. L. – inspektor nadzoru, J. B. (2) – projektant, P. D. – kierownik budowy, J. B. (1) określony jako „przedstawiciel podwykonawcy M.”, H. N. (...), P. G. – kierownik gospodarczy szkoły. W protokole wskazano, że realizacja zadań zapisanych w protokole z dnia 8 czerwca 2011 r. przebiega bez zastrzeżeń.

Wskazano nadto, iż co do punktu 10 protokołu dalsze działania zostaną podjęte w późniejszym terminie, po spotkaniu zarządu Powiatu (...) z zarządem spółki T..

Protokół został podpisany przez wszystkich obecnych.

Dowód: protokół z narady w sprawie omówienia stopnia realizacji i harmonogramu prac z 14.06.2011 r. (k. 190).

Dnia 15 czerwca 2011 r. Powiat (...) i spółka (...) zawarli pisemne porozumienie, w którym w § 1 spółka (...) oświadczyła, że bez zgody Powiatu (...) zmieniła kolor granulatu C. M. z czerwonego na brązowy, przy czym nie ma to wpływu na parametry użytkowe systemu nawierzchni sportowej i granulatu brązowy może być używany do wykonania warstwy dolnej i pośredniej.

Z kolei w § 2 wskazano, że w związku z § 1 porozumienia strony uzgadniają, iż spółka (...) wykona w zamian za zmianę koloru granulatu na rzecz Powiatu (...) opaskę z płytek o wymiarach 35 cm x 35 cm wokół boiska wielofunkcyjnego, chodnik i plac pod trybuny obok boiska wielofunkcyjnego, obłożenie schodów i podjazdu do budynku sanitarno-szatniowego oraz dodatkowy komplet koszy do koszykówki. W § 3 wskazano, że na tle zmiany granulatu i wykonanych zamian robót strony zrzekają się w stosunku do siebie jakichkolwiek roszczeń.

Dowód: porozumienie z 15.06.2011 r. (k. 320).

Powiat (...) i spółka (...) zawarły dnia 24 czerwca 2011 r. aneks nr (...) do umowy nr (...) oraz aneks nr (...) do umowy nr (...) zmieniając termin zakończenia prac na dzień 21 lipca 2011 r.

Dowody: aneks nr (...) do umowy nr (...) (k. 267);

aneks nr (...) do umowy nr (...) (k. 279).

Na spotkaniu w dniu 29 czerwca 2011 r., zorganizowanym w sprawie omówienia stopnia realizacji inwestycji, z udziałem dyrektora szkoły D. W., inspektora nadzoru A. L., projektanta J. B. (2) i kierownika budowy P. D., dyrektor szkoły D. W. zwróciła uwagę na sposób wykonania schodów wejściowych do budynku zaplecza sanitarnego oraz ponowiła prośbę do J. B. (2) o uzupełnienie dokumentacji projektowej.

Dowód: protokół ze spotkania z 29.06.2011 r. (k. 1410).

Spółka (...) skierowała do spółki (...) dwa pisma datowane na dzień 29 czerwca 2011 r. W pierwszym z nich odniosła się do otrzymanego od spółki (...) pisma datowanego na dzień 29 czerwca 2011 r. i wskazała, że zgodnie z załącznikiem do aneksu nr (...) do umowy (...) ogrodzenie wewnętrzne płyty boiska z siatki w ramach stalowych o wysokości 1,1 m na słupkach z rur zostało ustalone na 331,40 m i w takim zakresie zostało wykonane, zaś pozostałe brakujące ogrodzenie o 123,60 m nie zostało objęte w wykazie robót.

Dalej wskazała, że ogrodzenie o wysokości 1,5 m zostało wykonane poza 30 m odcinkiem, do którego spółka (...) nie ma dostępu, bowiem pracownicy spółki (...) teren ogrodzenia zastawili swoimi materiałami, beczkami i innymi przeszkodami. Co do drugiej warstwy mączki ceglanej na korty spółka (...) wskazała, że nie ma środków na jej zakup, ponieważ spółka (...) zalega z płatnościami na jej rzecz. Co do montażu siedzeń z tworzyw sztucznych spółka (...) wskazała, że zamontowano 470 sztuk w całości, zaś montaż pozostałych nie jest możliwy do czasu zakończenia przez spółkę (...) prac przy wykonywaniu powierzchni poliuretanowej, a to z uwagi na niekorzystny wpływ prac przy montażu siedzeń (wiercenie) na wykonywaną powierzchnię poliuretanową.

W drugim z pism z dnia 29 czerwca 2011 r. spółka (...) zaproponowała spółce (...) (w związku z zagrożeniem zachowania terminu wykonania umowy) rozwiązanie umowy nr (...) za porozumieniem stron, co miałyby pozwolić spółce (...) na zawarcie umowy na nieopłacone dotychczas roboty i na roboty niedokończone ze spółką (...), albo też dokonanie zmiany określonego w umowie terminu realizacji robót na dzień 15 lipca 2011 r. Przedłużenie terminu spółka (...) uzasadniała wykonywaniem robót dodatkowych, nieprzewidzianych na etapie podpisywania umowy i aneksu nr (...) z dnia 2 września 2010 r., takich jak wykonanie dodatkowych 124 metrów bieżących ogrodzenia o wysokości 1,1 m oraz wyjątkowo niesprzyjające warunki pogodowe.

Dowody: pisma spółki (...) z 29.06.2011 r. (k. 313-313v, 314-314v).

Pismem z dnia 1 lipca 2011 r. (...) zwróciła się do spółki (...) wskazując, że w związku z niewykonaniem kortu tenisowego spółka (...) zamawia mączkę ceglana na ostatnią warstwę kortu tenisowego. W piśmie zaznaczono, że podczas rozmowy kierownika H. K. z prezesem zarządu spółki M. prezes J. B. (1) oświadczył, że wyraża zgodę na późniejsze refakturowanie zakupu tej mączki na jego firmę.

Dowód: pismo spółki (...) z 1.07.2011 r. (k. 146).

W dniu 4 lipca 2011 r. spółka (...) obciążyła spółkę (...) fakturą VAT numer (...) na kwotę 21.800,50 zł z tytułu: refakturowanie usług - pomiar geodezyjny oraz frezowania i wyrównanie betonu; natomiast w dniu 12 lipca 2011 r. fakturą VAT numer (...) na kwotę 15.690,95 zł z tytułu : refakturowanie usług - naprawa nawierzchni betonowej w E..

W dniu 13 lipca 2011 r. spółka (...) obciążyła spółkę (...) fakturą VAT numer (...) MAG (...) na kwotę 29.299,57 zł za (...) budowlany (...) i jego transport.

Dowody: faktura VAT nr (...) (k.107),

faktura VAT nr (...) (k.122),

faktura (...) MAG (...) (k.126).

Pismem z dnia 7 lipca 2011 r. (...) udzieliła spółce (...) odpowiedzi na pismo z 6 czerwca 2011 r. W piśmie wskazała, że: 1) jedyne miejsce, gdzie nie można wykonać zieleni, to przestrzeń gdzie stoją beczki z poliuretanem, w tym miejscu (...) sama zobowiązała się zasadzić trawę; 2) konstrukcja schodów jest wykonywana zgodnie z projektem, zatwierdzony został jedynie materiał do ich obłożenia, 3) należy zamontować ogrodzenie 1,5 m, wstrzymywanie prac jest bezzasadne; 4) należy dokończyć montaż kortów tenisowych zakupionym materiałem.

W piśmie wskazano również, że (...) nie posiada żadnych zaległości płatniczych wobec M..

Dowód: pismo spółki (...) z 7.07.2011 r. (k. 145).

Pismem z dnia 8 lipca 2011 r. spółka (...) odniosła się do pisma spółki (...) z dnia 7 lipca 2011 r. Wskazała, że konstrukcja schodów zewnętrznych przy zapleczu socjalnym została uzgodniona dnia 6 lipca 2011 r, o czym poinformował ją kierownik budowy spółki (...) i spółka (...) planuje wykonać je w dniach 8 i 9 lipca 2011 r. Co do odcinka ogrodzenia o wysokości 1,5 m wskazała, że będzie on wykonany po podjęciu przez (...) decyzji o zamontowaniu dodatkowej bramy wjazdowej i zakończeniu wszystkich prac wykonywanych sprzętem mechanicznym (dowóz materiałów, również spółki (...), i mączki ceglanej), bowiem jest to jedyny dojazd na budowę. Co do ogrodzenia o wysokości 3 m wskazała spółka (...), że brak opaski z płytek chodnikowych wokół boiska uniemożliwia zakończenie tego ogrodzenia, wskazała przy tym, że wykonano ogrodzenie o wysokości 1,5 m, które zostało przez (...) zdemontowane. Co do mączki ceglanej wskazała, że przy sprzyjających warunkach atmosferycznych pierwsza partia zostanie wbudowana dnia 9 lipca 2011 r. Wskazała również, że na dzień 10 maja 2011 r. wykonanie robót przez spółkę (...) zgodnie z protokołem odbioru częściowego podpisanym przez inspektora nadzoru dla T. wynosiło 89,65%. Dalej wskazała, że w jej ocenie opóźnienie spowodowała zmiana kolorystyki nawierzchni poliuretanowej przez (...), a opóźnienie to wynosi około dwóch tygodni, w związku z czym zakończenie prac do dnia 30 czerwca 2011 r. było niemożliwe.

Dowód: pismo spółki (...) z 8.07.2011 r. (k. 312-312v).

Powiat (...) i spółka (...) zawarły dnia 18 lipca 2011 r. aneks nr (...) do umowy nr (...) oraz aneks nr (...) do umowy nr (...) zmieniając termin zakończenia prac na dzień 29 lipca 2011 r. w związku z wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami pogodowymi (intensywnymi opadami deszczu).

Dowody: aneks nr (...) do umowy nr (...) (k. 268-268v);

aneks nr (...) do umowy nr (...) (k. 281-281v).

Spółka (...) zgłosiła spółce (...) roboty do odbioru w dniu 26 lipca 2011 r.

Fakt niesporny (nadto : pismo spółki (...) z 24.10.2011 r. - k. 142-143).

Ostatecznie spółka (...) nie wykonała ogrodzenia jedynie w takim zakresie, który zdaniem J. B. (1) nie był objęty zakresem robót wynikającym po zmianach umowy. Niewykonane przez M. ogrodzenie miało przebiegać wzdłuż jednego z zakoli bieżni.

Spółka (...) zleciła wykonanie brakującego ogrodzenia innemu podwykonawcy - M. W., który wykonał tę pracę w ciągu tygodnia. Prace obejmowały roboty przy montażu ogrodzenia o wysokości 1,1 m. (...) zostały zakupione przez spółkę (...), spółka ta zorganizowała również transport. M. W. wystawił na rzecz spółki (...) fakturę VAT na kwotę rzędu 4000 zł brutto.

Dowody: zeznania świadka H. K. (k. 998-998 verte),

zeznania świadka M. W. (k. 1099 v, 1101),

zeznania świadka P. D. (k. 1146-1148; 1150),

zeznania świadka W. S. (k. 1148-1148v; 1150),

zeznania świadka M. P. (k. 999, 1001),

przesłuchanie prezesa zarządu powódki J. B. (1) (k. 1267-1269,1270).

Spółka (...) przesłała do spółki (...) pismo datowane na 28 lipca 2011 r., w którym wskazała, iż nie otrzymała zapłaty od swojego kontrahenta – spółki (...) – co może się wiązać z odpowiedzialnością solidarną spółki (...).

Spółka (...) przesłała pismo datowane na 28 lipca 2011 r. również do Powiatu (...) (na adres: Powiat (...), ul. (...), E.). W piśmie tym pełnomocnik spółki "wskazał i stwierdził", że końcowe rozliczenie między zamawiającym Powiatem (...) a wykonawcą realizującym zadanie winno być poprzedzone rozliczeniem pomiędzy wykonawcą i spółką (...). Dalej wskazał, że spółka zrealizowała swój zakres prac występując jako podwykonawca, a Powiat (...) miał - jego zdaniem - pełną świadomość i wiedzę o tym, że roboty określone w § 1 ust. 4 umowy nr (...) były realizowane przez spółkę (...). Powołał się na solidarną odpowiedzialność Powiatu (...) na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.

Dowody: pismo do T. z 28.07.2011 r. (k. 196-196v);

pismo do Powiatu (...) z 28.07.2011 r. (k. 198-198v);

pismo do Powiatu (...) z 12.08.2011 r. (k. 200);

pismo do T. z 12.08.2011 r. (k. 202-202v).

Dnia 1 sierpnia 2011 r. sporządzono protokół odbioru i przekazania do użytku powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E.. Odbioru dokonała komisja składająca się z przedstawicieli Powiatu (...) i przedstawicieli spółki (...), w obecności inspektora nadzoru A. L..

W protokole tym wskazano, że wykonawca – T. – zgłosił gotowość do dokonania końcowego odbioru dnia 25 lipca 2011 r. zaś same prace były wykonywane w okresie od 11 marca 2011 r. do dnia 25 lipca 2011 r.

W protokole tym wskazano szereg zastrzeżeń, w tym uwagi co do budynku sanitarno-szatniowego, wejścia głównego (m.in. brak barierki na wjeździe i schodach do wejścia głównego i brak daszku nad schodami wejściowymi), co do boiska głównego (m.in. zapiaszczenie i brud na niektórych odcinkach bieżni, zanieczyszczone szkłem, kamieniami i chwastami zagospodarowanie terenów zielonych, ubytki ziemi na skarpie, brak trawy, spękany beton w kole do rzutu dyskiem, zastrzeżenia do twardości nawierzchni kortów).

W protokole wskazano, iż strony – przedstawiciele powiatu i generalnego wykonawcy spółki (...) – postanowiły przerwać odbiór w celu usunięcia usterek do dnia 29 sierpnia 2011 r.

Dowód: protokół z 1.08.2011 r. (k. 130-131v).

Usterki zostały przekazane do usunięcia spółce (...) w zakresie, w jakim dotyczyły one zadania wykonywanego przez tą spółkę.

W piśmie z dnia 17 sierpnia 2011 r. spółka (...) zgłosiła do odbioru usterki ujęte w protokole z dnia 1 sierpnia 2011 r. Jednocześnie wskazała, że daszek nad wejściem do pawilonu socjalnego nie był w jej zakresie robót, gdyż spółka (...) nie wykonywała elewacji zewnętrznej, daszek nie był wyszczególniony w przedmiarze robót ani nigdzie w dokumentacji nie znajdował się jego rysunek konstrukcyjny.

Dowód: pismo z 17.08.2011 r. (k. 149).

Dnia 30 sierpnia 2011 r. sporządzono protokół odbioru i przekazania do użycia stadionu lekkoatletycznego w E.. Wskazano w nim, że usunięto na terenach zielonych i brzegach murawy boiska zanieczyszczenia granulatem gumowym, usunięto na zakolu nierówne brzegi bieżni, usunięto zanieczyszczoną powierzchnię do rzutu kulą oraz utwardzono ją, usunięto usterki dotyczące barierek (ogrodzenie bieżni, pochwyty). W dalszym ciągu zgłaszano zastrzeżenia co do twardości nawierzchni kortów.

Dowód: protokół z 30.08.2011 r. (k. 302-303).

Pismem z dnia 1 września 2011 r. spółka (...) zwróciła się do spółki (...) nawiązując do protokołu odbiorowego z dnia 1 sierpnia 2011 r. (a więc czynności dokonanej przez Powiat (...) i spółkę (...)). W piśmie tym wezwała do usunięcia usterek, które zostały przedstawione w protokole odbiorowym i nie zostały usunięte przez M.: zagospodarowanie terenów zielonych w dalszym ciągu jest zanieczyszczone szkłem i kamieniami, nie uzupełniono ubytków ziemi na skarpach, nawierzchnie kortów należy dodatkowo utwardzić, trawa na terenach zielonych oraz otoczenia kortów nie jest wykoszona.

Dalej wskazano, że w przypadku nieusunięcia usterek czynności zostaną zlecone innej firmie na koszt M..

Dowód: pismo z 1.09.2011 r. (k. 606).

Pismem z dnia 2 września 2011 r. pełnomocnik spółki (...) zwrócił się do Powiatu (...) wskazując, że "budzi zdumienie" stanowisko Powiatu (...) co do tego, że spółka (...) nie legitymuje się statusem podwykonawcy. Podkreślił, w jego ocenie istnieją podstawy do solidarnej odpowiedzialności Powiatu (...) ze spółką (...), albowiem protokoły ze spotkań w sprawie realizacji budowy świadczą jednoznacznie o obecności spółki (...) na budowie oraz o tym, że była traktowana jako podwykonawca i że Powiat (...) był tego świadomy, bowiem protokoły są podpisane przez inspektora nadzoru A. L. oraz dyrektora (...) w E. D. W..

Dowód: pismo z 2.09.2011 r. (k. 204-204v).

W dniu 7 września 2011 r. spisano protokół odbioru i przekazania do użytku powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E.. Wskazano w nim, że zostały usunięte dotychczasowe zastrzeżenia dotyczące budynku sanitarno-szatniowego oraz zastrzeżenia dotyczące wejścia głównego. Wskazano, że nadal występują zanieczyszczenia nawierzchni na zakolu za metą oraz na rozbiegu skoku wzwyż, wskazano, że nadal występują ubytki trawy na skarpie oraz na murawie boiska - trawa wyschnięta. W zakresie kortów nadal zgłaszano zastrzeżenia co do twardości nawierzchni.

