

Sygn. akt VIII GC 270/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 maja 2016 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Kądziołka

Protokolant: Eliza Sandomierska

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2016 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa D. B.

przeciwko (...) spółce akcyjnej w W.

z udziałem interwenienta ubocznego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanej (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz powódki D. B. kwotę 190.106,33 zł (sto dziewięćdziesiąt tysięcy sto sześć złotych trzydzieści trzy grosze) z ustawowymi odsetkami liczonymi w stosunku rocznym od dnia 6 czerwca 2012 r. do dnia 31 grudnia 2015 r., a od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty z odsetkami ustawowymi za opóźnienie;

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. pozostawia szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik postępowania:

III. - między powódką i pozwaną przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 67,80%, natomiast pozwana wygrała sprawę w 32,20%;

III. - między powódką i interwenientem ubocznym poprzez przyznanie interwenientowi od powódki kosztów interwencji oraz poprzez przyznanie powódce od interwenienta kosztów wywołanych samoistnymi czynnościami procesowymi interwenienta, przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 67,80%, natomiast strona, do której interwenient przystąpił, wygrała sprawę w 32,20%.

Sygn. akt VIII GC 270/12

UZASADNIENIE

Powódka D. B. – prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe (...) B. D. – wniosła pozew o zapłatę w postępowaniu nakazowym kwoty 280.440 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 29 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty przeciwko (...) spółce akcyjnej w W.. Powódka złożyła również wniosek o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu wskazała, że była podwykonawcą konsorcjum w składzie (...) sp. z o.o. – (...) – T. a.s. – (...) sp. z o.o. w realizacji zadania pod nazwą „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Projektu: Modernizacja linii kolejowej Z.-G. W..” na podstawie umowy podwykonawczej z dnia 20 grudnia 2010 r. nr (...); konsorcjum to jako generalny wykonawca zawarło uprzednio umowę z pozwaną (...), a spółka (...) wyraziła zgodę na zawarcie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych przez generalnego wykonawcę i powódkę jako podwykonawcę. Wskazała dalej, że w umowie jej wynagrodzenie netto zostało określone na kwotę 237.000 zł, przy czym było to wynagrodzenie szacunkowe, którego ostateczna wartość miała być ustalona w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w umowie. Stosownie zaś do załącznika nr 1 do umowy generalny wykonawca był zobowiązany do zapłaty powódce wynagrodzenia w kwocie 228.000 zł netto, która po doliczeniu należnego podatku od towarów i usług wynosi 280.440 zł brutto. Zapłaty tej właśnie kwoty powódka domagała się w niniejszym procesie od pozwanej jako inwestora, albowiem powódka nie uzyskała zapłaty od generalnego wykonawcy. Pozwana nie zaspokoila jednak wierzytelności dochodzonej pozwem.

Z uwagi na brak podstaw do wydania nakazu zapłaty sprawa została skierowana do rozpoznania w postępowaniu zwykłym.

Pozwana (...) spółka akcyjna w W. złożyła odpowiedź na pozew, w której wniosła o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu. Pozwana złożyła również wniosek o przypozwanie (...) sp. z o.o. w P., (...) w L. w (...) i T. a.s. w O. w (...).

Uzasadniając swoje stanowisko pozwana wskazała, że dokonała zapłaty za roboty budowlane objęte pozwem, zgodnie z zawartą umową, na rzecz lidera konsorcjum, tj. (...) sp. z o.o. Wskazała też, że wierzytelność powódki wygasła wskutek potrącenia dokonanego przez konsorcjum tej wierzytelności z wierzytelnościami wykonawcy wynikającymi z refaktur i not obciążeniowych. Zgodnie z oświadczeniem (...) sp. z o.o. wystawiona przez powódkę faktura nr (...) (na podstawie której powódka domaga się zapłaty) została skompensowana z należnościami konsorcjum: z faktury nr (...) z 7.05.2012 r. (tytułem refaktury kosztów robót ziemnych w ramach wykonawstwa zastępczego zgodnie z § 4 pkt 4 umowy podwykonawczej); noty obciążeniowej nr (...) z 7.05.2012 r. (tytułem odszkodowania za braki materiałów – rozliczenia cząstkowego za 10,163 t); noty obciążeniowej nr (...) z 29.05. (...). (tytułem odszkodowania za braki materiałów – rozliczenie końcowe za 5,307 t) oraz noty obciążeniowej nr (...) (tytułem kary umownej za naruszenie § 3 pkt 6 umowy podwykonawczej). Stanowisko takie (...) sp. z o.o. przedstawiła również powódce, pozwana z kolei podtrzymała stanowisko lidera konsorcjum. Pozwana (...) S.A. nie kwestionowała przy tym swojej odpowiedzialności jako inwestora stosownie do art. 647¹ § 5 k.c., powództwo odpierała natomiast zarzutem spełnienia świadczenia, stosownie do art. 366 § 2 k.c.