Dowód: protokół z 7.09.2011 r. (k. 299-301).

Pismem z dnia 13 września 2011 r. spółka (...) zwróciła się do spółki (...) wskazując na zastrzeżenia inwestora co do jakości wykonanych przez M. kortów tenisowych. (...) wezwała do M. wbudowania cieniutkiej warstwy 1-2 mm czystej mączki ceglanej. (...) zobowiązała M. do wykonania tych prac wskazując, że w przeciwnym wypadku zleci ich wykonanie na koszt i ryzyko M. innej firmie.

Dowód: pismo z 13.09.2011 r. (k. 612).

J. B. (1) nie zgodził się na wykonywanie przez M. prac przy usuwaniu części usterek wskazywanych przez inwestora w protokołach odbioru, nie uznając wskazywanych uchybień za usterki bądź też wskazując na to, że przez innych podwykonawców zostały dokonane zniszczenia niektórych elementów wykonanych przez M.. Odmowa dotyczyła prac polegających na: usunięciu przez M. zniszczeń zakoli trawiastych, dosypaniu mączki ceglanej na kortach tenisowych, wykonania daszku i pochwyty przy wejściu do budynku szatniowego, mycia zabrudzonej bieżni.

Prace te zostały ostatecznie wykonane przez spółkę (...), która uczyniła to po to, aby dochować terminów umownych.

Zakole trawiaste zostało przez podwykonawców spółki (...) ponownie obsiane trawą, usunięto gruz i kamienie. (...) zleciła wykonanie brakujących elementów budynku sanitarno-szatniowego (daszek nad wejściem, pochwyty wejścia). Zostało zleczone mycie bieżni. Zlecono również roboty w zakresie poprawienia nawierzchni kortów tenisowych.

(...) została obciążona fakturami VAT: z 21 września 2011 r. przez PHU (...) na kwotę 2.349,30 zł brutto (1.910 zł netto) - w tytule faktury wskazano "humusowanie zieleni przy boisku przy zespole szkół nr 1 w E., dosianie trawy"; z 26 października 2011 r. przez spółkę (...) na kwotę 4.901,99 zł brutto (3.985,36 zł netto) - w tytule faktury wpisano "humusowanie".

(...) została również obciążona fakturami VAT za zakup i transport mączki ceglanej: nr (...) z 13 września 2011 r. na kwotę 369 zł, nr (...) z 14 września 2011 r. na kwotę 1.254,60 zł, nr (...) z 10 października 2011 r. na kwotę 1.869,60 zł.

Daszek z poliwęglanu na zlecenie spółki (...) wykonał D. K. odciażając spółkę fakturą VAT numer (...) z 5 września 2011 r. na kwotę 2.300 zł, ponadto D. K. obciążył spółkę (...) fakturą VAT numer (...) na kwotę 5.200 zł z 26 sierpnia 2011 r., w tytule faktury wpisując "wykonanie barierki przyschodowej (balustrady)".

W dniu 29 lipca 2011 r. (...) pisemnie zleciła R. K. następujące roboty: ułożenie kostki polbruk z wykonaniem podbudowy oraz prace porządkowe wg uzgodnień z kierownikiem budowy - ryczałt 28.389,62 zł, w tym: 5.200 zł netto za mycie bieżni, 2.000 zł netto za obsianie trawą zakola bieżni, 1.500 zł za prace związane z poprawieniem daszku budynku. R. K. wystawił na rzecz spółki (...) fakturę VAT nr (...) z dnia 5 października 2011 r. na kwotę 14.514 zł wskazując w tytule faktury: "ułożenie kostki polbrukowej z podbudową oraz prace porządkowe na stadionie".

Dowody: zeznania świadka T. G. (k. 998 verte- 999),

zeznania świadka P. D. (k. 1146-1148; 1150),

zeznania świadka M. P. (k. 999, 1001),

przesłuchanie prezesa zarządu powódki J. B. (1) (k. 1267-1269,1270)

przesłuchanie członka zarządu pozwanej spółki (...)

(k. 1325v-1327; 1329),

faktura wystawiona przez T. (k. 603),

faktura wystawiona przez PHU (...) (k.605),

faktury VAT nr (...) (k. 613-615),

faktury VAT nr (...) (k. 632,633),

zlecenie udzielone R. K. (k.634),

faktura VAT nr (...) wystawiona przez R. K. (k.635).

Dnia 4 października 2011 r. został sporządzony kolejny protokół odbioru i przekazania do użytku powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E..

Wskazano w nim, że komisja składająca się z przedstawicieli powiatu z D. W. jako przewodniczącą, przy udziale przedstawiciela wykonawcy T. P. D. i w obecności inspektora nadzoru A. L. przeprowadziła końcowy odbiór robót, które były prowadzone na podstawie umowy nr (...) zawartej z konsorcjum, składającym się ze spółki (...) jako liderem konsorcjum, na kwotę 5.179.543,08 zł. W protokole wskazano, że roboty zostały wykonane w okresie od dnia 11 marca 2010 r. do dnia 25 kwietnia 2011 r., a następnie przesunięto termin do dnia 29 sierpnia 2011 r. i do dnia 30 września 2011 r. ze względu na usunięcie usterek na podstawie protokołu z 7 września 2011 r. W protokole tym wskazano, że zastrzeżenia, które zostały spisane w protokole z 7 września 2011 r. zostały usunięte, obiekt nadaje się do użytkowania i komisja dokonuje odbioru końcowego.

Dowód: protokół z 4.10.2011 r. (k. 132-132v).

Spółka (...) nie została obciążona przez spółkę (...) karami umownymi za opóźnienie w wykonaniu robót.

Dowód: zeznania świadka M. P. (k. 999, 1001).

W dniu 4 października 2011 r. J. B. (1) jednostronnie sporządził "Protokół odbioru końcowego wykonanych elementów, robót, obiektu". Wskazał w nim, że protokół został sporządzony przy udziale przedstawicieli spółki (...) (H. K. – kierownika budowy) i spółki (...) (J. B. (1)) – protokół został jednak podpisany tylko przez prezesa zarządu spółki M. J. B. (1).

Protokół został sporządzony w formie tabeli zawierającej 4 kolumny: wartość robót, wartość robót wykonanych w miesiącu, jakość, uwagi i zastrzeżenia. W kolumnie jakość wpisano "dobra", kolumna uwagi i zastrzeżenia pozostała nie wypełniona.

W protokole wskazano, że roboty wykonano w okresie od 1 kwietnia do 25 lipca 2011 r., zakres wykonywanych robót objętych protokołem jest zgodny z harmonogramem rzeczowo-finansowym, a na jego podstawie odebrano rodzaje robót takie jak: rozbiórki i roboty przygotowawcze, roboty ziemne, drenaż, bieżnię ogólna i prostą oraz rozbiegi, rzutnię do pchnięcia kulą, zakole trawiaste – zagospodarowanie terenu, boisko do piłki nożnej, korty tenisowe, trybuny i chodniki, ogrodzenia (w tym zakresie wskazano, że ogólna wartość robót netto wynosi 216.750,48 zł zaś wartość robót wykonanych w miesiącu 121.750,48 zł netto), geodezja – inwentaryzacja, roboty ziemne płyty głównej (wymiana gruntu), wodociąg i budynek sanitarno-szatniowy.

Wartość robót ogółem netto określono na kwotę 1.857.005,33 zł, zaś wartość robót wykonanych w miesiącu określono na kwotę 386.135,21 zł netto (474.946,31 zł brutto).

Na odwrocie protokołu sporządzono w formie tabeli zestawienie wartości wykonanych robót. W kolumnie nr 4 wskazano ilość wykonanych robót narastająco od początku budowy w zakresie procentowym, dla każdego elementu robót. W protokole zapisano, że wykonano 100 % robót dla każdego elementu robót, a więc 100 % robót objętych umową.

Dowód: protokół odbioru końcowego wykonanych elementów, robót, obiektu z 4.10.2011 r. podpisany tylko przez J. B. (1) (k. 133-133v).

W tym samym dniu J. B. (1) podpisał kosztorys powykonawczy ogrodzenia, zgodnie z którym wykonano 185 m ogrodzenia kortów tenisowych z siatki na słupkach z rur stalowych o rozstawie 2,6 i wys. 4 m za cenę jednostkową 314,14 zł/m o łącznej wartości 58.115,90 zł, bramę o wymiarach 200 x 220 cm w ogrodzeniu kortów tenisowych w ilości 2 sztuk za cenę jednostkową 2.060,20 zł/szt. o łącznej wartości 4.120,40 zł, ogrodzenia wewnętrzne płyty boiska z siatki w ramach stalowych wys. 1,1 m na słupkach z rur w ilości 331,400 m za cenę jednostkową 157,67 zł/m o łącznej wartości 52.251,84 zł, ogrodzenia wewnętrzne płyty boiska z siatki w ramach stalowych wys. 1,4 na słupkach z rur odcinki J-A, A-B, B-C, C-D, D-E w ilości 337,000 m za cenę jednostkową 201,82 zł/m o łącznej wartości 68.013,34 zł, a także ogrodzenie kortów tenisowych z siatki na słupkach z rur stalowych o rozstawie 2,6 m i wys. 3,0 m w ilości 145,00 m za cenę jednostkową 236,20 zł/m o łącznej wartości 34.249,00 zł. W sumie spółka (...) wykonała ogrodzenia o wartości 216.750,48 zł.

Dowód: kosztorys powykonawczy ogrodzenia (k. 135).

Na podstawie "Protokołu odbioru końcowego wykonanych elementów, robót, obiektu" z 4 października 2011 r. spółka (...) wystawiła spółce (...) dnia 10 października 2011 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 386.135,21 zł netto (474.946,31 zł brutto) za modernizację powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr (...) im. J. Ś. w E. w okresie od 1 kwietnia do 25 lipca 2011 r.

Faktura oraz protokół odbioru końcowego (z jednostronnym podpisem przedstawiciela spółki (...)) zostały przesłane spółce (...) wraz z pismem z dnia 14 października 2011 r. (doręczonym 17.10.2011 r.). W piśmie tym nadto wskazano, iż poza wymienionymi wyżej załącznikami przesyłane są dwa protokoły odbioru końcowego robót i kosztorys na ogrodzenie. Spółka (...) zwróciła się do spółki (...) o podpisanie protokołu odbioru robót, kosztorysu na ogrodzenie i faktury oraz odesłanie ich spółce (...).

W treści pisma wskazano, że zostało ono również przesłane do wiadomości Powiatu (...) i spółki (...).

Dowody: faktura nr (...) r. (k. 134);

protokół odbioru końcowego wykonanych elementów, robót, obiektu z 4.10.2011 r. podpisany tylko przez J. B. (1) (k. 133-133v);

pismo z 14.10.2011 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 136, 137).

Pismem z dnia 18 października 2011 r. spółka (...) oświadczyła wobec spółki (...), że odsyła bez akceptacji przesłane z pismem z dnia 14 października 2011 r. dokumenty, a nadto, że kierownik robót H. K. skontaktuje się ze spółką (...) w celu ustalenia terminu spotkania, na którym zostanie spisany protokół odbioru robót wykonanych przez M. (treść tego protokołu została w dniu wczorajszym wysłana do spółki (...) mailem). Dalej zawarto prośbę, aby "po uzgodnieniu z kierownikiem" protokołu odbioru M. przysłała go wraz z fakturą na adres (...).

Kierownik budowy ze strony (...) H. K. sporządził i podpisał "Protokół odbioru wykonanych elementów, robót, obiektu", również datowany na dzień 4 października 2011 r. W stosunku do protokołu podpisanego przez J. B. (1) różnił się on w zakresie okresu, w którym wykonano prace, wskazywał bowiem, że ukończono je w dniu 4 października 2011 r. W kolumnach "wartość robót" i "wartość robót wykonanych w miesiącu" protokół ten zawiera odmienny zapis dotyczący pozycji 11 "ogrodzenia": ogólna wartość została określona na 234.750,40 zł, zaś wartość robót w miesiącu na 139.750,40 zł.

Protokół ten zawiera również dodatkową kolumnę zatytułowaną "różnica". W kolumnie tej dokonano odjęć, których przyczyny opisano w kolumnie "uwagi i zastrzeżenia". Odjęcia te zostały dokonane przy następujących pozycjach z następującymi opisami w kolumnie "uwagi i zastrzeżenia":

- zakole trawiaste oraz zagospodarowanie terenu: minus 6000 (nienależycie wykonane, zlecone innemu wykonawcy)

- korty tenisowe : minus 35.433,82 (dostawa materiałów poprawa wykonania przez innego wykonawcę)
- ogrodzenia: minus 32.379,82 (nie wykonany zakres umowny)
- budynek sanitarno-szatniowy: minus 10.000 (zadaszenie nad wejściem, pochwyty wejścia)
- minus 7.000 (mycie bieżni z powodu źle zabezpieczonej skarpy) - odjęcia tej kwoty dokonano od sumy wartości wszystkich robót.

Łącznie kwota odjęć wyniosła 90.813,64 zł.

W sumie wartość netto robót określono na kwotę 1.875.005,25 zł (tj. o 17.999,92 zł więcej niż wskazuje protokół sporządzony przez J. B. (1)).

Wartość netto robót wykonanych w miesiącu określono na kwotę 404.135,13 zł. Kwotę tą pomniejszono następnie o kwotę 90.813,64 zł wskazując, iż razem netto do zafakturowania pozostaje kwota 313.321,49 zł.

Na odwrocie protokołu sporządzono w formie tabeli zestawienie wartości wykonanych robót. W kolumnie nr 4 wskazano ilość wykonanych robót narastająco od początku budowy w zakresie procentowym, dla każdego elementu robót. W protokole zapisano, że wykonano 100 % robót dla każdego elementu robót, a więc 100 % robót objętych umową.

Powyższe zostało potwierdzone podpisem kierownika budowy H. K..

Dowody: pismo z 18.10.2011 r. (k. 139).

protokół odbioru końcowego wykonanych elementów, robót, obiektu z 4.10.2011 r. podpisany przez H. K. (k. 138-138v).

Spółka (...) swoje stanowisko co do odjęć dokonanych w protokole końcowym odbioru podpisanym przez H. K. szczegółowo zaprezentowała w skierowanym do spółki (...) piśmie z dnia 24 października 2011 r.

Co do zakoli trawiastych wskazała, że nie zgadza się z pomniejszeniem o kwotę 6.000 zł, albowiem tereny te zostały zniszczone przy układaniu nawierzchni poliuretanowej przez (...), a nadto strony ustaliły pismem z dnia 7 lipca 2011 r., że to (...) to wykona, jak również obsypie stopy betonowe słupków ogrodzenia wys. 1,1 m, które zostały wykonane przez (...) powyżej terenów zielonych.

Co do kortów tenisowych, to spółka (...) zgodziła się i uznała, że to (...) nabyła 40 ton mączki ceglanej po cenie 300 zł/t (razem 12.000 zł), na którą to kwotę miała wystawić refakturę na spółkę (...). Nie zgodziła się natomiast co do kwoty odjęcia wynoszącej 35.433,82 zł netto i w tym zakresie podniosła, że kwota taka nie jest potwierdzona żadną kalkulacją i nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów spółki (...), jak również zastrzegła, że w jej ocenie dokupywanie mączki ceglanej przez (...) było niepotrzebne, o czym informowała pismem z dnia 14 września 2011 r., a nadto spółka (...) musiała następnie dosypaną warstwę zebrać, zaś zgodnie z protokołem z dnia 22 września 2011 r. korty tenisowe zostały wykonane zgodnie z dokumentacją. Ponadto wskazała, że kompensacja nawierzchni kortów nie była przewidziana specyfikacją robót ani przedmiarem robót, lecz pomimo tego spółka (...) zgodziła się pomóc w jej wykonaniu.

Co do ogrodzenia spółka (...) nie zgodziła się z pomniejszeniem o kwotę 31.379,82 zł, lecz uznała pomniejszenie o kwotę 17.999,92 zł. Podniosła przy tym, że była gotowa za taką wartość wykonać roboty zamienne, na co nie wyraziła zgody (...). Ponadto podniosła, że zgodnie z umową miała wykonać 331,4 mb płotu o wys. 1,1 m i tyle wykonała.

W zakresie budynku sanitarno-szatniowego wskazała spółka (...), że nie zgadza się z pomniejszeniem wartości robót o 10.000 zł, bowiem w jej ocenie wykonanie zadaszenia nad wejściem oraz pochwyty wejścia nie były ujęte w przedmiarze

robót, jak również nie było to przewidziane w części opisowej projektu i specyfikacji technicznej robót. Co więcej dodała, że określone prace w zakresie budynku sanitarno-szatniowego zostały zlecone spółce (...) przez Powiat (...) w ramach rekompensaty za samowolną zmianę kolorystyki dolnych warstw powierzchni poliuretanowej bieżni.

Co do mycia bieżni, również spółka (...) zakwestionowała pomniejszenie wartości wykonanych przez nią prac o kwotę 7.000 zł, bowiem w trakcie wykonywania powierzchni poliuretanowej przez (...) miały miejsce obfite opady deszczu, wskutek których doszło do przelania się wody z terenów otaczających bieżnię, jednakże nie doszło do uszkodzenia skarpy. Ponadto w ocenie spółki (...) bieżnia została zabrudzona przez pracowników spółki (...) przy wymianie piasku w zeskocznikach do skoku w dal, o (...) spółka (...) informowała kierownika budowy P. D..

Konkludując spółka (...) wskazała, że koszty poniesione przez (...), razem z uznanymi kosztami frezowania, wynoszą 46.038,27 zł netto i M. opłaci je po wystawieniu przez (...) faktury i po spisaniu protokołu końcowego odbioru robót. Jak również wskazała, że (...) otrzymała od zamawiającego zapłatę za roboty, które wykonała spółka (...) na łączną kwotę 166.421,91 zł netto, zaś (...) odmówiła spółce (...) zapłaty za ten zakres prac, który to został przez Powiat (...) uznany za wykonany prawidłowo, skoro otrzymała spółka (...) wynagrodzenie od spółki (...).

Spółka (...) podniosła ponadto, że dnia 26 lipca 2011 r. zgłosiła do odbioru wykonanie zakresu jej robót (stosownie do § 8 ust. 1 umowy), w związku z czym proponowany przez spółkę (...) protokół z datą wykonania robót 4 października 2011 r. jest niezgodny z zapisami protokołu sporządzonego z Powiatem (...).

W piśmie tym wskazano, że zostaje ono przesłane do wiadomości Powiatu (...) oraz spółki (...).

Pismo doręczono spółce (...) dnia 25 października 2011 r.

Dowód: pismo z 24.10.2011 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 142-143, 144).

Prezes zarządu spółki M. J. B. (1) wykonał na protokole podpisanym przez H. K. odrębną adnotację o treści: "Nie wyrażamy zgody na potrącenia i zapisy dokonane w protokole oraz termin wykonania robót 7.04 do 24.04.2011 r. J. B. (1) nie jest właścicielem firmy (...)".

Wraz z pismem z 31 października 2011 r. J. B. (1) wysłał do spółki (...) fakturę VAT nr (...) (oryginał + kopia), protokół końcowego odbioru robót, kosztorys wykonania ogrodzenia.

W piśmie tym zawarte zostało oświadczenie: "nie akceptujemy daty zakończenia robót oraz potrąceń i zapisów zawartych w przedłożonym przez nas protokole odbioru robót". W piśmie tym J. B. (1) wskazał również, że wynagrodzenie za ogrodzenie o wartości 17.999,92 zł zostało pomniejszona zgodnie z kosztorysem robót zamiennych.

Pismo zostało doręczone spółce (...) w dniu 3 listopada 2011 r.

Dowody: protokół odbioru końcowego wykonanych elementów, robót, obiektu z 4.10.2011 r. podpisany przez H. K. z adnotacją J. B. (1) (k. 138-138v);

pismo powoda z 31.10.2011 r. (k. 422).

W odpowiedzi na to pismo spółka (...) przedstawiła swoje ostateczne stanowisko, zaakceptowane przez prezesa zarządu M. P., którego wyrazem był poprawiony przez kierownika budowy H. K. "Protokół odbioru wykonanych elementów, robót, obiektu", datowany na dzień 4 października 2011 r.

W stosunku do poprzedniego zaproponowanego protokołu odbioru różnił się co do odjęć w dwóch pozycjach:

- budynek sanitarno-szatniowy: minus 7.600 zamiast minus 10.000 (zadaszenie nad wejściem, pochwyt wejścia)
- minus 5.200 zamiast minus 7.000 (mycie bieżni z powodu źle zabezpieczonej skarpy).

Łącznie kwota odjęć wyniosła 86.613,64 zł.

Wskazana w tym protokole "wartość robót" netto określona na kwotę 1.875.005,25 zł nie zmieniła się, nie zmieniła się też "wartość netto robót wykonanych w miesiącu". Zmieniła się kwota netto do zafakturowania, z uwagi na korektę odjęć wyniosła ona 317.521,49 zł.

Na odwrocie protokołu H. K. ponownie podpisał sporządzone w formie tabeli zestawienie wartości wykonanych robót. W kolumnie nr 4 wskazano ilość wykonanych robót narastająco od początku budowy w zakresie procentowym, dla każdego elementu robót. W protokole zapisano, że wykonano 100 % robót dla każdego elementu robót, a więc 100 % robót objętych umową.

Dowody: protokół odbioru wykonanych elementów, robót, obiektu z 4.10.2011 r. podpisany przez H. K. (k. 151-151v oraz 920)

zeznania świadka M. P. (k. 999; 1001)

W dniu 4 listopada 2011 r. spółka (...) obciążyła spółkę (...) fakturą VAT numer (...) na kwotę 27.025,25 zł jako tytuł faktury wskazując: faktura za generalne wykonawstwo od robót dodatkowych zgodnie z § 3 pkt 8 umowy numer (...) z dnia 21 czerwca 2010.

Dowód: faktura (...) (k.658).

Pismem z dnia 4 listopada 2011 r. spółka (...) wezwała spółkę (...) do zapłaty w terminie do 10 listopada 2011 r. kwoty 594.750 zł z tytułu kary umownej naliczonej spółce (...) na podstawie § 9 ust. 1 lit. a umowy nr (...) w wysokości 1% wynagrodzenia określonego w § 3 umowy za każdy dzień zwłoki w okresie od dnia 1 lipca do 26 lipca 2011 r. (tj. 26 dni po 22.875 zł za dzień).

W dniu 4 listopada 2011 r. spółka (...) wystawiła notę księgową, w której obciążyła spółkę (...) kwotą 594.750 zł - karą umowną za nieterminową realizację umowy nr (...), wyliczoną w następujący sposób: 26 dni (...) = 594.750 zł.

Spółka (...) pismem z dnia 8 listopada 2011 r. odpowiedziała na wezwanie do zapłaty przyznając, że zakończenie robót nie nastąpiło dnia 30 czerwca 2011 r., jednakże stało się tak z przyczyn, za które odpowiada (...), bowiem prowadziła prace uniemożliwiające wykonanie prac przez spółkę (...), o czym informowała spółkę (...) pismami z dnia 6 i 8 lipca 2011 r. Ponadto wskazała, że naliczenie kary umownej jest możliwe zgodnie z umową dopiero po spisaniu protokołu odbioru, (...) spółka (...) nie dopełniła. W związku z przedstawioną argumentacją spółka (...) odmówiła zapłaty kary umownej.

Odpowiedź na wezwanie do zapłaty kary umownej doręczono spółce (...) dnia 9 listopada 2011 r.

Dowody: pismo z 4.11.2011 r. (k. 152-152v);

nota księgową z 4 listopada (...) (k. 646),

pismo z 8.11.2011 r. z dowodem doręczenia (k. 164-164v, 165).

Spółka (...) pismem z dnia 16 grudnia 2011 r. wezwała Powiat (...) do zapłaty na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. kwoty 494.946,31 zł z tytułu faktury VAT nr (...) oraz faktury VAT nr (...) w terminie 7 dni od doręczenia.

Dowód: pismo z 16.12.2011 r. (k. 181-181v).

Spółka (...) pismem z dnia 30 grudnia 2011 r. oświadczyła o potrąceniu swoich wierzytelności z wierzytelnościami spółki (...).

W piśmie tym wskazała, że potrąca swoje wierzytelności w łącznej wysokości 93.816,27 zł z faktur VAT nr (...) z wierzytelnościami spółki (...) w łącznej wysokości 183.878,41 zł z faktur VAT nr (...) w ten sposób, że wierzytelności spółki (...) się umarzają, a spółce (...) z tytułu faktur nr (...) pozostaje wierzytelność w łącznej wysokości 90.063,14 zł, zaś tą wierzytelność spółka (...) potrąca ze swoją wierzytelnością z tytułu kary umownej w kwocie 594.750 zł wynikającą z noty księgowej nr (...) w ten sposób, że spółce (...) pozostaje do zapłaty kara umowna w wysokości 504.686,86 zł.

Dowody: oświadczenie o potrąceniu z 30.12.2011 r. (k. 173-173v);

faktura nr (...) (k. 107);

faktura nr (...) (k. 122);

faktura nr (...) (k. 126);

faktura nr (...) (k. 658);

faktura nr (...) r. (k. 98);

faktura nr (...) (k. 714);

faktura nr (...) (k. 718);

faktura nr (...) (k. 722).

Pismem z dnia 13 lutego 2012 r. spółka (...) skierowała do spółki (...) przedsądowe wezwanie do zapłaty :

- kwoty 474.946,31 zł z tytułu faktury VAT nr (...)

- kwoty 20.000 zł z tytułu faktury VAT (...) (częściowo uregulowanej)

w terminie 7 dni od doręczenia. Pismo zostało doręczone spółce (...) 16 lutego 2012 r.

Analogiczne wezwania do zapłaty skierowała spółka (...) do Powiatu (...) i spółki (...), swoje roszczenie opierając na art. 647¹ § 5 k.c.

Wezwanie doręczono Powiatowi (...) dnia 16 lutego 2012 r., zaś spółce (...) dnia 15 lutego 2012 r.

Dowody: przedsądowe wezwanie spółki (...) do zapłaty z 13.02.2012 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 174-174v, 175);

przedsądowe wezwanie Powiatu (...) do zapłaty z 13.02.2012 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 183, 184);

przedsądowe wezwanie spółki (...) do zapłaty z 13.02.2012 r. z potwierdzeniem odbioru (k. 185, 186).

Spółka (...) pismem z dnia 16 lutego 2012 r. skierowanym do spółki (...) zakwestionowała roszczenia wskazane przez spółkę (...) w przedsądowym wezwaniu do zapłaty z dnia 13 lutego 2012 r.

Z kolei pismem z dnia 17 lutego 2012 r. wezwała spółkę (...) do dokonania korekty faktury VAT nr (...) z dnia 10 października 2011 r. na kwotę wynikającą z protokołu odbioru datowanego na dzień 4 października 2011 r., tj. kwotę 317.521,49 zł netto.

Kolejnym pismem z dnia 17 lutego 2012 r., wysłanym spółce (...) pocztą w dniu 20 lutego 2012 r., spółka (...) oświadczyła, że dokonuje potrącenia wskazanych niżej wierzytelności, przysługujących spółce (...) sport wobec spółki (...):

- notę 12/2011 z dnia 4 listopada na kwotę 594.750 zł (z której do potrącenia pozostaje kwota 504.686,86 zł)

- z wierzytelnością spółki (...) wynikającą z faktury VAT nr (...) z 10 października 2011 r. w kwocie 474.946,31 zł, po wystawieniu korekty w kwocie 390.551,43 zł.

Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, co oznacza, że do zapłaty pozostaje kwota 114.135,43 zł na rzecz spółki (...). Pismo podpisała prezes zarządu M. P..

Dowody: pismo z 16.02.2012 r. (k. 176-176v);

pismo z 17.02.2012 r. (k. 177-177v);

pismo z 17.02.2012 r. (k. 649);

wyciąg z pocztowej książki nadawczej (k. 650).

Zarówno spółka (...) jak i Powiat (...) odmówiły uznania roszczenia spółki (...) wskazanego w wezwaniu do zapłaty.

W piśmie z dnia 21 lutego 2012 r. Powiat (...) zakwestionował, ażeby spółka (...) nabyła w ramach realizacji przez spółkę (...) umów nr (...) status podwykonawcy.

W piśmie z dnia 20 lutego 2012 r. spółka (...) powołała się na fakt, że wszystkie należności spółki (...) wobec spółki (...) wygasły na skutek zapłaty bądź potrącenia. Dalej wskazała, że jej status – jako podmiotu solidarnego z mocy art. 647¹ § 5 w zw. z 369 k.c. – upoważnia spółkę do podniesienia z mocy art. 375 § 1 k.c. zarzutu wygaśnięcia zobowiązania spółki (...) wobec spółki (...).

Dowody: pismo z 20.02.2012 r. (k. 187-187v);

pismo z 21.02.2012 r. (k. 188).

Powiat (...) nie nałożył na spółkę (...) żadnych kar umownych w związku z realizacją łączących go z nią umów związanych z modernizacją stadionu lekkoatletycznego w E..

Dowód: zeznania świadka D. W. (k. 1064v-1066v).

Sąd zważył co następuje:

Podstawą prawną powództwa wobec (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. jest art. 647 k.c., natomiast wobec (...) Sportowe spółki akcyjnej w W. oraz wobec Powiatu (...) art. 647 k.c. w zw. z art. 647¹ § 5 k.c.

Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Umowa łącząca spółki (...) jest umową o roboty budowlane. Co do kwalifikacji tej umowy jako umowy o roboty budowlane nie było między stronami niniejszego procesu sporu. W niniejszej sprawie w pierwszej kolejności należało ustalić, czy zasadne są roszczenia dochodzone przez powódkę od pozwanej spółki (...), albowiem od ich zasadności uzależniona jest odpowiedzialność solidarna pozwanych T. i Powiatu (...).

Powódka wskazała w pozwie (karta 12), że niezaspokojone zostały jej należności objęte dwiema fakturami VAT:

- fakturą nr (...), z której do zapłaty pozostało 20.000 zł,

- fakturą nr (...), wystawioną na kwotę 474.946,31 zł.

Suma żądań z tych faktur wynosi 494.946,31 zł i odpowiada kwotom wskazanym w przesądowym wezwaniu do zapłaty z dnia 13 lutego 2012 r. - karta 174.

Powódka domaga się w niniejszym procesie zapłaty wynagrodzenia w wysokości **460.459,14 zł**. Niezgodność między wysokością żądania, wynoszącą 460.459,14 zł, a sumą należności z opisanych wyżej dwóch faktur, wynoszącą 494.946,31 zł, powódka sprostowała ostatecznie w dniu 12 grudnia 2013 r. - na pierwszym posiedzeniu wyznaczonym na rozprawę - wskazując, że żądaniem pozwu objęte jest wynagrodzenie z faktury VAT numer (...), z której powódka dochodzi części należności - kwoty 460.459,14 zł (karta 874).

W pozwie opisując stan faktyczny sprawy oraz wzajemne rozliczenia między powódką i spółką (...) powódka wskazała, że (...) w toku realizacji robót obciążyła powódkę m.in. czterema fakturami VAT o numerach: (...) MAG (...), (...). Zasadność wystawienia tych faktur przez spółkę (...) jest między stronami sporna.

W niniejszym procesie powódka dochodzi kwoty wskazanej w wezwaniu do zapłaty z dnia 13 lutego 2012 r., wynoszącej 494.946,31 zł, po pomniejszeniu o kwotę 34.487,17 zł, ostatecznie żądaniem pozwu objęta jest więc kwota 460.459,14 zł z wystawionej przez powódkę końcowej faktury VAT o numerze (...). Powódka pomniejszyła kwotę z wezwania do zapłaty o następujące należności spółki (...), które łącznie wynoszą 34.487,17 zł:

- z faktury (...) o należność w kwocie 13.454,17 zł,

- z faktury (...) o należność w kwocie 6.273 zł,

- o kwotę 14.760 zł /12.000 netto x 23%VAT/ za zakup mączki ceglanej.

Z kolei stanowisko spółki (...) jest takie, że poza wierzytelnościami z czterech wymienionych wyżej faktur VAT o numerach: (...) MAG (...), (...) przysługuje jej wierzytelność z tytułu kary umownej, w związku z którą spółka (...) wystawiła notę księgową obciążającą M. kwotą 594.750 zł za nieterminową realizację umowy nr (...), na podstawie § 9 ust. 1 lit. a umowy nr (...), w wysokości 1% wynagrodzenia określonego w § 3 umowy za każdy dzień zwłoki w okresie od dnia 1 lipca do 26 lipca 2011 r. (tj. 26 dni po 22.875 zł za 1 dzień). Ponadto (...) uważa, że powódka powinna wystawić fakturę korygującą do faktury nr (...), zmniejszając ją do kwoty 317.521,49 netto (390.551,43 zł brutto).

Spółka (...) potrąciła wierzytelności z wymienionych faktur VAT oraz z noty księgowej z wierzytelnościami powódki składając dwa oświadczenia o potrąceniu:

- **w piśmie z dnia 30 grudnia 2011 r.**, w którym wskazała, że potrąca swoje wierzytelności w łącznej wysokości 93.816,27 zł z faktur VAT nr (...) oraz części wierzytelności z noty księgowej w wysokości 90.063,14 zł z wierzytelnościami powódki wynikającymi z faktur nr (...) (po złożeniu tego oświadczenia spółka (...) uznała, że z tytułu kary umownej pozostaje po jej stronie wierzytelność w wysokości 504.686,86 zł);

- **w piśmie z dnia 17 lutego 2012 r.**, w którym wskazała, że przysługuje jej wierzytelność z tytułu kary umownej w wysokości 504.686,86 zł oraz że wierzytelność tą potrąca z wierzytelnością powódki z faktury VAT nr (...), wystawionej na kwotę 474.946,31 zł, która powinna być skorygowana fakturą korektą do kwoty 390.551,43 zł (po złożeniu tego oświadczenia spółka (...) uznała, że z tytułu kary umownej pozostaje po jej stronie wierzytelność w wysokości 114.135,43 zł).