W charakterze interwenienta ubocznego po stronie pozwanej przystąpiła do sprawy jedynie (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P.. W złożonej interwencji spółka ta wniosła o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie kosztów procesu od powódki.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazała, że popiera stanowisko pozwanej zawarte w odpowiedzi na pozew, podniosła że roszczenie powódki jest bezpodstawne, a należność żądana pozwem została umorzona wskutek dokonanych potrąceń (podtrzymała zarzut nieistnienia wierzytelności dochodzonej pozwem). Interwenientka potwierdziła, że stała się wierzycielem powódki z tytułu poniesionych kosztów wykonawstwa zastępczego i odszkodowania za braki materiałowe, ponadto była uprawniona do naliczenia kary umownej na podstawie § 3 ust. 6 umowy podwykonawczej za podzlecenie przez powódkę dalszemu podwykonawcy robót bez zgody podmiotów tworzących konsorcjum.

Powódka złożyła pismo przygotowawcze z 8 grudnia 2012 r., w którym podniosła, że zarzut potrącenia jest bezskuteczny, albowiem nie doszło do kompensaty wierzytelności z uwagi na nieistnienie wymagalnej wierzytelności po stronie konsorcjum, nadto powódka wskazała, że żadnej z wierzytelności konsorcjum nie uznała. Powódka wyjaśniła, że konsorcjum nie przysługiwało żadne roszczenie z tytułu zlecenia wykonania zastępczego, albowiem podmioty wskazane jako wykonawcy zastępczy – przedsiębiorstwa (...) oraz PW P. S. (1) – wykonywały nie

roboty, do których wykonania zobowiązana była powódka, lecz roboty o jakościowo odmiennym charakterze od prac realizowanych przez powódkę, w ramach umów podwykonawczych zawartych bezpośrednio z liderem konsorcjum. Powódka podniosła, że do jej zakresu robót zaliczał się demontaż torów wraz z podkładami, warstwą tłucznia i warstwą filtracyjną oraz uklepanie (zagęszczenie) podłoża torowiska na szerokości i wysokości istniejącego dotychczas torowiska – na szerokości 5,6 m. Za wykonanie tych właśnie prac powódka wystawiła m.in. fakturę nr (...) na kwotę 280.440 zł. Pozostałe prace – zwłaszcza przy torowisku na szerokości 7,09 m – stanowiły w jej ocenie prace dodatkowe. Powódka wskazała przy tym, że odliczyła w tym zakresie roboty wykonywane przez rzeczywistych podwykonawców lidera konsorcjum – PW (...), (...), (...). Powódka utrzymywała również, że wystawiona przez lidera konsorcjum faktura (...) za koszty wykonawstwa zastępczego została wystawiona tylko w celu uniknięcia konieczności zapłaty powódce.

Co do not za braki materiałowe powódka również wskazała, że potrącenie tych należności nie było możliwe, albowiem ich wyliczenie jest bezzasadne. Wskazała w tym zakresie, że protokół rozliczenia złomu z 27 grudnia 2011 r. zawiera błędy rachunkowe – powinno być 19,235 t. zamiast 20,03 t. Powódka wskazała przy tym, że strony (w tym przedstawiciel powódki) już 8 grudnia 2011 r. dokonały komisijnego ustalenia ilości braków materiałowych, które wyniosły, po korekcie błędu rachunkowego, 14,675 t. Dalej wskazała, że brakami w ilości 14,675 t. powinna być w części obciążona powódka, a w części inny podwykonawca - firma (...), adnotację o obciążeniu tych dwóch firm dokonał bowiem na nocie obciążeniowej wystawionej przez (...) pracownik spółki (...).

Co do zarzutu naliczenia kary umownej za niezgłoszenie dalszego podwykonawcy – spółki cywilnej (...) – powódka podniosła z kolei, że jest ono bezzasadne, albowiem pozwana była informowana o wprowadzeniu tego dalszego podwykonawcy, jak również przedstawiciele tego podwykonawcy uczestniczyli w naradach roboczych. Wskazała też, że pozwana nie sprzeciwiła się wprowadzeniu dalszego podwykonawcy na budowę.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

(...) S.A. planowała modernizację linii kolejowej nr (...) na odcinku G. – Z., wykorzystując na ten cel dofinansowanie ze środków z Unii Europejskiej. W związku z tym rozpięła przetarg na realizację tak określonego zadania, w którym uczestniczyło m.in. konsorcjum złożone ze spółek (...) sp. z o.o., (...), T. a.s. oraz (...) sp. z o.o.

fakty niesporne

Dnia 6 kwietnia 2010 r. została zawarta umowa nr (...) między (...) S.A., a konsorcjum w składzie: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. jako pełnomocnikiem konsorcjum, (...) z siedzibą w miejscowości L. w (...) jako partnerem konsorcjum, T. a.s. z siedzibą w miejscowości O.-M. w (...) jako partnerem konsorcjum i (...) - (...) sp. z o.o. z siedzibą w C. jako partnerem konsorcjum.