Mając na uwadze, że żądaniem pozwu objęta jest wyłącznie należność z wystawionej przez powódkę końcowej faktury VAT o numerze (...), z której powódka dochodzi kwoty 460.459,14 zł, rozstrzygnięcie sprawy wymaga rozpatrzenia dwóch kwestii:

1) czy zasadnie (...) domaga się skorygowania faktury nr (...) do kwoty 390.551,43 zł (317.521,49 netto), a więc do kwoty wskazanej w protokole odbioru datowanym na dzień 4 października 2011 r., wyliczonej po dokonaniu odjęć z różnych tytułów w łącznej kwocie 86.613,64 zł;

2) czy skuteczne było oświadczenie o potrąceniu dokonane przez (...) pismem z dnia 17 lutego 2012 r., co sprowadza się do zbadania istnienia po stronie (...) wierzytelności z tytułu kary umownej.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy są natomiast sporne między stronami kwestie dotyczące istnienia po stronie (...) wierzytelności z faktur VAT o numerach (...). Wierzytelności te spółka (...) potrąciła bowiem z należnościami powódki, które nie są dochodzone w niniejszym postępowaniu (jak już wyjaśniono przedmiotem żądania jest wyłącznie część należności z końcowej faktury VAT nr (...)). Tym samym rozstrzygnięcie niniejszej sprawy nie wymaga badania istnienia kontrowersyjnych wierzytelności spółki (...), objętych wymienionymi wyżej czterema fakturami VAT. Dlatego też postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 25 lutego 2014 r. (karta 996 verte) Sąd postanowił pominąć jako nieistotne dla rozstrzygnięcia dowody powołane przez strony procesu dla wykazania następujących okoliczności:

a) zasadności wystawienia przez spółkę (...) faktury VAT nr (...) na kwotę 21.800,50 zł z tytułu: refakturowanie usług - pomiar geodezyjny oraz frezowanie i wyrównanie betonu,

b) zasadności wystawienia przez spółkę (...) faktury VAT nr (...) na kwotę 15 690,95 zł – jako refaktury za naprawę nawierzchni betonowej w E.,

c) zasadności obciążenia powoda przez spółkę (...) fakturą VAT nr (...)(...)(...)G (...) na 29.299,57 zł, obejmującą materiały jakie spółka (...) zamówiła na mocy zamówienia nr ZK 19/06/2011 - (...) budowlany (...) i jego transport,

d) zasadności obciążenia powoda przez spółkę (...) fakturą VAT nr (...) na 27.025,25 zł, tytuł faktury: generalne wykonawstwo od robót dodatkowych zgodnie z § 3 pkt 8 umowy numer (...) z dnia 21 czerwca 2010.

Okoliczności związane z wystawieniem tych faktur, jako nieistotne dla rozstrzygnięcia, nie będą przedmiotem dalszych rozważań Sądu. Dla wyjaśnienia wskazać trzeba, że mimo pomijającego dowody postanowienia z dnia 25 lutego 2014 r. strony w swoich stanowiskach procesowych do końca procesu analizowały sporne między nimi kwestie, dotyczące wymienionych wyżej czterech faktur, oraz podtrzymywały dowody z nimi związane, także dowody z opinii biegłych sądowych, m.in. powoływany przez N. (...) w pkt 7 a i b odpowiedzi na pozew dowód z opinii biegłego sądowego, który miałby badać okoliczności związane z frezowaniem nawierzchni betonowych. Dowody te, jak już wskazano, zostały pominięte jako całkowicie zbędne dla rozstrzygnięcia.

Dla jasności sytuacji, odnoszącej się do stanu wzajemnych rozliczeń powódki i pozwanej (...) wyjaśnić trzeba, że wskazane wyżej oświadczenie pozwanej o potrąceniu, dokonane w piśmie z dnia 30 grudnia 2011 r., nie wywołało skutków w postaci umorzenia przedstawionych do potrącenia przeciwstawnych wierzytelności z uwagi na brak jasno wyrażonej woli spółki (...). W orzecznictwie i doktrynie nie ma wątpliwości co do tego, że skutek w postaci umorzenia wierzytelności nie powstaje w odniesieniu do sumy wierzytelności potrącającego (w rozpoznawanej sprawie potrącającym jest N. (...)). W sytuacji gdy potrącający ma kilka wierzytelności potrącalnych z jedną lub kilkoma wierzytelnościami drugiej strony, musi w swoim oświadczeniu wskazać swoje wierzytelności, których potrącenie ma dotyczyć. W przeciwnym razie jego potrącenie jest bezskuteczne z powodu niedostatecznego wyrażenia zamiaru wywołania skutków prawnych (por. wyrok S.N z dnia 13 października 2006 roku, III CSK 256/2006). Wskazuje się również, że wyboru wierzytelności zgłoszonej do potrącenia winna dokonać osoba, która korzysta z prawa potrącenia. W sytuacji bowiem kiedy do potrącenia zgłasza kwotę przewyższającą wierzytelność drugiej strony, a kwota ta stanowi sumę kilku należności, to strona powołująca się na potrącenia, a nie sąd, winna decydować, która ze zgłoszonych wierzytelności - w razie stwierdzenia ich zasadności - winna ulec umorzeniu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 lutego 2013 r. I ACa 813/12). Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy zauważyć trzeba, że w oświadczeniu o potrąceniu dokonany w piśmie z dnia 30 grudnia 2011 r. (...) (...)

wymieniła swoje wierzytelności (z czterech faktur o łącznej wartości 93.816,27 zł) oraz wierzytelności powódki (z pięciu faktur o łącznej wartości 183.878,41 zł), nie wskazała jednak, z którymi wierzytelnościami powódki mają być potrącane poszczególne wierzytelności pozwanej, stwierdzając jedynie, że obie wierzytelności (a ściślej zsumowane kwoty wierzytelności przeciwstawnych) umorzyły się do wysokości zsumowanych wierzytelności niższych (por. pismo z 30.12.2011 r. oraz wyjaśnienia pozwanej zawarte w odpowiedzi na pozew - karta 470).

Pozostaje rozważyć dwie istotne dla sprawy kwestie, wymienione powyżej, z których pierwsza dotyczy tego, czy faktura nr (...) powinna być skorygowana przez powódkę do kwoty 390.551,43 zł (317.521,49 netto), a więc do kwoty wskazanej w protokole odbioru datowanym na dzień 4 października 2011 r., wyliczonej przez N. (...) po dokonaniu odjęć na łączną kwotę 86.613,64 zł. Dla przypomnienia wskazać trzeba, że N. (...) w protokole datowanym na 4 października 2011 r. (w wersji poprawionej i ostatecznie zaakceptowanej przez zarząd spółki - M. P., karta 151, 920) dokonała w kolumnie "różnica" następujących odjęć :

- zakole trawiaste oraz zagospodarowanie terenu: minus 6000 (nienależycie wykonane, zlecone innemu wykonawcy)
- korty tenisowe : minus 35.433,82 (dostawa materiałów, poprawa wykonania przez innego wykonawcę)
- ogrodzenia: minus 32.379,82 (nie wykonany zakres umowy)
- budynek sanitarno-szatniowy: minus 7.600 (zadaszenie nad wejściem, pochwyty wejścia)
- minus 5.200 (mycie bieżni z powodu źle zabezpieczonej skarpy).

Zgodnie z § 3 ust 4 umowy łączącej (...) i powódkę płatności na rzecz powódki miały następować w terminie 30 dni po wystawieniu faktury VAT na podstawie protokołu odbioru robót (czy to częściowego, czy to końcowego). Protokół odbioru końcowego, opatrzony datą 4 października 2011 r., w istocie nie został w tej dacie podpisany. Treść tego protokołu była bowiem modyfikowana przez strony, które doręczały sobie z kolejnymi listami poprawianą wersję protokołu, za każdym razem datowaną na dzień 4 października 2011 r. Z korespondencji stron wynika jednak, że spór między nimi powstał wyłącznie na dwojakim tle: po pierwsze dotyczył wskazywanej w części tytułowej protokołu daty wykonania robót, po drugie dotyczył odjęć dokonanych przez spółkę (...) w dodanej do protokołu kolumnie "różnica". Nie ma natomiast sporu między stronami co do tego, że spółka (...) odebrała od powódki wykonane zgodnie z umową roboty, o wartości 1.875.005,25 zł netto. Zauważyć trzeba, że umowa łącząca te podmioty przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe, po zmianie umowy dokonanej aneksem nr (...) z dnia 2 września 2010 r. wynagrodzenie ryczałtowe przewidziano w kwocie 1.875.005,25 zł (2.287.506,41 zł brutto). Protokół zaakceptowany przez (...) zawiera w rubryce "wartość robót" kwotę ryczałtowego wynagrodzenia określonego aneksem - tj. 1.875.005,25 zł. Co istotne na odwrocie protokołu sporządzono w formie tabeli zestawienie wartości wykonanych robót, przy czym w kolumnie nr 4 wskazano ilość wykonanych robót narastająco od początku budowy w zakresie procentowym, dla każdego elementu robót. W protokole zapisano ostatecznie, że powódka wykonała 100 % robót dla każdego elementu robót, a więc 100 % robót objętych umową. Zapis ten jest zgodny z zapisem w rubryce "wartość robót", wskazującej 100 % kwoty ryczałtowego wynagrodzenia.

W tym stanie rzeczy przyjąć trzeba, że roboty powódki zostały przez (...) odebrane w całości, co więcej odbiór dotyczył robót o wartości 1.875.055,25 zł netto.

Korespondencja między stronami przebiegała w sposób następujący:

- 1) 4 października - J. B. (1) sporządził protokół (karta 133) i wysłał go dnia 14 października 2011 r. spółce (...) wraz z listem z 14 października 2011 r. (doręczonym 17.10.2011 r.).
- 2) H. K. sporządził protokół (karta 138),

3) 18 października - (...) odesłała protokół J. B. (1) z informacją, że H. K. sporządził protokół, którego treść została wysłana powódce mailem,

4) 24 października - J. B. (1) sporządził obszerne pismo, w którym szczegółowo odniósł się do odjęć dokonanych w protokole H. K. oraz zanegował datę wykonania robót (karta 142-143),

5) 31 października - J. B. (1) sporządził pismo, do którego załączył fakturę VAT nr (...), protokół końcowego odbioru robót, kosztorys wykonania ogrodzenia, na odwrocie protokołu sporządzonego przez H. K. zamieścił adnotację: "Nie wyrażamy zgody na potrącenia i zapisy dokonane w protokole oraz termin wykonania robót 7.04 do 24.04.2011 r. J. B. (1) nie jest właścicielem firmy (...)" (karta 138-138 verte),

6) H. K. sporządził protokół (karta 151, 920), zaakceptowany przez M. P., który różnił się od poprzedniego jedynie dwoma zmianami w kolumnie "różnica" (zadaszenie i pochwył wejścia, mycie bieżni, które odpowiednio zmniejszono do kwot: 7.600 zł i 5.200 zł) - ten protokół zawiera ostatecznie stanowisko spółki (...).

Z opisanego stanu faktycznego wynika, że między stronami nie ma sporu co do faktu dokonania odbioru 100 % robót o wartości odpowiadającej kwocie wynagrodzenia ryczałtowego. Na etapie prowadzenia opisanej korespondencji spór dotyczył: 1) daty zakończenia robót (spór ten ostatecznie został zażegnany przez spółkę (...), która naliczyła powódce kary umowne do dnia 26 lipca 2011 r., przyjmując tę datę za datę zakończenia robót); 2) odjęć dokonanych w kolumnie "różnica". Za datę odbioru 100% robót wykonanych przez powódkę przyjąć należy więc dzień 31 października, w którym J. B. (1) odesłał spółce (...) protokół sporządzony przez H. K., nie akceptując go jedynie w opisanym wyżej zakresie (co tym samym oznacza akceptację w zakresie dokonanej przez H. K. odbioru 100% robót).

Z powyższego wynika, że w tej dacie - w dniu 31 października - zgodnie z § 3 ust 4 umowy powstała podstawa ku temu, aby powódka wystawiła fakturę VAT z terminem płatności trzydziestodniowym, a więc przypadającym na dzień 30 listopada 2011 r., na kwotę wskazaną przez spółkę (...) w protokole odbioru w kolumnie "wartość robót wykonanych w miesiącu", która wynosi 404.135,13 zł netto (497.086,21 zł brutto).

Powódka wystawiła fakturę na niższą kwotę, wynoszącą 386.135,21 zł netto, ponieważ uznała zasadność pomniejszenia kwoty ryczałtowej wynagrodzenia o 17.999,92 zł (wartość niewykonanego ogrodzenia), co wskazywała już w piśmie z dnia 24 października. Protokół odbioru sporządzony przez powódkę w dniu 4 października nie zawiera kolumny "różnica", stąd pomniejszenia o kwotę o 17.999,92 zł powódka dokonała w kolumnach "wartość robót" i "wartość robót w miesiącu" w wierszu "ogrodzenia" - stąd kolumny te jako sumę wartości robót w porównaniu do protokołu spółki (...) wskazują kwotę o 17.999,92 zł netto mniejszą, a więc odpowiednio 1.857.005,33 zł i 386.135,21 zł. Przedmiotem żądania pozwu jest kwota z faktury VAT wystawionej na kwotę 386.135,21 zł netto (474.646,31 zł brutto), tym samym kwota odjęcia dokonanej w kolumnie "różnica" w wierszu "ogrodzenia" o wartości 17.999,92 zł netto nie jest przedmiotem żądania (powódka uznała to pomniejszenie, korygując o tą kwotę zarówno protokół odbioru, jak i fakturę VAT nr (...)).

W pozostałym zakresie powódka neguje pomniejszenia dokonane w kolumnie "różnica". Pozostaje więc rozważyć, czy (...) zasadnie wprowadziła do protokołu odbioru dodatkową kolumnę "różnica", w której dokonała spornych odjęć od wynagrodzenia powódki, będących z kolei podstawą żądania wystawienia przez powódkę faktury korygującej. Analizy wymaga przede wszystkim, jaki jest charakter prawny wpisania tego typu odjęć do protokołu.

Przede wszystkim dostrzec trzeba, że zapisy w kolumnie "różnica" nie są oświadczeniem woli o potrąceniu w rozumieniu art. 499 k.c. (takie oświadczenia (...) składała wobec powódki dwukrotnie, redagując osobne i wyraźnie kierowane na wywołanie skutku ustawowego potrącenia pisma: są to omówione na wstępie pisma z dnia 30 grudnia 2011 r. oraz z dnia 17 lutego 2012 r.).

Analiza stanu faktycznego sprawy, w szczególności korespondencji jaką strony prowadziły w związku z protokołem odbioru w październiku 2011 r. wskazuje natomiast na to, że (...) uznała, iż przysługują jej wierzytelności, których wartość wpisała w protokole w kolumnie "różnica", po czym przystąpiła do rozmów z powódką, których celem miało

być zgodne z wolą obu stron pomniejszenie wynagrodzenia o określone kwoty. Istotne jest to, że (...) w żadnym piśmie kierowanym do powódki nie wskazała z jakich tytułów dokonała odjęć poszczególnych kwot w protokole, np. że przysługują jej roszczenia odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania bądź też niewykonania umowy przez powódkę, czy też że (...) realizuje roszczenia chociażby z rękojmi. Zamiast tego w piśmie z 18 października 2011 r. (karta 139) (...) zawarła prośbę, aby M. "po uzgodnieniu" protokołu odbioru z kierownikiem H. K. odesłała go wraz z fakturą na adres (...). Użyty w tym piśmie przez (...) zwrot "po uzgodnieniu" świadczy o tym, że spółka ta zamierzała negocjować z powódką wartość odjęć dokonanych w kolumnie "różnica". Zapisy w tej kolumnie należy więc potraktować jako propozycję zawarcia umowy potrącenia. Świadczy też o tym dalszy przebieg zdarzeń: strony prowadziły bowiem negocjacje zmierzające do ustalenia treści tej umowy, prowadząc opisaną wyżej korespondencję, w ramach której powódka w piśmie z dnia 24 października nie zgodziła się na zawarcie tej umowy w żadnym zakresie objętym odjęciami w kolumnie "różnica", po czym (...) ostatecznie przedstawiła korzystniejszą dla powódki niż pierwotna propozycję zawarcia umowy (pomniejszając w ostatnim protokole w kolumnie "różnica" należności za zadaszanie i pochwyty wejścia oraz mycie bieżni, odpowiednio do kwot: 7.600 zł i 5.200 zł; karta 151, 920).

Dopuszczalność potrącenia umownego jest w orzecznictwie i doktrynie niekwestionowana. Przyjmuje się, że umowa nienazwana przewidująca wzajemne potrącenie jest umową wzajemną, konsensualną, zobowiązującą i kauzalną, dochodzi bowiem do skutku obligandi vel aquirendi causa, że podstaw dopuszczalności jej zawarcia należy poszukiwać w immanentnej właściwości wierzytelności, jaką jest możliwość rozporządzania nią, a także w zasadzie swobody umów, wyrażonej przez przepis art. 353¹ k.c. Uznaje się również, że strony mogą dowolnie kształtować zakres potrącenia oraz że w sytuacji braku odmiennych postanowień stron potrącenie umowne wywiera ten sam skutek, co potrącenie ustawowe, polegający na umorzeniu wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej. Podkreśla się również, że kauzalny charakter potrącenia umownego oznacza, iż oczekiwany skutek czynności może powstać pod dwoma warunkami: rzeczywistego istnienia obu wierzytelności i wzajemności w ich umorzeniu. Z natury prawnej kompensaty umownej wynikają dwie podstawowe konsekwencje: po pierwsze istnienie wierzytelności podlegających kompensacie podlega udowodnieniu na warunkach określonych przez prawo procesowe; po drugie - skoro strony mogą w sposób dowolny określić zakres kompensaty, i zakres ten określą, będzie on dla nich wiążący (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2007 r., III CSK 106/07 i powołane tam orzecznictwo).