Przedmiot umowy został określony w § 1 ust. 1 jako „zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Projektu: Modernizacja linii kolejowej nr (...) Z. – G. W..”. W § 1 ust. 2 umowy wskazano, że zakres prac i robót objętych przedmiotem umowy oraz warunki i wymagania zamawiającego ((...)) dotyczące jego wykonania podane są w dokumentach składających się na treść umowy, które mają być uważane, odczytywane i interpretowane jako część umowy według następującego porządku pierwszeństwa: umowa, uzupełnienia oraz modyfikacje SIWZ – gdy wystąpią, program funkcjonalno-użytkowy, instrukcja dla wykonawców stanowiąca tom I SIWZ, oferta z załącznikami do oferty.

Terminy realizacji umowy zostały określone w § 2: stosownie do ust. 1, wszystkie prace miały zostać zrealizowane, ukończone i przekazane do odbioru przez wykonawcę (konsorcjum) do dnia 31 grudnia 2011 r., przy czym, stosownie do ust. 3, dokumentacja projektowa wraz z pozwoleniem na budowę miała zostać zrealizowana do dnia 15 października 2010 r., harmonogram rzeczowo-finansowy robót budowlano-montażowych z podziałem na lata 2010-2011 miał zostać przedłożony przez wykonawcę do dnia 31 maja 2010 r., zamawiający miał dokonać akceptacji założeń projektowych w ciągu 7 dni od dnia ich otrzymania, akceptacja kompletnej dokumentacji projektowej przez zamawiającego miała nastąpić w ciągu 14 dni od jej otrzymania oraz zatwierdzenia przez Urząd Marszałkowski, zamawiający miał przekazać teren budowy w ciągu 7 dni od dnia dostarczenia przez wykonawcę dokumentów

wymaganych do rozpoczęcia budowy zgodnie z prawem budowlanym, zaś powołanie komisji odbioru końcowego miało nastąpić w ciągu 7 dni od daty potwierdzenia w dokumentacji budowy zakończenia robót przez inspektora nadzoru.

Wynagrodzenie określono w § 3 jako ryczałtowe w kwocie 26.373.001,98 zł brutto, przy czym w kwocie 12.970.328,84 zł dofinansowane było z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach (...) Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013.

Natomiast kary umowne określono w § 6:

- wykonawca za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w harmonogramie miał zapłacić karę umowną w wysokości 0,2% wartości netto przedmiotu umowy (tj. 0,2% od kwoty 21.617.214,74 zł),
- w wysokości 0,2% wartości netto przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki po upływie terminu do usunięcia wad,
- w wysokości 10% wartości netto przedmiotu umowy w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Z kolei w § 7 określono wymagania związane z wprowadzeniem zamknięć ruchu pociągów na linii kolejowej nr (...).

Umowę ze strony zamawiającego naczelnym dyrektorem J. M. i zastępcą dyrektora oddziału A. P. (1) oraz ze strony wykonawcy dyrektorem oddziału budownictwa kolejowego M. M. (1) i dyrektorem ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego (...) sp. z o.o. A. Ś.

dowód: umowa nr (...) / I (k. 83-101)

Kierownikiem kontraktu dla robót polegających na remoncie linii kolejowej Z. - G. został R. M., zatrudniony przez (...) Oddział w S. (na stanowisku kierownik kontraktu).

dowód: zeznania świadka R. M. (k. 523-523 v)

W pierwszej kolejności przy realizacji modernizacji linii kolejowej nr (...) przystąpiono do prac rozbiórkowych, a następnie do wbudowywania nowych elementów. Największy zakres prac dotyczył odcinka między km 9,600 a 21,000, na którym rozebrano istniejącą linię kolejową i wybudowano ją na nowo w tym samym śladzie.

Materiał w postaci szyn, podkładów i innych elementów infrastruktury kolejowej, który miał być zdemonstrowany lub wymieniony w ramach realizacji inwestycji, (...) planowało odzyskać, czy to w postaci starożytecznej, nadającej się do późniejszego wbudowania, czy też w postaci złomu.

fakty niesporne

Konsorcjum, które wygrało przetarg, postanowiło część prac wykonać przy udziale podwykonawców z różnych branż budowlanych. Umowy podwykonawcze zawarto m.in. z A. K. (1) i L. R., którzy prowadzili działalność gospodarczą w zakresie robót budowlanych jako wspólnicy spółki cywilnej (...), z przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...), z firmą (...), jak również z D. B., która prowadziła jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcjno-Handlowe (...).

fakty niesporne

Dla zadania „Modernizacja linii kolejowej nr (...) Z. – G. W.” prowadzony był dziennik budowy numer (...). W dzienniku jako wykonawca wpisana została (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P., jako kierownik budowy wpisany został J. G..

Podwykonawcy spółki (...) (w tym D. D. (1), (...) s.c., Przedsiębiorstwo (...)) nie mieli w dzienniku budowy formalnego umocowania, ani też żaden przedstawiciel tych podwykonawców nie pełnił roli kierownika robót branżowych. Wszystkie roboty realizowane przez tych podwykonawców podlegały ocenie jakościowej, zgłoszeniom i odbiorom kierownika budowy J. G..

dowód: dziennik budowy (k. 1018-1064, prawidłowo wykonana fotokopia - k. 1125-1191)

opinia uzupełniająca (k. 1201-1204)

Umowę nr (...) z A. K. (1) i L. R. (wspólnikami spółki cywilnej (...)) (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. zawarła dnia 30 września 2010 r.

Jej przedmiot określono w § 1 wskazując, że podwykonawca zobowiązuje się wykonać zgodnie z umową roboty i usługi podwykonawcze wyszczególnione w załączniku nr 1 do tej umowy, dotyczące realizacji zadania o nazwie „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla projektu: Modernizacja linii kolejowej nr (...) Z. – G. W..” za szacunkowe wynagrodzenie w wysokości 927.044 zł. W § 1 ust 2 wskazano, że wynagrodzenie to ma charakter obmiarowy. W § 3 ust. 7 umowy wskazano, że podwykonawca wykona powierzone roboty osobiście, własnymi siłami oraz własnym sprzętem, zaś w przypadku zamiaru podzlecenia robót dalszym podwykonawcom zobowiązany jest uzyskać uprzednią zgodę generalnego wykonawcy (spółki (...)). W § 4 ust. 2 określono karę umowną za opóźnienie w realizacji któregośkolwiek etapów lub całości robót w stosunku do terminów określonych w załączniku nr 2 do umowy, a także w ust. 6 kary umowne związane z powodowaniem wydłużenia przydzielonego zamknięcia toru, opóźnienia pociągu, lub zmniejszenia prędkości. W § 5 z kolei uregulowano zagadnienie obmiarów, płatności i zabezpieczeń : ilości robót wyszczególnione w załączniku nr 1 są ilościami orientacyjnymi i mogą ulec zwiększeniu lub zmniejszeniu, zaś zmiana ilości nie powoduje zmiany cen jednostkowych, a rozliczenie rzeczywistych ilości poszczególnych rodzajów wykonanych robót dokonane zostanie na podstawie protokołów obmiaru robót zatwierdzonych przez zamawiającego. Umowę podpisali W. T. (członek zarządu) i P. R. (prokurent) ze spółki (...), oraz A. K. (1) reprezentujący również L. R..

W załączniku nr 1 do umowy nr (...), zatytułowanym "zestawienie robót – kosztorys", wskazano że zakres robót obejmuje wykonanie podbudowy toru nr 1 od km 9,600 do 21,000 z niesortu o grubości 0,15 m na długości 11.400 m i szerokości 5,50 m za kwotę netto 357.390 zł (436.015,80 zł brutto), ułożenie geowłókniny pod torem nr 1 od km 9,6 do 21,0 o szerokości 5,5 m i długości 11.400 m za kwotę netto 81.510 zł (99.442,20 zł brutto), wykonanie sub-warstwy pod torem nr 1 od km 9,6 do 21,0 o grubości 0,20 m, szerokości 3,85 m i długości 11.400 m za kwotę netto 333.564 zł (406.948,08 zł brutto) oraz rozładunek tłucznia w uzgodnionych miejscach za kwotę netto 154.580 zł (188.587,60 zł brutto), przy czym pierwsze trzy zadania miały być realizowane w dniach od 19 października do 12 listopada 2010 r. wyłączając niedziele i dni ustawowo wolne od pracy, zaś czwarte zadanie miało być realizowane od 9 września do 16 października 2010 r. wyłączając niedziele.

dowód: umowa podwykonawcza nr (...) z załącznikami (k. 306-319)

załącznik nr 1 do umowy podwykonawczej nr (...) (k. 316)

D. B. prowadzi od dnia 23 września 1999 r. działalność gospodarczą, wpisaną do Ewidencji Działalności Gospodarczej, której przedmiotem jest m.in. sprzedaż hurtowa drewna, sprzedaż hurtowa materiałów budowlanych i wyposażenia sanitarnego oraz sprzedaż hurtowa odpadów i złomu.

Pracownikiem D. B. jest K. Ż., w ramach stosunku pracy otrzymał on pełnomocnictwo do wykonywania wszystkich czynności w imieniu D. B., z tym do negocjowania i zawierania umów.