W rozpoznawanej sprawie korespondencja prowadzona między stronami wskazuje na to, że (...) zaproponowała potrącenie umowne dokonując zapisów w protokole w kolumnie "różnica", powódka odpowiedziała na tą propozycję, (...) odpowiedziała pomniejszając w kolumnie "różnica" należności za zadaszanie i pochwyty wejścia oraz mycie bieżni, powódka propozycji tej nie przyjęła i ostatecznie do zawarcia umowy potrącenia nie doszło. Strony prowadziły więc negocjacje zmierzające do ustalenia postanowień umowy potrącenia, które zakończyły się niepowodzeniem (brakiem zgodnych oświadczeń).

Podkreślić należy, że stanowisko powódki co do odmowy zgody na potrącenie umowne, dotyczące wierzytelności wymienionych przez (...) w kolumnie "różnica", jest wyraźne i nie budzi żadnych wątpliwości. We wszystkich pismach przedprocesowych i procesowych powódka podkreślała, że wierzytelności wymienionych w kolumnie "różnica" (oprócz części kwoty za ogrodzenia) nie uznaje i na ich potrącenie nie wyraża zgody. Takie stanowisko zawarte zostało zarówno w piśmie powódki z 24 października 2011 r., jak i w piśmie z 31 października 2011 r., gdzie powódka wprost oświadczyła: "nie akceptujemy daty zakończenia robót oraz potrąceń i zapisów zawartych w przedłożonym przez nas protokole odbioru robót", wskazując jednocześnie, że jedynie wynagrodzenie za ogrodzenie zostało pomniejszone przez powódkę o wartość 17.999,92 zł, co nastąpiło jeszcze przed przedstawieniem powódce protokołu spółki (...) z odjęciami w kolumnie "różnica". Ta uznana przez powódkę kwota odjęcia za ogrodzenie została przez nią rozliczona - jak wspomniano już wcześniej - poprzez pomniejszenie o kwotę o 17.999,92 zł netto w kolumnach "wartość robót" i "wartość robót w miesiącu" w wierszu "ogrodzenia" protokołu odbioru końcowego i tym samym wystawienie końcowej faktury nr (...) na kwotę o 17.999,92 zł mniejszą niż ryczałtowa wartość robót, wskazana w protokole odbioru sporządzonym przez (...). Ta kwota nie jest objęta żądaniem pozwu, co już wyjaśniono.

Powódka w piśmie z 24 października 2011 r. zaakceptowała natomiast inną wierzytelność pozwanej (...) wierzytelność z tytułu kosztów frezowania do kwoty 46.038,27 zł (por. pismo z 24 października ostatnia strona, gdzie powódka odwołuje się do notatki z dnia 1 czerwca 2011 r. oraz pisma z dnia 14 czerwca 2011 r.). Jak już wyjaśniono na wstępie powódka nie żąda w niniejszym procesie należności z tych faktur wystawionych przez powódkę, z którymi (...) potrąciła faktury wystawione za frezowanie, tym samym istnienie oraz wysokość wierzytelności związanej z frezowaniem pozostaje poza przedmiotem rozważań Sądu. Uznanie kosztów frezowania do kwoty 46.038,27 zł nie ma wpływu na wynik niniejszego procesu.

Tym samym (...) niezasadnie domaga się (w piśmie z 17 lutego 2012 r. zawierającym oświadczenie o potrąceniu kary umownej oraz w odpowiedzi na pozew) korekty wystawionej przez powódkę końcowej faktury nr (...) poprzez pomniejszanie jej o kwoty odjęć zaproponowane (w skorygowanym protokole) przez (...).

Nie została zawarta umowa potrącenia, brak jest podstawy prawnej pozwalającej przyjąć, że faktura wystawiona przez powódkę wyraża się kwotą zawyżoną. Powódka zasadnie domaga się zatem w niniejszym procesie zapłaty należności z końcowej faktury VAT nr (...) (przy czym żądaniem pozwu objęta jest tylko część należności z tej faktury).

Dodatkowo wskazać trzeba, że (...) nie udowodniła istnienia wierzytelności wymienionych w kolumnie "różnica". Już w piśmie z dnia 24 października 2011 r. powódka wskazywała, że poszczególne zapisy w kolumnie "różnica" nie zawierają niezbędnych szczegółowych wyliczeń potwierdzających ich zasadność. Jak już wspomniano w październiku 2011 r. (...) nie przedstawiła powódcie żadnego pisma wskazującego na podstawę faktyczną i prawną odjęć dokonanych w kolumnie "różnica".

Dopiero w toku niniejszego procesu, w odpowiedzi na pozew, (...) przedstawiła okoliczności faktyczne związane z powstaniem poszczególnych wierzytelności.

Analizując stan faktyczny niniejszej sprawy przede wszystkim dostrzega się, że - jak wynika z pism przedprocesowych oraz z odpowiedzi na pozew - (...) nie realizowała uprawnień z rękojmi (do umowy o roboty budowlane stosuje się przepisy o rękojmi przy sprzedaży, do których odsyła art. 656 § 1 w zw. z art. 638 § 1 k.c., przy czym w rozpoznawanej sprawie obowiązują przepisy sprzed zmian wprowadzonych ustawą z dnia 30 maja 2014 r., umowa została bowiem zawarta przez strony w 2010 r.). W myśl obowiązującego w dacie zawarcia umowy art. 637 § 1 k.c. w przypadku wystąpienia wad (zarówno istotnych, jak i nieistotnych) inwestor może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu wykonawcy odpowiedni termin, w przypadku wad istotnych i nieusuwalnych oraz w przypadku wad istotnych i usuwalnych, których wykonawca nie usunął w terminie - inwestor może od umowy odstąpić, natomiast w wypadku nieusunięcia wad nieistotnych albo niemożności ich usunięcia powstaje uprawnienie do żądania obniżenia wynagrodzenia w „odpowiednim stosunku” do obniżenia wartości obiektu budowlanego z powodu tych wad. (...) nie realizowała jednak uprawnień z rękojmi, stąd też nie dziwi, iż aktywność dowodowa spółki (...) w niniejszym procesie nie była skierowana na wykazanie wysokości kwoty tak rozumianego obniżenia wynagrodzenia. Nie budzi wątpliwości, że udowodnienie tych okoliczności wymagałoby wiadomości specjalnych. Takich dowodów spółka (...) nie przedstawiła w toku niniejszego procesu. (...) powołała wprawdzie dowód z opinii biegłego w pkt 7 odpowiedzi na pozew, jednak wniosek w pkt 7 c i d został cofnięty, z kolei wniosek powołany w punkcie 7 a i b dotyczył ustalenia faktów związanych z roszczeniem (...) związanym z frezowaniem wadliwie wykonanej przez powódkę podbudowy betonowej, wysokość tego roszczenia - co już wcześniej wyjaśniano - nie ma jednak wpływu na rozstrzygnięcie sprawy niniejszej. Dowód z opinii biegłego na okoliczności wskazane w punkcie 7 a i b odpowiedzi na pozew nie został więc przeprowadzony. Dopuszczony natomiast został dowód z opinii biegłego z pkt 7 e odpowiedzi na pozew (o czym będzie mowa niżej).

Stanowisko spółki (...) wskazuje natomiast na to, że uważa ona, iż w sytuacji, w jakiej powódka nie wykonała czynności, które zdaniem (...) powinna była wykonać w ramach usunięcia wad wykonywanego obiektu budowlanego, (...) uzyskała uprawnienie do zlecenia wykonawcom zastępczym czynności związanych z usuwaniem tych wad na koszt powódki. Powyższe wynika po pierwsze z pism spółki (...) z dnia 1 września i z dnia 13 września (karta 606, 612), w których spółka ta wymieniła usterki wskazane w protokole odbiorowym (podpisanym przez Powiat (...)

i spółkę (...)), wezwała powódkę do ich usunięcia oraz wskazała, że w przypadku ich nieusunięcia czynności te zostaną zlecone innym firmom na koszt powódki; po drugie wynika to z treści zapisów dokonanych w kolumnie "uwagi i zastrzeżenia" protokołu odbioru, gdzie wskazuje się, że odjęcia zostały dokonane na skutek nienależytego wykonania bądź częściowego niewykonania umowy przez powódkę i zlecenia określonych prac innym (zastępczym) wykonawcom.

Takie stanowisko nie znajduje jednak żadnych podstaw prawnych. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy spółce (...) nie przysługuje roszczenie o zwrot kosztów usunięcia ewentualnych wad, którego podstawy prawnej można byłoby doszukiwać się w art. 480 § 3 k.c. Wykonanie zastępcze, przewidziane w art. 480 § 1 k.c., jest surogatem świadczenia. Dla jego przeprowadzenia niezbędne jest uzyskanie przez wierzyciela upoważnienia sądowego. W art. 480 § 3 k.c. przewidziano wyjątek od powyższej reguły, zgodnie z którym w wypadkach nagłych wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, wykonać bez upoważnienia sądu czynności na koszt dłużnika lub usunąć na jego koszt to, co dłużnik wbrew zobowiązaniu uczynił. Przez "nagłe wypadki" rozumieć należy sytuacje awaryjne, w szczególności niosące zagrożenie dla życia, zdrowia lub grożące poważną szkodą w mieniu (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 6 września 2005 r. VI ACa 1087/2004, niepubl.). Oceny, czy zachodzi "nagły wypadek" dokonuje wierzyciel, czyniąc to na własne ryzyko (przy czym przyjmuje się, że "nagłości" nie można interpretować rozszerzająco). Na wierzycielu ciąży dowód "nagłości wypadku".

(...) nie wykazała w okolicznościach niniejszej sprawy "nagłości wypadku", co wyłącza jej stronie możliwość powołania się na art. 480 § 3 k.c.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia tej kwestii ma jednak to, że w orzecznictwie na gruncie umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane przyjęty został pogląd, wyrażony m.in. w uchwale z dnia 15 lutego 2002 r. (III CZP 86/01) oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2008 r. (IV CNP 147/07), gdzie wskazano, że: "Jeżeli przyjmujący zamówienie nie usunął skutecznie wad dzieła w wyznaczonym terminie (art. 637 § 1 k.c.), zamawiający nie może żądać upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie (art. 480 § 1 k.c.)". W powołanej wyżej uchwale Sąd Najwyższy uznał, że samodzielne uregulowanie rękojmi za wady dzieła w zasadzie wyłącza stosowanie do tej instytucji przepisów ogólnych o skutkach niewykonania zobowiązań (art. 471-486 k.c., w tym art. 480 k.c.). Ponadto Sąd Najwyższy wskazał, że artykuł 480 § 1 k.c. dotyczy zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania, przepisy zawarte w dziale kodeksu cywilnego "Skutki niewykonania zobowiązań", w którym zamieszczony jest art. 480 § 1, rozróżniają jednakże niewykonanie zobowiązania i nienależyte wykonanie zobowiązania. Przyjmujący zamówienie, który w wykonaniu zobowiązania usunięcia wad dzieła (art. 637 § 1 k.c.) przystąpił do naprawy, ale w wyznaczonym terminie skutecznie wad nie usunął, nienależycie wykonał zobowiązanie. Do przypadku tego art. 480 § 1 k.c. nie znajduje zatem zastosowania, skoro przepis ten nie odnosi się do nienależytego wykonania zobowiązania, tylko do niewykonania zobowiązania. Dalej Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że "Jeżeli realizacja uprawnienia zamawiającego do upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie miałyby oznaczać każde wykonanie zastępcze, bez względu na wysokość jego kosztów, to przyjmujący zamówienie zostałby pozbawiony ochrony, którą zapewnia mu art. 637 § 1 zdanie drugie k.c., przyznający mu prawo odmowy naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów. Przyjęcie dopuszczalności takiego wykonania zastępczego byłoby więc sprzeczne z ustawą".

Podzielając stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy wskazać trzeba, że w okolicznościach niniejszej sprawy spółka (...) niezasadnie uważa, że po jej stronie powstały wierzytelności z tytułu zwrotu kosztów wykonania zastępczego, które spółka ta wpisała w kolumnie "różnica" protokołu odbioru i uczyniła przedmiotem negocjacji zmierzających do umownego potrącenia.

Wyżej przedstawione rozważania uzasadniają bezpodstawność żądania spółki (...) w przedmiocie wystawienia przez powódkę faktury korygującej fakturę numer (...) o kwoty odjęć dokonanych w kolumnie "różnica".

Dla wyczerpania tematu odnieść trzeba się do poszczególnych wierzytelności spółki (...), wymienionych w protokole odbioru w kolumnie "różnica". Dotyczyły one kolejno następujących zagadnień:

1. zakole trawiaste oraz zagospodarowanie terenu - 6000 zł - tytuł wierzytelności z tego tytułu (...) opisała jako "nienależycie wykonane, zlecone innemu wykonawcy".

Powódka w piśmie z dnia 24 października wskazała, że nie zgadza się z pomniejszeniem o kwotę 6.000 zł, albowiem tereny te zostały zniszczone przy układaniu nawierzchni poliuretanowej przez (...), a nadto strony ustaliły pismem z dnia 7 lipca 2011 r., że to (...) wykona czynności związane z odtworzeniem zniszczonych terenów zielonych. W odpowiedzi na pozew (...) wskazała, że zagospodarowanie terenu należało do powódki, powódka wykonała te czynności "niechlujnie", podwykonawcy spółki (...): spółka (...) oraz PHU (...) naprawili te prace na zlecenie spółki (...), następnie obciążając ją fakturami odpowiednio na kwoty: 4.901 zł brutto oraz 2.349,30 zł brutto.

Wierzytelność spółki (...) nie została wykazana ani co do zasady, ani co do wysokości. Jak już wyjaśniono (...) nie realizowała uprawnień z rękojmi, natomiast roszczenie o zwrot kosztów wykonania zastępczego w okolicznościach niniejszej sprawy nie powstało. Ponadto słusznie powódka zauważyła, że w piśmie z dnia 7 lipca 2011 r. (...) zobowiązała się sama wykonać prace przy odtworzeniu zieleni w miejscu, gdzie stoją beczki z poliuretanem. Z powyższego wynika, że zasadnie powódka zarzuca, iż tereny zielone zostały (przynajmniej w części) zniszczone przez (...) przy układaniu nawierzchni poliuretanowej. Nie ma podstaw, aby kosztami tych prac obciążać powódkę. Nieudowodniona jest tym samym wysokość ewentualnej wierzytelności z tego tytułu. Z przedstawionych przez powódkę faktur VAT wystawionych przez T. oraz PHU (...) nie wynika, czy są to faktury wystawione w ramach wykonania zastępczego, czy też (przynajmniej w części) za wykonanie prac w tym miejscu, gdzie (...) zgodnie z pismem z 7 lipca 2011 roku - zobowiązała się sama wykonać prace przy odtworzeniu zieleni i tym samym nie może żądać zapłaty za ich wykonanie.

2. korty tenisowe - 35.433,82 zł - tytuł wierzytelności z tego tytułu (...) opisała jako: "dostawa materiału, poprawa wykonania przez innego wykonawcę".

Powódka w piśmie z dnia 24 października oraz w pozwie wyjaśniła, że w czasie wykonywania robót strony umówiły się, iż (...) dokona zakupu mączki ceglanej, a następnie wystawi refakturę VAT, która będzie podstawą zapłaty ze strony powódki (wartość zakupionej przez (...) mączki wynosi zgodnie z twierdzeniami powódki 12.000 zł netto). Powódka wywiodła, że kwota ta nie powinna być objęta pomniejszeniem dokonany w protokole końcowego odbioru robót, ale strony powinny rozliczyć się za zakup mączki osobno, po wystawieniu refaktury. (...) refaktury ostatecznie nie wystawiła. Prawdziwość twierdzeń powódki w tym temacie potwierdza pismo z dnia 1 lipca 2011 r., w którym (...) odnosi się do ustaleń dokonanych przez kierownika H. K. i J. B. (1) dotyczących refakturowania zakupu tej mączki na powodową spółkę. Wobec braku refaktury przyjąć trzeba, że roszczenie spółki (...) o zapłatę za mączkę jest przedwczesne. Niezależnie od tego zauważyć trzeba, że żądaniem pozwu objęta jest należność z wystawionej przez powódkę faktury końcowej pomniejszona m.in. o cenę zakupionej przez spółkę (...) mączki ceglanej o wartości 12.000 zł netto (co wyjaśniono na wstępie rozważań).