K. Ż. jako pełnomocnik D. B. zawierał umowę ze spółką (...), otrzymał również umocowanie do dokonywania wszystkich czynności związanych z wykonywaniem tej umowy.

dowód: zaświadczenie o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności gospodarczej (k. 41)

zeznania świadka K. Ż. (k. 517 v -522 v; k. 780)

Umowa została zawarta dnia 20 grudnia 2010 r., spółkę (...) reprezentowali dyrektorzy M. M. (1) i A. Ś., D. B. - prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe (...) - reprezentował K. Ż.. Umowa została zatytułowana "Umowa podwykonawcza nr (...)".

W § 1 ust. 1 określono przedmiot umowy jako roboty budowlane wyszczególnione w załączniku nr 1, zwane robotami demontażowymi, oraz recykling materiałów uzyskanych z rozbiórki, zwanych odpadami, w ramach realizowanej przez generalnego wykonawcę ((...) sp. z o.o.) inwestycji „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla projektu: Modernizacja linii kolejowej nr (...) Z. – G. W..”

W § 1 ust. 2 umowy wskazano, że w ramach wynagrodzenia dla podwykonawcy za prace, o których mowa w ust. 1, a wyszczególnione w pkt 2 załącznika nr 1 do umowy, podwykonawca upoważniony jest do zatrzymania odłączonych materiałów uzyskanych z rozbiórki (odpady), zaś ich ilość i rodzaj został określony w pkt 3 załącznika nr 1.

W ust. 3 wskazano, że wartość świadczeń podwykonawcy, o których mowa w ust. 1, a wyszczególnionych w pkt 2 załącznika wynosi 9.000 zł netto powiększone o należny VAT, zaś w ust. 4 wskazano, że wartość materiałów uzyskanych z rozbiórki, które zatrzyma podwykonawca wynosi 9.000 zł netto powiększone o należny VAT.

W ust. 5 z kolei wskazano, że szacunkowe wynagrodzenie netto podwykonawcy wynosi 237.000 zł netto.

Dalej wskazano, że z uwagi na obmiarowy charakter wynagrodzenia podwykonawcy ostateczna jego wartość wynikać będzie z przemnożenia ilości robót i usług wykonanych przez podwykonawcę, odebranych przez generalnego wykonawcę lub zamawiającego ((...)), przez ceny jednostkowe zawarte w umowie.

W ust. 6 wskazano, że treść uprawnień oraz zobowiązań podwykonawcy wynika z umowy, zestawienia robót – kosztorysu – załącznika nr 1, harmonogramu realizacji robót – załącznika nr 2, programu funkcjonalno-użytkowego (udostępniony podwykonawcy w biurze budowy generalnego wykonawcy), warunków kontraktu głównego z zamawiającym (udostępnione podwykonawcy w biurze budowy generalnego wykonawcy), szczegółowych warunków kontraktu generalnego wykonawcy z zamawiającym (udostępnione podwykonawcy w biurze budowy generalnego wykonawcy) oraz przepisów prawnych ogólnie obowiązujących i przepisów specjalistycznych dotyczących kolei i dróg.

W § 2 ust 2 wskazano, że podwykonawca w trakcie realizacji przedmiotu umowy ma obowiązek w pierwszej kolejności poddania odpadów budowlanych (podkładów, wysiewki, tłucznia) odzyskowi.

W § 2 ust 3 zapisano, że podwykonawca oświadcza, iż otrzymał i skontrolował dokumentację wymienioną w § 1 ust. 6 a) do f).

Z kolei w § 3 ust. 6 zapisano: Podwykonawca wykona powierzone mu roboty siłami własnymi oraz własnym sprzętem. W przypadku zamiaru podzlecenia robót dalszym podwykonawcom wymagana jest uprzednia zgoda generalnego wykonawcy oraz zaakceptowanie przez generalnego wykonawcę treści umów zawieranych z dalszymi podwykonawcami na piśmie pod rygorem nieważności. W ostatnim zdaniu ust. 6 wskazano, że podzlecenie przez podwykonawcę robót objętych umową jakimkolwiek podmiotowi bez pisemnej zgody generalnego wykonawcy uprawnia generalnego wykonawcę do naliczenia kary umownej w stosunku do podwykonawcy w wysokości 100.000 zł i potrącenie naliczonej w ten sposób kary umownej z należnego podwykonawcy wynagrodzenia.

W § 3 ust. 8 z kolei wskazano, że dalsi podwykonawcy nie mają prawa wejść na teren budowy, przebywać i rozpocząć jakichkolwiek prac na budowie bez zgody generalnego wykonawcy wyrażonej na piśmie pod rygorem nieważności.

W § 4 ust. 1 umowy wskazano, że podwykonawca zobowiązuje się do rozpoczęcia, prowadzenia i ukończenia zleconych mu robót zgodnie z harmonogramem realizacji robót według załącznika nr 2, zaś w ust. 2 określono karę umowną w wysokości 0,5% wartości umowy oznaczonej w § 1 ust. 5 umowy za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminów

określonych w załączniku nr 2, jak również analogiczną karę przewidziano za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wad lub usterek.