Dla sprawy istotne jest jednak, że z treści odpowiedzi na pozew wynika, iż pomniejszenie dokonane przez pozwaną w kolumnie "różnica" nie dotyczy wcale tej mączki ceglanej, do której odnosi się powódka i która miałaby być przedmiotem umówionego przez strony refakturowania (potwierdzonego pismem z 1 lipca 2011 r.). Pomniejszenie to - jak twierdzi (...) dotyczy kosztów wykonania zastępczego w ramach usuwania wad kortów tenisowych zgłoszonych przez inwestora - w tym kosztów zakupu i transportu mączki ceglanej dla potrzeb usunięcia wad, zgodnie z fakturami wystawionymi w dniach 13 września, 14 września, 10 października 2011 r., na kwoty: 369 zł, 1.254,60 zł, 1.869,60 zł.

Wierzytelność spółki (...) z tego tytułu nie została wykazana ani co do zasady, ani co do wysokości. Jak już wyjaśniono wcześniej po stronie spółki (...) w okolicznościach niniejszej sprawy nie powstało roszczenie o zwrot kosztów wykonania zastępczego.

Przede wszystkim nie zostało jednak udowodnione, że prace przy kortach tenisowych zostały wykonane przez powodową spółkę wadliwie i wymagały podjęcia czynności, które ostatecznie wykonała (...) zgodnie z zaleceniami inwestora. Powiat (...) w czasie czynności odbiorowych z udziałem spółki (...) zgłosił zastrzeżenia dotyczące twardości

nawierzchni kortów, (...) jako podwykonawca spółki (...) ostatecznie dostosowała się do zaleceń inwestora, aby - jak twierdzi - dochować terminów umownych. Powódka (podobnie jak spółka (...)) nie była zgłoszona wobec władz powiatu jako podwykonawca, nie uczestniczyła więc w odbiorze robót w dniu 1 sierpnia 2011 r., który był czynnością dokonaną między Powiatem (...) i spółką (...). Tym samym powódka w czasie odbioru nie mogła zgłosić swojego stanowiska co do istnienia (bądź braku) ewentualnych wad. Powódka zaprzecza temu, że nawierzchnia kortów została wykonana wadliwie, a strona pozwana nie przedstawiła dowodów wskazujących na istnienie wad w tym zakresie. Istnienia wad nie dowodzi protokół odbioru końcowego z 1 sierpnia 2011 r., dokument ten, zgodnie z art. 245 k.p.c., stanowi jedynie dowód tego, że osoby które go podpisały, a więc przedstawiciele powiatu oraz spółki (...), złożyły oświadczenia w nim zawarte. Istnienie tej wady wymaga przeprowadzenia analizy z zastosowaniem wiedzy specjalnej, dowodów w tym kierunku pozwana nie naprowadziła.

Tym samym wierzytelność (...) w wysokości 35.433,82 zł, opisana w wierszu "korty tenisowe" jako: "dostawa materiału, poprawa wykonania przez innego wykonawcę" nie została przez pozwaną udowodniona.

3. ogrodzenia - 32.379,82 zł - tytuł wierzytelności z tego tytułu (...) opisała jako: "niewykonany zakres umowy".

Powódka w piśmie z dnia 24 października przyznała, że w czasie wykonywania robót powstał kosztorys robót zamiennych dotyczących ogrodzenia oraz że wartość robót, jakie wykonała powódka, uległa zmniejszeniu o kwotę 17.999,92 zł, o którą powódka pomniejszyła kwotę faktury końcowej. Według twierdzeń powódki wykonała ona całość robót, która została powódce zlecona umową i aneksem. W odpowiedzi na pozew (...) wywiodła, że powódka części ogrodzenia nie wykonała.

Z materiału dowodowego wynika, że w czasie wykonywania umowy wielokrotnie powstawały kosztorysy zamienne dotyczące ogrodzenia. Świadek T. G. wyjaśnił, że między kosztorysem ofertowym a kosztorysem ostatecznym powstało 6 kosztorysów, kosztorys siódmy w kolejności był kosztorysem ostatecznym. (...) wykazała, że prace przy ogrodzeniu wykonywali również inni niż powódka podwykonawcy, nie oznacza to jednak automatycznie, że podwykonawcy ci wykonywali prace zastępcze za powódkę, wykonywane przez nich prace mogły być bowiem nie objęte umową łączącą powódkę i spółkę (...). Skoro (...) twierdzi, że powódka nie wykonała całości robót, które zostały jej zlecone zgodnie z umową i aneksem, powinna ten fakt udowodnić. Dokładne rozliczenie robót dotyczących ogrodzenia, a w szczególności ustalenie, czy prace wykonane przez powódkę obejmują całość robót objętych umową łączącą powódkę i spółkę (...), wymaga wiedzy specjalnej, a więc powołania dowodu z opinii biegłego, który poddałby dokładnej analizie łączącą strony umowę, kosztorysy zamienne oraz dokumentację powykonawczą. Dowodów zmierzających do wykazania tych okoliczności pozwana nie naprowadziła. Tym samym nie udowodniła, że posiada wobec powódki wierzytelność przewyższającą kwotę 17.999,92 zł z tytułu niewykonanego przez powódkę zakresu umowy obejmującego prace przy ogrodzeniach.

4. budynek sanitarno-szatniowy - 7600 zł - tytuł wierzytelności z tego tytułu (...) opisała jako: "zadaszenie nad wejściem, pochwyty wejścia".

W zakresie tych prac stanowisko powódki jest takie, iż wykonanie zadaszenia nad wejściem oraz pochwyty wejścia nie były ujęte w przedmiarze robót, jak również prace te nie były przewidziane w części opisowej projektu i specyfikacji technicznej robót, tym samym zdaniem powódki wykonanie tych elementów nie było objęte umową łączącą powódkę i spółkę (...). W czasie rozprawy strony okazywały na rysunkach projektowych elewacji budynku znaki graficzne w postaci kresek i łuku, które mimo braku jakiegokolwiek opisu miałyby (zdaniem strony pozwanej) wskazywać na obowiązek wykonania daszku oraz pochwyty wejścia. Pozwana (...) wywodziła bowiem, że oba te elementy zostały zaprojektowane w projekcie technicznym branży budowlanej w części rysunkowej projektu, dalej wskazywała, że skoro rysunek przewiduje wykonanie tych elementów, to powinna wykonać je powódka. Dalej (...) wskazała, że wykonała "za powódkę" te dwa elementy, a ściślej wykonał je podwykonawca spółki (...), który z tego tytułu wystawił dwie faktury: na kwotę 2300 zł oraz na kwotę 5200 zł.

Z uwagi na to, że między stronami powstał spór co do tego, czy projekt przewidywał wykonanie daszku i pochwyty, a rozstrzygnięcie tej okoliczności wymagało wiadomości specjalnych, dopuszczony został powołany przez stronę

pozwaną dowód z opinii biegłego sądowego (pkt 7 e odpowiedzi na pozew spółki (...)), którego tezę objęte zostało ustalenie, czy projekt budowlany zawierał obowiązek wybudowania i zamontowania daszku nad schodami wejściowymi do budynku i pochwyty przy wejściu.

Biegły sądowy w swojej opinii stwierdził, że część rysunkowa projektu, mimo braku precyzji, zawiera oznaczenia graficzne pozwalające na stwierdzenie, że obiekt winien być wyposażony w daszek nad drzwiami wejściowymi oraz barierę z pochwytem na wejściu do budynku. Jednocześnie zauważył, że brak jest informacji dotyczącej rozwiązań materiałowych w tym zakresie zarówno w części opisowej, jak i rysunkowej, co stanowi uchybienie ze strony projektanta.

W tych okolicznościach nie ma podstaw aby przyjąć, że obowiązek wykonania spornych elementów spoczywał na powódce. Niespornym jest, że powódka nie wykonywała elewacji zewnętrznej budynku, oraz że daszek i pochwyty nie były ujęte w jej przedmiarze robót.

Zgodnie z art. 647 k.c. obowiązkiem inwestora jest dostarczenie projektu budowlanego, z kolei obowiązkiem wykonawcy - stosownie do art. 649 k.c. - jest wykonanie wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Powódka otrzymała projekt budowlany od spółki (...) (a ta z kolei od spółki (...) jako generalnego wykonawcy), projekt ten - jak wynika z opinii biegłego sądowego - był jednak niekompletny, zawierał jedynie znaki graficzne, które biegły uznał za rysunki dwóch spornych elementów, ale nie zawierał ich opisu, niezbędnego do realizacji umowy w tym zakresie. Wątpliwości co do tego, czy projekt przewidywał wykonanie spornych elementów, były uzasadnione, wymagana była opinia biegłego sądowego aby stwierdzić, czy znaki graficzne (w postaci łuku i kresek), nieopatrzone żadnymi opisami, mogą być zakwalifikowane jako rysunki spornych elementów, a w dalszej kolejności czy można przyjąć, że projekt w ogóle przewidywał wykonanie tych elementów.

Obowiązki wykonawcy w przypadku, gdy dostarczona przez inwestora dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, określa art. 651 k.c. W przepisie tym ujęty został tzw. obowiązek informacyjny. W orzecznictwie podkreśla się (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 23 kwietnia 2013 r., I ACa 133/13), że z art. 651 k.c. nie da się co prawda wywieść obowiązku szczegółowego sprawdzania projektu budowlanego, jednakże nie zwalnia to wykonawcy z obowiązku zwrócenia inwestorowi uwagi na wadliwość projektu, którą wykonawca dostrzegł lub powinien był dostrzec. Jeżeli wykonawca, zachowując szczególną staranność wymaganą od przedsiębiorcy zajmującego się wykonawstwem budowlanym miał możliwość dostrzeżenia wadliwości projektu bez potrzeby odwoływania się do wiadomości specjalnych, jakimi dysponuje projektant, lecz tego zaniechał, to wówczas odpowiada za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem zobowiązania, którego elementem jest obowiązek informacyjny wynikający z art. 651 k.c. W orzecznictwie podkreśla się również, że roszczenie odszkodowawcze powstaje przy spełnieniu przesłanek z art. 471 k.c., przepis art. 651 k.c. nie stanowi bowiem samodzielnej podstawy odpowiedzialności wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie potrzebne były wiadomości specjalne aby stwierdzić, czy rysunki graficzne w postaci łuku i kresek mogą być uznane za objęty projektem budowlanym obowiązek wykonania daszku i pochwyty (dowód ten powołała strona pozwana), przy czym biegły stwierdził wadliwość projektu w tym zakresie. Okoliczność ta stwierdzona została dopiero w toku niniejszego procesu. Mając na uwadze wskazany wyżej pogląd Sądu Apelacyjnego przyjąć więc trzeba, że w okolicznościach tej sprawy wykonawca (powódka) nie odpowiada za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem zobowiązania, którego elementem jest obowiązek informacyjny wynikający z art. 651 k.c. Fakt, że spółka (...) wykonała daszek i pochwyty i tym samym uznała żądania inwestora w tym zakresie nie oznacza samorzutnie, iż powódka wyrządziła spółce (...) szkodę odmawiając wykonania żądanych przez inwestora, objętych wadliwie wykonanym projektem budowlanym, elementów, tym bardziej, że jak wynika z protokołu z dnia 29 czerwca 2011 r. dyrektor szkoły zdawała sobie sprawę z wadliwości dokumentacji projektowej. Z materiału dowodowego nie wynika, aby powódka kiedykolwiek otrzymała poprawiony projekt budowlany, a więc projekt uzupełniony o informacje dotyczące rozmiarów i materiałów spornych elementów. Ugodowa postawa spółek (...) wobec inwestora, sprowadzająca się do wykonywania wszystkich żądań inwestora, bez weryfikacji ich zasadności, nie może prowadzić

do obciążania powódki kosztami "wykonawstwa zastępczego", realizowanego przez spółkę (...) po to, aby dochować terminów umownych wiążących spółkę (...).

5. Mycie bieżni z powodu źle zabezpieczonej skarpy - kwota 5.200 zł.

Powódka zakwestionowała należność z tego tytułu wskazując, że skarpa została prawidłowo wykonana, natomiast bieżnia została zabrudzona przez pracowników (...) przy wymianie piasku w zeskoczeniach do skoku w dal.

W odpowiedzi na pozew (...) wskazała, że powódka nieprawidłowo wykonała skarpy, co spowodowało, że w czasie opadów deszczu osunęła się ziemia na nawierzchnie poliuretanową wykonywanej przez (...) bieżni. Inwestor przy odbiorze domagał się umycia bieżni, co (...) wykonała poprzez swojego podwykonawcę R. K. i zapłaciła za tę usługę kwotę 5200 zł netto.

Wierzytelność spółki (...) z tego tytułu, oparta o art. 471 k.c., jest nieuzasadniona. Na stadionie wykonywane były prace przez wielu podwykonawców, nie tylko przez powódkę. Zasadne są więc uwagi powódki co do tego, że bieżnia mogła być zabrudzona przez pracowników wykonujących prace przy innych elementach boiska, na przykład przez pracowników wykonujących zeskoczenie do skoku w dal. Nawet jeżeli część bieżni była zanieczyszczona spływającą ziemią ze skarpy, brak jest podstaw do przyjęcia, że powódka poprzez nienależyte wykonanie zobowiązania spowodowała szkodę wyrażającą się kwotą odpowiadającą kosztom umycia wszystkich zanieczyszczeń bieżni (też tych, za które odpowiadają inni podwykonawcy). Co więcej (...) nie wykazała, jaki jest koszt umycia bieżni w zakresie zabrudzeń spowodowanych spływającą ziemią ze skarpy. (...) umówiła się ze swoim podwykonawcą, że za ułożenie kostki polbruk oraz prace porządkowe, w tym umycie całej bieżni, zapłaci 28.389,62 zł (przy czym w zleceniu wyszczególniono kwotę 5.200 zł netto jako należność za umycie bieżni), faktura została jednak ostatecznie wystawiona przez podwykonawcę na kwotę 14.514 zł (11.800 zł netto) ze wskazaniem, że obejmuje ona wynagrodzenie za ułożenie kostki polbrukowej z podbudową oraz prace porządkowe na stadionie. Tytuł faktury nie wymienia mycia bieżni. Z powyższego wynika, że albo nie było potrzeby wykonania w całości objętych zleceniem prac (np. umycia całej bieżni), albo strony (...) i jej podwykonawca) zmieniły treść łączącej ich umowy znacznie obniżając wynagrodzenie za objęte zleceniem roboty. W każdym z tych przypadków brak jest podstaw aby przyjąć, że (...) udowodniła, iż została obciążona wynagrodzeniem za prace polegające na myciu bieżni (z zabrudzeń spowodowanych spływającą ziemią ze skarpy) w wysokości 5.200 zł netto. Nie można tego uznać za udowodnione w sytuacji, gdy faktura za prace wycenione na kwotę 28.389,62 zł została wystawiona jedynie w kwocie 14.514 zł, przy czym nie wiadomo, czy w kwocie tej zawiera się 5.200 zł netto za mycie bieżni, tym bardziej, że usługi mycia bieżni nie wymieniono w opisie faktury.

Podsumowując wskazać trzeba, że (...) nie udowodniła, iż powstały podstawy do wystawienia przez powódkę faktury korygującej (obniżającej) wysokość wynagrodzenia objętego fakturą końcową numer (...) do kwoty 390.551,43 zł (317.521,49 netto). Nie doszło między stronami do zawarcia umowy potrącenia obejmującej kwotę wskazane przez pozwaną w kolumnie "różnica", co więcej pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności, które miałyby być przedmiotem umownego potrącenia. Pozwana nie realizowała uprawnień z rękojmi, nie wykazała wysokości ewentualnych roszczeń z tego tytułu, do czego potrzebne są wiadomości specjalne (dowód z opinii biegłego), ponadto pozwanej nie służy roszczenie o zwrot kosztów wykonania zastępczego, co więcej nie udowodniła ona faktu powstania poszczególnych wierzytelności opisanych w kolumnie "różnica" co do zasady i co do wysokości.

Pozostaje rozważyć kolejną istotną dla sprawy kwestię - czy skuteczne było oświadczenie o potrąceniu dokonane przez (...) pismem z dnia 17 lutego 2012 r. - co sprowadza się do zbadania istnienia po stronie (...) wierzytelności z tytułu kary umownej.

Uprawnienie do obciążenia powódki karą umowną (...) wywodzi z normy art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. oraz z § 9 ust. 1 a w zw. z § 3 ust. 1 umowy zmienionej aneksem nr (...). Kara zastrzeżona w umowie wynosi 1 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia upływu terminu wykonania przedmiotu zamówienia. Żądanie pozwu obejmuje karę umowną wliczoną za okres : od 1 lipca 2011 r. do 26 lipca 2011 r., tj. za 26 dni między terminem umownym zakończenia robót a datą, która zgodnie z twierdzeniami powódki jest datą zgłoszenia przez powódkę robót do odbioru (data ta została wskazana przez powódkę w piśmie z dnia 24 października 2011 r. jako data zgłoszenia

robót do odbioru, z kolei w protokole odbioru końcowego sporządzonym przez powódkę jako datę zakończenia robót wskazywany jest dzień 25 lipca 2011 r.). Tym samym naliczona przez (...) kara umowna obejmuje niesporny między stronami okres opóźnienia w wykonaniu przez powódkę przedmiotu umowy.

Stanowisko powódki wobec żądania kary umownej wyrażone zostało w piśmie z dnia 8 listopada 2011 r. (karta 152-152v), gdzie powódka wskazała na dwie kwestie: powódka nie ponosi winy za opóźnienie, naliczenie kary umownej jest możliwe zgodnie z umową dopiero po spisaniu protokołu odbioru, (...) spółka (...) nie dopełniła.

Nieuzasadniona jest postawa powódki w zakresie braku protokołu odbioru. Jak już wyżej wyjaśniono zgodne oświadczenia obu stron w przedmiocie odebrania 100% robót objętych umową zostały wyrażone w dokumencie datowanym na dzień 4 października 2011 r., który mimo opatrzenia go taką datą został zaakceptowany przez obie strony dopiero w dniu 31 października (jest to dzień, w którym J. B. (1) odesłał spółce (...) protokół podpisany przez H. K., nie akceptując go jedynie w zakresie dotyczącym odjęć w kolumnie "różnica" i w zakresie daty zakończenia prac, co tym samym oznacza akceptację w zakresie dokonanego przez H. K. odbioru 100% robót o wartości 1.875.005,25 zł netto). Uzasadnienie dla tezy, że do podpisania protokołu odbioru przez obie strony doszło w dniu 31 października, zostało przedstawione powyżej.

Spór dotyczy również tego, czy powódka pozostawała w zwłoce, czy też w opóźnieniu z wykonaniem robót przez wskazane wyżej 26 dni (kara została w umowie zastrzeżona za zwłokę). Zdaniem powódki po jej stronie miało miejsce jedynie opóźnienie, które nastąpiło nie z jej winy. Materiał dowodowy tego jednak nie potwierdza. Wynika z niego, że powódka opóźniła się już na etapie wykonywania podbudowy, co z uwagi na kolejność wykonywania robót, wymaganą przez zasady sztuki budowlanej, wpłynęło na czas trwania całej inwestycji (na jej opóźnienie). Fakt opóźnienia na etapie wykonywania podbudowy jest podkreślany przez wszystkich przesłuchanych w sprawie świadków, opóźnienie powódki w związku z wykonywaniem podbudowy było długotrwałe, co więcej powódka wykonała podbudowę w sposób wadliwy, co wymagało podjęcia prac naprawczych związanych z frezowaniem, które za porozumieniem stron miała wykonać spółka (...) (rozliczenie za te prace wciąż jest między stronami sporne), a to z kolei wydłużyło czas wykonywania robót o dalsze tygodnie (wg świadka H. K. prace naprawcze trwały 1,5 miesiąca). Już ten tylko fakt pozwoliłby przyjąć, że uzasadnione jest założenie zwłoki po stronie powódki wynoszącej 26 dni, a więc obejmującej okres czasu, za który została naliczona kara umowna.

Z zeznań świadków wynikają również inne przyczyny opóźnienia, leżące po stronie powódki. Szczegółowo w tym temacie wypowiedział się świadek T. G., który jako przyczyny opóźnień wskazał: 1) niepełne zatrudnienie po stronie powódki (nieosadzenie całego frontu robót pracownikami), 2) konfliktowa postawa prezesa zarządu powódki J. B. (1), które wstrzymywał wykonywanie robót uzasadniając to opóźnieniami w wypłacie wynagrodzenia. Takie same okoliczności wskazał w swoich zeznaniach świadek H. K.. Świadkowie wskazywali również, że powódka była wielokrotnie wzywana do zwiększenia tempa prac, jednakże wezwania te pozostawały bez rezultatu.

Fakt wstrzymania robót, uzasadniany przez powódkę brakiem wypłaty wynagrodzenia, podkreślany przez przesłuchiwanych w sprawie świadków, w istocie był faktem niespornym, został bowiem wprost przyznany przez powódkę w uzasadnieniu pozwu (karta 9 verte). Zauważyć trzeba, że nie ma żadnych podstaw prawnych pozwalających wykonawcy robót budowlanych na powstrzymanie się z robotami z powodu braku zapłaty wynagrodzenia (abstrahując w tym miejscu od tego, że powódka faktu opóźnień w płatnościach na jej rzecz nie udowodniła). W razie opóźnienia bądź zwłoki w spełnieniu świadczenia pieniężnego wierzycielowi (wykonawcy robót budowlanych) przysługują roszczenia z art. 481 § 1 i 3 k.c., nie ma natomiast żadnego uzasadnienia zachowanie polegające na wstrzymywaniu dalszych robót budowlanych.

W świetle wyżej opisanych okoliczności przyjąć należy, że w niniejszym procesie udowodniona została zwłoka po stronie powódki w wykonaniu przedmiotu zamówienia, wynosząca 26 dni.

Niesporny jest fakt, że spółka (...) złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej naliczonej za okres 26 dni w piśmie z dnia 17 lutego 2012 r., potrącając z wystawionej przez powódkę faktury końcowej o numerze (...) część wierzytelności z tytułu kary umownej.

Oświadczenie o potrąceniu okazało się jednak skuteczne jedynie w części (jedynie w części wywołało skutek w postaci umorzenia wierzytelności wzajemnych), ponieważ uzasadniony okazał się wniosek powódki o miarkowanie kary umownej, oparty o art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W rozpoznawanej sprawie wystąpiły obie te przesłanki.

Powódka wykonała zobowiązanie w znacznej części w terminie określonym umową. Jak wyjaśniła powódka w lipcu 2011 r. (w okresie, za który naliczona została kara) wykonywała jedynie krzeselka na widowni oraz prace wykończeniowe związane z zagospodarowaniem terenów zielonych, wartość tych prac jest jednak znikoma w porównaniu do ryczałtowego wynagrodzenia określonego umową łączącą strony. Przyjąć należy również, że kara naliczona w wysokości 594.750 zł za 26 dni zwłoki (w sytuacji gdy powódka wykonywała prace w okresie od kwietnia 2010 r. do 25 lipca 2011 r.) jest rażąco wygórowana. Tym samym powstały przesłanki do miarkowania naliczonej przez spółkę (...) kary umownej.

Pozostaje rozważyć do jakiej kwoty kara powinna być zmniejszona (zmiarkowana).

W orzecznictwie podkreśla się, że przepisy art. 483 i 484 k.c. k.c. ujmują zastrzeżoną przez strony karę umowną jako surogat odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej. Kara umowna pełni więc przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Dlatego - choć należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.), a obowiązek jej zapłaty powstaje nawet wtedy, gdy wierzyciel na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie poniósł w ogóle szkody - przepisy, które ją normują, nie pozbawiły doniosłości relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela. Przy ocenie, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej, za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2014 r. V CSK 45/13).

Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. (I CSK 287/11) podkreślono, że wprawdzie kara umowna jest niezależna od powstania szkody, ale jeśli rozpatrywane są przesłanki jej miarkowania na podstawie art. 484 § 2 k.c., to przy obliczaniu jej rażącego wygórowania nie można abstrahować od tego, że szkoda w ogóle nie wystąpiła. Kara umowna pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, a zatem z założenia stanowi odpowiednik odszkodowania. Nie powinna w takim razie prowadzić do wzbogacenia uprawnionego i nawet jeśli nie jest to wzbogacenie bezpodstawne, to może być w okolicznościach sprawy uznane za niesłuszne. W przypadku, gdy szkoda w ogóle nie wystąpiła, kara może mieć wymiar symboliczny.

Przekładając powyższe na okoliczności rozpoznawanej sprawy zauważyć trzeba, że już w pozwie powódka podkreślała, że (...) nie doznała żadnej szkody związanej ze zwłoką powódki wynoszącą 26 dni. W odpowiedzi na pozew, odnosząc się do tej argumentacji, (...) wskazała, że powódka wnosząc o miarkowanie kary umownej nie podała żadnej szacunkowej wysokości, do której kara ta miałaby być zmiarkowana. Powódka w piśmie procesowym z dnia 4 lutego 2013 r. wskazała więc, że wnosi o miarkowanie kary umownej do kwoty 35.000 zł. W piśmie procesowym z dnia 18 marca 2013 r. (...) odniosła się do tej z kolei argumentacji wskazując (na stronie 10 pisma), że zaproponowana przez powódkę kara w wysokości 35.000 zł jest rażąco zaniżona. Naliczona przez (...) za 26 dni zwłoki kara w wysokości 594.750 zł jest zdaniem tej spółki adekwatna do stopnia poczynionych przez powódkę zaniedbań, zaniechań oraz opóźnień w wykonaniu umowy. Uzasadniając tą tezę pozwana (...) podkreśliła, że kwota 35.000 zł nie pokrywa nawet kosztów prac, jakie (...) poniosła we własnym zakresie, w zastępstwie powódki.

Stanowisko wyrażone przez pozwaną (...) pomija jednak, że w umowie stron kara umowna zastrzeżona została za szczególnie rodzaj nienależytego wykonania umowy, tj. "za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia". O ile po stronie spółki (...) powstała szkoda związana z innymi okolicznościami niż zwłoka w wykonaniu przedmiotu zamówienia (np. poprzez wykonanie przez (...) w zastępstwie powódki określonych prac, podejmowanych w celu usunięcia ewentualnych wad), to nie mogą być one brane pod uwagę przy miarkowaniu kary umownej, zastrzeżonej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. Istotne jest natomiast, czy po stronie (...) powstała szkoda związana ze zwłoką wynoszącą 26 dni. Zdaniem Sądu należy podzielić przedstawiony wyżej pogląd, zgodnie z którym kara umowna pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, stanowi odpowiednik odszkodowania, stąd przy jej miarkowaniu należy uwzględnić stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. W realiach niniejszej sprawy rozważyć więc trzeba, czy wysokość kary umownej, naliczonej za 26 dni zwłoki w wysokości 594.750 zł, stanowi odpowiednik ewentualnej szkody poniesionej przez (...), spowodowanej dwudziestosześciodniową zwłoką po stronie powódki. (...) nie wskazała jednak w toku procesu na żadną szkodę po swojej stronie spowodowaną zwłoką powódki. Z zeznań przesłuchanych świadków wynika, że (...) nie została obciążona przez swojego zleceniodawcę - spółkę (...) - karą umowną za opóźnienie w oddaniu zleconych jej robót budowlanych. (...) nie wskazała też na żadną inną szkodę po swojej stronie, która byłaby spowodowana zwłoką powódki.

W toku procesu zarówno pozwana spółka (...), jak i pozwana spółka (...) zmierzały z kolei do wykazania, że szkoda taka powstała po stronie spółki (...). Nie była ona wprawdzie spowodowana naliczeniem kary umownej przez inwestora (Powiat (...) nie naliczył bowiem spółce (...) żadnych kar umownych za opóźnienie, zamiast tego strony podpisały aneks przedłużający termin oddania robót), pozwane T. i (...) wywodziły natomiast, że spółka (...) w zamian za podpisanie aneksu zgodziła się wykonać dodatkowe prace budowlane na rzecz inwestora, bez dodatkowego wynagrodzenia. W tym właśnie - zdaniem pozwanych - miałyby wyrażać się szkoda po stronie spółki (...) spowodowana zwłoką powódki.

Powyższe okoliczności nie mają jednak znaczenia dla sprawy, ewentualna szkoda po stronie spółki (...) została bowiem spowodowana opóźnieniem bądź zwłoką spółki (...), a nie zwłoką powódki, z którą T. nie była związana żadnym stosunkiem umownym. Autonomiczną decyzją spółki (...) było nieobciążanie (...) karami umownymi za zwłokę w wykonaniu umowy. Ewentualna szkoda po stronie spółki (...) nie ma więc wpływu na miarkowanie kary umownej, zastrzeżonej w umowie łączącej powódkę i spółkę (...). Jedynie szkoda spowodowana zwłoką powódki, która powstałaby po stronie spółki (...), mogłaby wpłynąć na miarkowanie kary umownej, jednakże jak już wcześniej wskazano (...) nie powoływała się na jakąkolwiek szkodę po swojej stronie, która zostałaby spowodowana zwłoką powódki, powoływała się natomiast na szkody spowodowane innymi okolicznościami.

Wprawdzie spółka (...) odpowiada solidarnie ze spółką (...) za zapłatę wynagrodzenia powódce, zgodnie z art. 647 k.c. w zw. z art. 647¹ § 5 k.c., w orzecznictwie nie budzi jednak wątpliwości, że art. 647¹ § 5 k.c. statuuje ustawową bierną solidarność o charakterze gwarancyjnym w postaci odpowiedzialności ex lege za cudzy dług. Zgodnie z art. 375 § 1 k.c. inwestor jako dłużnik solidarny, którego podwykonawca wezwał do zapłaty wynagrodzenia na podstawie umowy z wykonawcą, może podnieść jedynie te zarzuty, które przysługują mu osobiście względem podwykonawcy (a takimi nie są roszczenia z tytułu nienależytego wykonania umowy) lub też zarzuty, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 27 lutego 2014 r., I ACa 467/13).

Spółka (...) może więc oprzeć swoją obronę na zarzucie wygaśnięcia zobowiązania powódki na skutek oświadczenia o potrąceniu, jakie złożyła (...) przedstawiając do potrącenia swoją wierzytelność z tytułu kary umownej (zastrzeżonej w umowie zawartej przez powódkę i (...)), nie może jednak powoływać się na szkodę po swojej stronie jako przesłankę wpływającą na miarkowanie kary umownej, naliczonej powódce przez (...).

Wobec nieprzedstawienia przez stronę pozwaną jakichkolwiek twierdzeń wskazujących na powstanie po stronie spółki (...) szkody spowodowanej zwłoką powódki, za którą została naliczona kara umowna (zwłoką z okresu 1 - 26 lipca,

wynoszącą 26 dni), uznać należało, że na podstawie art. 484 § 2 k.c. kara podlegała zmniejszeniu do kwoty 35.000 zł, uznanej przez powódkę.

Jedynie do tej kwoty skuteczne było oświadczenie o potrąceniu, dokonane przez (...) w piśmie z dnia 17 lutego 2012 r. Po potrąceniu do zapłaty z faktury objętej żądaniem pozwu pozostaje więc kwota 425.459,14 zł (460.459,14 – 35.000).

Jak już wcześniej wyjaśniono zgodnie z § 3 ust 4 umowy w dniu 31 października 2011 r. powstała podstawa ku temu, aby powódka wystawiła fakturę VAT z terminem płatności trzydziestodniowym, przypadającym na dzień 30 listopada 2011 r. Roszczenie powódki z faktury końcowej nr (...) stało się więc wymagalne w dniu 30 listopada 2011 r. Z kolei spółka (...) wezwała powódkę do zapłaty kary umownej pismem z dnia 4 listopada 2011 r. w terminie do 10 listopada 2011 r., na pismo to powódka odpowiedziała pismem z dnia 8 listopada 2011 r. Wymagalność roszczenia z tytułu kary umownej nastąpiła więc w dniu 10 listopada 2011 r., czyli wcześniej niż wymagalność roszczenia powódki z faktury końcowej.

Oznacza to, że po potrąceniu roszczenie powódki wobec spółki (...) wyraża się kwotą 425.459,14 zł z odsetkami od dnia 1 grudnia 2011 r. Podstawą prawną roszczenia powódki o zapłatę odsetek jest art. 481 § 1 k.c.

Nie było sporu co do solidarnej ze spółką (...) odpowiedzialności spółki (...). Spółka ta w piśmie z dnia 20 lutego 2012 r. wprost przyznała, że jej "status" jest statusem podmiotu odpowiedzialnego solidarnie ze spółką (...) z mocy art. 647¹ § 5 k.c. Ponadto obrona spółki (...) w niniejszym procesie była tożsama z linią obrony przyjętą przez (...).

Rozważając roszczenie o zasądzenie odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia od odpowiedzialnej solidarnie spółki (...) podzielić należy wyrażony w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialność inwestora (czy też generalnego wykonawcy odpowiedzialnego solidarnie z podwykonawcą) z art. 647¹ § 5 k.c. ograniczona jest do należności głównej (wyrok S.N. z 5.09.2012 r., IV CSK 91/12), podmiot ten pozostaje w opóźnieniu od bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego w skierowanym do niego wezwaniu do zapłaty (art. 455 k.c.). Wezwanie do zapłaty z dnia 13 lutego 2012 r. zostało doręczone pozwanej spółce (...) w dniu 15 lutego 2012 r. (karta 185-186), w wezwaniu tym spółka została wezwana do uiszczenia należności z faktury nr (...) w terminie 7 dni, T. pozostaje więc w opóźnieniu od dnia 23 lutego 2012 r. Od tej daty, zgodnie z art. 481 § 1 k.c., uzasadnione jest naliczanie odsetek za opóźnienie po stronie spółki (...). Roszczenie powódki wobec spółki (...) wyraża się więc kwotą 425.459,14 zł z odsetkami od dnia 23 lutego 2012 r.

Mając na uwadze, że ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1830), która weszła w życie 1 stycznia 2016 r., ustawodawca wprowadził pojęcie "odsetek ustawowych za opóźnienie" (art. 481 § 2 k.c.), w odróżnieniu od pojęcia "odsetek ustawowych" (art. 359 § 2 k.c.), celowym było zaznaczenie w sentencji wyroku, że zasądzone wyrokiem zaocznym odsetki od dnia 1 stycznia 2016 r. są odsetkami ustawowymi za opóźnienie.

Powództwo okazało się nieuzasadnione w stosunku do pozwanego Powiatu (...).