W § 4 ust. 4 umowy strony postanowiły, że podwykonawca zobowiązany jest do stosowania się do poleceń generalnego wykonawcy i zamawiającego, które będą konieczne w związku z koordynacją całej budowy. Generalny wykonawca uprawniony jest bez uzyskania zgody sądu do powierzenia osobom trzecim do wykonania w zastępstwie podwykonawcy na jego koszty ryzyko jakichkolwiek zobowiązań wynikających z niniejszej umowy, których podwykonawca nie wykonuje lub nienależyte wykonuje, w szczególności nie wykonuje w terminie, z zachowaniem prawa do żądania odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez podwykonawcę niniejszej umowy (wykonawstwo zastępcze). Generalny wykonawca wykona swoje uprawnienie do wykonawstwa zastępczego po wcześniejszym pisemnym zawiadomieniu podwykonawcy o niewykonaniu lub nienależytym wykonywaniu przez niego umowy.

W § 5 umowy uregulowano kwestie obmiarów, płatności i zabezpieczeń :

- w ust. 5 wskazano, że należności wynikające z faktur VAT wystawionych przez generalnego wykonawcę i podwykonawcę zostaną wzajemnie skompensowane,
- w ust. 6 wskazano, że generalny wykonawca zobowiązany jest do zapłaty zatwierdzonej kwoty w terminie płatności 30 dni od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury,
- w ust. 8 wskazano, że wyklucza się dokonywanie odbioru przez przekazanie do użytku lub przez zgłoszenie ukończenia robót, a generalny wykonawca uprawniony jest do odmowy odbioru robót wykonanych przez podwykonawcę w sposób sprzeczny z umową, w szczególności w sposób wadliwy lub niekompletny.

Wskazano również, że po zakończeniu robót strony podpiszą protokół końcowy odbioru robót w zakresie wszystkich zobowiązań umownych, w szczególności: a) rozliczenia terminowości realizacji umowy w odniesieniu do załącznika nr 2 do umowy, b) rozliczenia ilości poszczególnych rodzajów wykonanych robót i ilości uzyskanych materiałów z rozbiórki zatwierdzonych przez zamawiającego, c) zestawienia stanu rozliczeń podwykonawcy z jego podwykonawcami.

Wskazano również, że z chwilą podpisania protokołu końcowego odbioru robót ryzyko utraty lub uszkodzenia robót wykonanych przez podwykonawcę przechodzi na generalnego wykonawcę, a ostateczny odbiór robót objętych umową następuje z chwilą odbioru całości robót objętych kontraktem (umową między konsorcjum a (...)) przez zamawiającego (...), zgodnie z warunkami kontraktu.

W załączniku nr 1 do umowy nr (...) zatytułowanym „Zestawienie robót – kosztorys” pod pozycją 1 wskazano:

- roboty demontażowe od km 9,600 do 21,000 obejmujące demontaż toru, pocięcie szyn na długości żądane przez inwestora, transport szyn na podaną przez inwestora lokalizację,
- od km -0,252 do 21,000 rozbrojenie podkładów, transport materiału z uzbrojenia na podaną przez inwestora lokalizację,
- od km -0,252 do 21,000 posortowanie i wywóz pozostałych po demontażu podkładów betonowych i drewnianych z terenu budowy
- od km -0,252 do 21,000 usunięcie warstwy filtracyjnej i starego tłucznia oraz wyrównanie, zagęszczenie podłoża, wywóz z terenu budowy i utylizacja starego tłucznia oraz starej warstwy filtracyjnej i wysiewek.

Ilość określono jako 11,4 km, cenę jednostkową 20.000 zł zaś całą wartość prac zawartych pod poz. 1 na kwotę 228.000 zł. Wskazano również, że odległość wywozu ustala się do 40 km, podwykonawca potwierdza każdorazowo

kartę przekazania odpadu, rozliczenie nastąpi na podstawie obmiaru i dokumentów WZ, zaś podkłady drewniane zostaną posortowane i opakowane w pakiety po 24 sztuki.

W pozycji 2 załącznika nr 1 wskazano jako zakres robót ciągłą wymianę podkładów od km 70,000 do 70,191 oraz od km 71,000 do 73,635, obejmującą: 1. rozbrojenie podkładów, transport materiału z uzbrojenia na podaną przez inwestora lokalizację – po wymianie, 2. posortowanie i wywóz z terenu budowy pozostałych po demontażu podkładów betonowych i drewnianych po wymianie.

Ilość określono na 3.000 sztuk, cenę jednostkową po stronie kosztów określono na 3 zł a ogólną wartość na 9.000 zł. Wskazano również, że odległość wywozu ustala się do 40 km, podwykonawca potwierdza każdorazowo kartę przekazania odpadu, rozliczenie nastąpi na podstawie obmiaru i dokumentów WZ, zaś podkłady drewniane zostaną posortowane i opakowane w pakiety po 24 sztuki.

Pod pozycją 3 załącznika nr 1 wskazano jako zakres robót ciągłą wymianę podkładów od km 70,000 do 70,191 oraz od km 71,700 do 73,635, jako zakres rzeczowy wskazano: podkład betonowy po demontażu i rozbrojeniu, ilość określono na 3.000 sztuk zaś cenę jednostkową po stronie sprzedaży określono na 3 zł, zaś ogólną wartość na 9.000 zł.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy nr (...) zatytułowanym „Proponowany harmonogram zamknięć na linii (...) Z. – G. W.”:

- roboty demontażowe km -0,252 do 9,600 miały trwać od 29 marca do 12 kwietnia 2011 r.,

- na odcinku od km 70,000 do 70,191 oraz od km 71,700 do 73,635 ciągłą wymianę podkładów-rozbrojenie podkładów, transport materiałów z uzbrojenia na podaną przez inwestora lokalizację – po wymianie oraz ciągłą wymianę podkładów-posortowanie i wywóz z terenu budowy pozostałych po demontażu podkładów betonowych i drewnianych – po wymianie miała być realizowana 21 - 31 grudnia 2010 r. oraz 18 - 31 stycznia 2011 r.,

- ciągłą wymianę podkładów-podkład betonowy po demontażu i rozbrojeniu na odcinku od km 70,000 do 70,191 oraz od km 71,700 do km 73,635 miała być realizowana 21 - 31 grudnia 2010 r. oraz 18 - 31 stycznia 2011 r.

dowód: umowa podwykonawcza nr (...) (k. 11-14, 299-303, 439-445)

załącznik nr 1 do umowy podwykonawczej nr (...) (k. 15, 304, 446)

załącznik nr 2 do umowy podwykonawczej nr (...) (k. 305, 447)

Prace wykonywane przez przedsiębiorstwo (...) w całości prowadził jej pełnomocnik K. Ż.. D. B. osobiście nie uczestniczyła w realizacji prac na torowisku. Za wszystkie prace odpowiedzialny finansowo i organizacyjnie był K. Ż..

dowód: zeznania świadka K. Ż. (k. 517 v -522 v; k. 780)

przesłuchanie powódki (k. 1192 v- 1193)

Na stanowisku dyrektora finansowego oddziału kolejowego spółka (...) zatrudniała A. Ś.. Do jego zadań należało przygotowanie wykonania kontraktu związanego z modernizacją linii kolejowej numer (...) Z. - G., podpisanie umowy, wyznaczenie kierowników finansowego i technicznego, którzy mieli bezpośrednio realizować ten kontrakt. A. Ś. w zasadzie nie był na budowie, otrzymywał natomiast informacje drogą mailową i telefoniczną jak wyglądała sytuacja przy realizowaniu robót.

Na stanowisku dyrektora kontraktu dotyczącego inwestycji związanej z modernizacją linii kolejowej numer (...) Z. - G. (...) spółka (...) zatrudniła J. G.. J. G. czynnie uczestniczył w realizacji budowy, brał udział na naradach budowlanych, pełnił funkcję kierownika budowy.

Z kolei na stanowisku kierownika finansowego przez spółkę (...) zatrudniony był Ł. W.. Zajmował się on rozliczaniem finansowym budowy, kontaktami z podwykonawcami, prowadził negocjacje w czasie trwania budowy, zajmował się rozliczaniem umów, fakturowaniem, prowadził kontrolę księgową i finansową budowy.

dowód: zeznania świadka A. Ś. (k. 708 v, transkrypcja k. 756-757)

zeznania świadka Ł. W. (k.566v -567v,567a, transkrypcjak.738-755)

zeznania świadka J. G. (k. 566-566 v, 567a, transkrypcja k.716-773)

W czasie wykonywania robót przedsiębiorstwo (...) miało opóźnienia w stosunku do harmonogramu. Okoliczność tą zauważył dyrektor finansowy oddziału kolejowego spółki (...) oraz zwrócił na to uwagę podległym pracownikom : J. G. i Ł. W.. J. G. rozmawiał na ten temat K. Ż.. Jednocześnie K. Ż. odmówił wykonywania części prac, w szczególności związanych z zagęszczeniem gruntu. Między stronami pojawił się spór, jakie prace należą do zakresu robót zleconych D. B..

dowód: zeznania świadka Ł. W. (k.566v -567v,567a, transkrypcjak.738-755)

zeznania świadka J. G. (k. 566-566 v, 567a, transkrypcja k.716-773)

zeznania świadka A. Ś. (k. 708 v, transkrypcja k. 756-757)

zeznania świadka K. Ż. (k. 517 v -522 v; k. 780)

Dnia 8 kwietnia 2011 r. (...) sp. z o.o. wystawiła certyfikat płatności faktury nr (...) za zlecenie nr (...) (...) z dnia 8 kwietnia 2011 r. na rzecz P. S. (1) (Przedsiębiorstwo (...)), za prace wykonane w ramach modernizacji linii kolejowej nr (...), obejmujące poszerzenie nasypu/wykopu do rzędnych projektowych wraz ze zdjęciem humusu, schodkowaniem, wyprofilowaniem i zagęszczeniem, o wartości netto 196.000 zł, oraz za wykonanie wymiany gruntu od km 11,050 do 11m550 na głębokości 30 cm na szerokości 7,29 m o wartości netto 53.581,50 zł.