W odpowiedzi na pozew pozwany Powiat (...) podkreślił, że nie łączyła go z powódką żadna umowa, pozwany nie wiedział o tym, że powódka była podwykonawcą oraz że wykonywała roboty w ramach zadania inwestycyjnego - modernizacja powiatowego stadionu lekkoatletycznego, podkreślił również, że nigdy nie została mu przedstawiona do akceptacji umowa zawarta między powódką oraz pozwaną (...), co więcej (...) także nie została pozwanemu zgłoszona jako podwykonawca. Pozwany Powiat (...) wskazał, że powódka skierowała do niego pismo z dnia 14 października 2011 r., co miało miejsce już po zakończeniu robót z generalnym wykonawcą - spółką (...). Wyraził również pogląd, że okoliczność uczestniczenia przedstawicieli powódki na naradach, w których nie uczestniczyli przedstawiciele powiatu (członkowie zarządu powiatu), nie zmienia istoty spornej sprawy.

W odpowiedzi na taki sposób obrony powódka w piśmie procesowym z dnia 4 lutego 2013 r. wskazała, iż pozwanemu znany był zakres wykonywanych przez powódkę prac przede wszystkim dlatego, że osoby odpowiedzialne z ramienia pozwanego za wykonanie zadania, będące jego przedstawicielami, to jest inspektor nadzoru inwestorskiego A. L. oraz

dyrektor zespołu szkół (...), znali zakres prac powódki oraz akceptowali jej obecność. Zdaniem powódki również pozwana (...) nabyła "status podwykonawcy" z tego względu, że pozwany powiat poprzez wymienionych wyżej przedstawicieli miał świadomość zarówno co do wykonywania prac przez spółkę (...), jak i co do ich zakresu.

Materiał dowodowy potwierdza, że prezes zarządu powódki J. B. (1) brał udziału w naradach budowlanych, co więcej powołani w charakterze świadków D. W. i A. L. potwierdzili wskazywany przez powódkę fakt, że mieli wiedzę o wykonywaniu przez powódkę robót budowlanych w ramach spornego zadania, żaden ze świadków nie znał jednak postanowień umownych pomiędzy powódką i spółką (...), dotyczących zakresu powierzonych powódce prac oraz wysokości umówionego wynagrodzenia. Co więcej D. W. posiadała pełnomocnictwo od Powiatu (...) jedynie do dokonywania czynności polegających na sprawdzaniu pod względem poprawności i terminowości przedkładanych protokołów odbioru, nie posiadała natomiast pełnomocnictwa do składania oświadczeń woli w przedmiocie zgody na powierzenie prac podwykonawcom. Z materiału dowodowego nie wynika również, aby inspektor nadzoru A. L. posiadał szersze umocowanie, niż obejmujące obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego, o jakich mowa w art. 25 ustawy Prawo budowlane, do których nie należy wyrażanie zgody na powierzenie prac podwykonawcom.

Słusznie pozwany powiat wywodził, że wiedza tych osób o podwykonawstwie powódki pozostaje bez znaczenia dla odpowiedzialności powiatu z art. 647¹ § 5 k.c. Zgodnie z art. 48 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym: oświadczenie woli w sprawach majątkowych w imieniu powiatu składają dwaj członkowie zarządu lub jeden członek zarządu i osoba upoważniona przez zarząd, z kolei stosownie do art. 48 ust. 3: "jeżeli czynność prawna może spowodować powstanie zobowiązań majątkowych, do jej skuteczności potrzebna jest kontrasygnata skarbnika powiatu lub osoby przez niego upoważnionej".

Wszystkie umowy zawierane przez Powiat (...) podpisywane były zgodnie ze wskazanym wyżej sposobem reprezentacji (co opisano w części uzasadnienia obejmującej stan faktyczny). W orzecznictwie podkreśla się, że jeżeli ustawa wiąże określone skutki prawne ze świadomością (wiedzą) osoby prawnej, to decyduje o tym świadomość (wiedza) osób fizycznych wchodzących w skład organu tej osoby, przy czym gdy nie chodzi o czynność prawną, wystarcza świadomość określonego stanu prawnego lub faktycznego u jednej z osób wchodzących w skład organu (por. wyrok S.A. w Poznaniu z dnia 18 grudnia 2013 r., I ACa 1021/13, wyrok S.N. z dnia 24 października 1972 r., I CR 177/72). Wiedza inwestora, który jest osobą prawną (jak pozwany powiat) o zawarciu umowy podwykonawczej, jest więc wiedzą osoby fizycznej wchodzącej w skład jej organu.

W rozpoznawanej sprawie nie ma sporu co do tego, że członkowie zarządu powiatu oraz skarbnik udzielający kontrasygnaty wiedzy o podwykonawstwie powódki nie posiadali.

Zauważyć trzeba, że powódka po zakończeniu i zgłoszeniu spółce (...) robót do odbioru skierowała pismo datowane na dzień 28 lipca 2011 r. do Powiatu (...) na adres: Powiat (...), ul. (...), E., a nie do inspektora nadzoru czy też dyrektora zespołu szkół. W piśmie tym pełnomocnik powódki "wskazał i stwierdził", że końcowe rozliczenie między zamawiającym Powiatem (...) a wykonawcą realizującym zadanie winno być poprzedzone rozliczeniem pomiędzy wykonawcą i spółką (...). Sama powódka adresując w ten sposób wskazane pismo potwierdza, że zdawała sobie sprawę z tego, iż nie inspektor nadzoru ani dyrektor zespołu szkół, tylko władze powiatu są uprawnione do podejmowania decyzji dotyczących rozliczeń majątkowych.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59, OSP 2012/5/48) na gruncie art. 647¹ § 2 k.c. wskazuje się na dwie możliwości wyrażenia zgody przez inwestora:

1) zgoda może być dokonana przez inwestora w sposób dorozumiany, lecz aktywny, a więc przez aktywne zachowanie ujawniające zgodę inwestora w sposób dostateczny, co Sąd Najwyższy uznał za skuteczne wyrażenie zgody w świetle art. 60 k.c.;

2) zgoda może być wyrażona przez inwestora milcząco, a więc także w sposób dorozumiany, ale bierny – co reguluje zdanie drugie art. 647¹ § 2 k.c. – skuteczność zgody inwestora wymaga wówczas spełnienia opisanych przez ustawodawcę warunków.

W powołanym wyroku z dnia 6 października 2010 r. (II CSK 210/10) Sąd Najwyższy podkreślił, że warunkiem skuteczności zgody wyrażonej milcząco jest właśnie przedstawienie inwestorowi przez wykonawcę umowy zawartej z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, przy czym przedstawienie to musi być kierunkowe - w celu wyrażenia przez inwestora zgody na zawarcie takiej umowy podwykonawczej. Warunki te są restrykcyjne i surowe, wymaga tego bowiem wyjątkowy charakter odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, jak również szczególny charakter milczenia jako jednego ze sposobów dorozumianego oświadczenia woli.

W cytowanym wyżej wyroku z dnia 6 października 2010 r. (II CSK 210/10, OSNC 2011/5/59, OSP 2012/5/48) Sąd Najwyższy podzielił stanowisko wyrażone we wcześniejszej uchwale 7 sędziów z dnia 29 kwietnia 2008 r. (III CZP 6/08, OSNC 2008, nr 11, poz. 121) co do tego, że nie ma podstaw do rozciągania wymagań dotyczących skuteczności milczenia inwestora na wypadki dorozumianego wyrażenia przez niego zgody w sposób czynny (a więc pierwszym z wymienionych na wstępie sposobów), podkreślił jednak ze stanowczością, że zgoda wyrażona w taki sposób musi dotyczyć konkretnej umowy, o określonej treści, zawartej ze zindywidualizowanym podmiotem w zakresie wszystkich istotnych postanowień, szczególnie tych, które decydują o wysokości wynagrodzenia.

Zdaniem Sądu Najwyższego jeżeli ustawodawca konstruując w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. warunki skuteczności milczącego wyrażenia zgody przypisał decydujące znaczenie znajomości inwestora treści umowy podwykonawczej, a ściślej możliwości zapoznania się z treścią tej umowy, to jest to istotna wskazówka przy wykładni art. 647¹ § 1 zdanie pierwsze k.c. w zakresie warunków skuteczności dorozumianego czynnego wyrażenia zgody przez inwestora. Elementem wyrażanej w taki sposób zgody powinna być świadomość inwestora na co wyraża zgodę, a wobec tego warunkiem skuteczności takiej zgody jest możliwość zapoznania się inwestora przynajmniej z tymi postanowieniami umowy wykonawcy z podwykonawcą, które określają zakres jego odpowiedzialności za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Tym samym Sąd Najwyższy podkreślił, że zgoda inwestora wyrażona w sposób dorozumiany czynny na zawarcie umowy wykonawcy z podwykonawcą jest skuteczna, gdy dotyczy konkretnej umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy, są inwestorowi znane. Inwestor nie musi znać treści całej umowy lub jej projektu, a jego znajomość istotnych postanowień umowy podwykonawczej decydujących o zakresie jego odpowiedzialności nie musi pochodzić od wykonawcy lub podwykonawcy, może mieć dowolne źródło i nie musi być ukierunkowana na wyrażenie zgody na zawarcie umowy podwykonawczej.

Myśl ta rozwijana jest w orzecznictwie sądów powszechnych, przykładowo w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 30 marca 2015 r. w sprawie I ACa 28/15, gdzie sąd ten wskazał, że : "...tylko wówczas, gdy inwestor posiada niezbędną ilość informacji pozwalających mu na ustalenie istotnych postanowień umowy między wykonawcą i podwykonawcą, przede wszystkim co do zakresu powierzonych prac oraz wysokości i zasad wypłaty wynagrodzenia, jego przyzwolenie na istnienie stosunku prawnego między tymi podmiotami może zostać zakwalifikowane jako zgoda na zawarcie tej umowy. Wykluczone jest przyjęcie, że zachowanie danej osoby stanowi wyraz złożenia oświadczenia woli, jeśli z uwagi na brak dostatecznych informacji nie ma ona możliwości wyrażenia swojego stanowiska z pełnym rozeznaniem i świadomością co do konsekwencji z nim związanych".

Należy również zwrócić uwagę na stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2014 r. (I ACa 30/14), gdzie wskazane zostało, że: "U podstaw wprowadzenia do k.c. przepisu art. 647¹ k.c. leży założenie, że wynikająca z niego dodatkowa ochrona, związana z odpowiedzialnością solidarną inwestora, nie przysługuje wszystkim podwykonawcom, którym generalny wykonawca lub inny podmiot powierzył część prac. Jest to ochrona przewidziana tylko dla tych podwykonawców (oraz dalszych podwykonawców), którzy wykonują prace na podstawie umów, na których zawarcie inwestor wyraził (choćby w sposób dorozumiany) zgodę. W konsekwencji

podwykonawca, chcący korzystać z tej ochrony, powinien zadbać o uzyskanie zgody inwestora na nawiązanie umowy, na podstawie której wykonuje prace. W przypadkach, gdy zgoda inwestora przyjmuje postać oświadczenia wyrażanego konkludentnie, powinnością podwykonawcy jest zadbanie o wystąpienie przesłanek skuteczności takiej zgody, w tym w szczególności o uzyskanie przez inwestora pozytywnej wiedzy o istotnych postanowieniach zatwierdzonej umowy. Inwestor może wyrazić wolę na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie przez niego innych czynności. W tej sytuacji nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi ani umowy z podwykonawcą, czy też jej projektu, ani odpowiedniej części dokumentacji. Inwestor nie musi znać treści całej umowy (jej projektu), wystarczająca jest znajomość tych elementów, które konkretyzują daną umowę i decydują o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wynagrodzenie podwykonawcy. Elementami tymi są przede wszystkim zakres prac powierzonych zindywidualizowanemu podmiotowo podwykonawcy oraz jego wynagrodzenie, w szczególności sposób jego ustalenia czy też jego dochodzenia".

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać trzeba, że w rozpoznawanej sprawie niesporny jest między stronami fakt, że w toku realizacji robót powiatowi nie przedstawiono dokumentu umowy zawartej między powódką i spółką (...) wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, co jest wymagane przy milczącym wyrażeniu zgody. Nie tylko zarząd i skarbnik powiatu, ale także dyrektor zespołu szkół oraz inwestor nadzoru (a więc osoby, na których wiedzę powoływała się powódka w niniejszym procesie) nie posiadali informacji na temat elementów wskazanych w powołanym wyżej orzecznictwie, takich jak zakres prac powierzonych konkretnemu podwykonawcy oraz jego wynagrodzenie, co w realiach niniejszej sprawy dotyczy zarówno umowy zawartej przez powódkę ze spółką (...), jak i umowy zawartej przez spółkę (...) ze spółką (...). Wobec nieprzedstawienia wiedzy obejmującej wskazane wyżej fakty dyrektorowi szkoły oraz inspektorowi nadzoru przyjąć trzeba, że udział tych osób w naradach budowlanych, w których uczestniczył również prezes zarządu powódki, nie może być potraktowany jako wyraz woli inwestora równoznaczny ze zgodą na powierzenie prac podwykonawcy (abstrahując w tym miejscu od tego co już wyjaśniono powyżej, to jest od tego, że wiedza tych osób w ogóle nie jest wiedzą powiatu, nie może być bowiem utożsamiana z wiedzą organów reprezentujących powiat). Podkreślić trzeba również (co akcentował Sąd Apelacyjny w powołanym wyżej wyroku), że rzeczą powódki jako podwykonawcy było zadbanie o to, aby inwestor otrzymał informacje o istotnych elementach umowy łączącej powódkę ze spółką (...) (co niewątpliwie wiązało się z ryzykiem odmowy ze strony inwestora na zawarcie umowy podwykonawczej). Materiał dowodowy wskazuje na to, że powódka ryzyka tego nie chciała ponieść, nie podjęła bowiem żadnych czynności zmierzających do zawiadomienia władz powiatu o tym, że wykonuje zadanie jako podwykonawca spółki (...) oraz o zakresie wykonywanych robót i rozmiarze umówionego wynagrodzenia. Pierwsze pismo do władz powiatu zostało wysłane przez pełnomocnika powódki po zakończeniu robót. Powiadomienie takie powódka niewątpliwie mogła wysłać już po podpisaniu umowy na adres Powiatu (...), który - jak wynika z korespondencji skierowanej do inwestora tuż po zakończeniu robót - był stroną powodowej znany.

Mając na uwadze powyższe powództwo wobec pozwanego Powiatu (...) należało oddalić z uwagi na to, że materiał dowodowy nie pozwala przyjąć, iż inwestor wyraził zgodę na zawarcie umowy przez spółkę (...) z jej podwykonawcą spółką (...), a w dalszej kolejności, że wyraził zgodę na zawarcie umowy przez spółkę (...) z powódką.

Stan faktyczny sprawy ustalony został w oparciu o dowody z dokumentów, z zeznań świadków, z przesłuchania stron, z powołanego przez pozwaną N. (...) dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, zawnioskowanego w pkt 7 e odpowiedzi na pozew (powódka powołany w pozwie dowód z opinii biegłego cofnęła, dowód z opinii biegłego powołany przez (...) w pkt 7 c i d został cofnięty, z kolei dowód powołany w punkcie 7 a i b dotyczył faktów związanych z frezowaniem - nieistotnych dla rozstrzygnięcia i jako taki został pominięty, co wyjaśniono we wcześniejszej części rozważań). Dowód z opinii biegłego sądowego M. S. okazał się wiarygodny, żadna ze stron wykonanej przez biegłego opinii nie kwestionowała.

Dowody z dokumentów prywatnych stanowią dowód tego, iż podpisana osoba złożyła oświadczenie określonej treści (art. 245 k.p.c.). Prawdziwość dokumentów złożonych w sprawie, a także autentyczność złożonych na nich podpisów,

nie była przez strony negowana. W pierwszym rzędzie to w oparciu o dowody z dokumentów, ułożone w porządku chronologicznym, dokonane zostały ustalenia faktyczne będące podstawą rozstrzygnięcia. Dowody ze świadków pozwoliły na uzupełnienie i powiązanie ze sobą poszczególnych dowodów z dokumentów. Przesłuchani zostali świadkowie reprezentujący wszystkie podmioty uczestniczące w inwestycji: A. L. i D. W. - odpowiednio inspektor nadzoru oraz dyrektor szkoły, kierownicy budowy: T. G., H. K., P. D., pracownik powódki W. S., przedstawiciel spółki (...), była prezes zarządu spółki (...) M. P., podwykonawca wykonujący ogrodzenie M. W.. Dowód z przesłuchania stron ograniczony został do przesłuchania za powódkę prezesa zarządu J. B. (1), a za spółkę (...) członka zarządu R. B. (pełniącego jednocześnie funkcję członka rady nadzorczej spółki (...)). Zeznania świadków i przedstawicieli stron okazały się wiarygodne, były one ze sobą zasadniczo spójne, wykazywały jedynie niewielkie rozbieżności związane z tym, że świadkowie zajmowali różne pozycje w procesie budowlanym, reprezentowali różne podmioty z odmiennym zakresem kompetencji, tym samym nie wszyscy mieli wiedzę z tego samego zakresu faktów, będących przedmiotem przesłuchania.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. pozostawiając wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu, z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik postępowania przy założeniu, że pozwany Powiat (...) wygrał sprawę w całości, powódka wygrała sprawę przeciwko pozwanym spółkom (...) i (...) w 92,40%, zaś pozwane spółki (...) i (...) wygrały sprawę w 7,60%.