Certyfikat został podpisany przez P. S. (1) oraz ze strony spółki (...) przez kierownika finansowego Ł. W..

Zlecenie to nie obejmowało robót wykonywanych za przedsiębiorstwo (...).

dowód: certyfikat płatności faktury nr (...) (k. 323)

opinia biegłego (k. 894, w szczególności str. 41 i 52 opinii)

ustne wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie (k. 979v-980, 987)

załącznik do protokołu złożony przez biegłego (k.974-976)

Dnia 21 kwietnia 2011 r. (...) S.C. wystawiła fakturę VAT nr (...), w której jako nabywcę wskazano (...) sp. z o.o. Faktura została wystawiona na 75.915 zł za:

1. usunięcie warstwy filtracyjnej wraz z plantowaniem, zagęszczeniem podłoża w km od 20,300 do 21,000 na linii nr (...) na kwotę 70.749,60 zł
2. przygotowanie dróg leśnych dojazdowych oraz opłatę za dzierżawę dróg na kwotę 5166 zł.

Faktura została podpisana przez dyrektora kontraktu J. G. oraz osobę upoważnioną do wystawienia faktury z ramienia (...) s.c. A. K. (1), L. R.. Na fakturze znajdują się również podpisy kierownika robót P. B., kierownika finansowego Ł. W. oraz dyrektora ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego A. Ś..

Faktura w części objętej pkt 1, tj. w zakresie kwoty 70.749,60 zł została wystawiona za prace wykonywane przez spółkę (...) w ramach wykonawstwa zastępczego za firmę (...).

dowód: faktura nr (...) (k. 126, 332, 457)

opinia biegłego (k. 894, w szczególności str. 41 i 52 opinii)

ustne wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie (k. 979v-980, 987)

załącznik do protokołu złożony przez biegłego (k.974-976)

D. B. od kwietnia 2011 r. część prac zleciła podwykonawcy - spółce cywilnej (...). K. Ż. wiedział, że w ramach spółki cywilnej (...) część prac wykonuje P. S. (1), początkowo był jednak przekonany, że jest on pracownikiem spółki cywilnej (...), później dowiedział się, że jest jej podwykonawcą.

Między D. B. (jako zleceniodawcą), reprezentowaną przez pełnomocnika K. Ż., a współnikami spółki cywilnej (...) (jako zleceniobiorcami), reprezentowanymi przez współnika H. M., zostało zawarte pisemne zlecenie na prace wykonane na odcinku od km 21 do km 19 (B.), obejmujące prace koparką i transport w okresie od 11 kwietnia 2011 r. do 15 kwietnia 2011 r. oraz wykonanie od 15 kwietnia 2011 r. od 27 kwietnia 2011 r.

W pisemnym zleceniu wskazano, że zakres robót objętych zleceniem obejmował ściągnięcie tłucznia i piasku w ilości 8.425 m³, w tym załadunek na samochody w ilości 5.640 m³, wywóz samochodami urobku w ilości 5.640 m³ oraz wykonanie dna pod nowe torowisko. Wskazano również, że rozliczenie następuje wg poniesionych kosztów na tym odcinku: PHU (...) – 33.660 zł netto, PW P. S. (1) – 76.180 zł netto, co składa się razem na koszty zleceniobiorcy w kwocie 109.840 zł netto.

W zleceniu zapisano, że zleceniodawca potwierdza właściwe wykonanie powyższych racji i przyjmuje je do rozliczenia.

Ustalono również koszty innych robót, zatwierdzonych przez K. Ż., płatnych przez D. bezpośrednio wykonawcom tych robót: transport obcy + D. ok. 18.990 zł netto, spycharka 13.200 brutto ok 10.700 zł netto, walec 9.000 brutto ok. 7.300 zł netto – razem ok. 36.900 zł netto.

Wskazano również, że wykonane 2 km uważa się za zakończone w dniu 27 kwietnia 2011 r. o godzinie 14.00 i wszelkie prace, które ewentualnie będą wykonywane po tej dacie, będą wymagały dodatkowego wynagrodzenia. Zapisano również, że nasypy nie zostały ujęte w kosztach i zostaną rozliczone według ustalonych stawek w oddzielnym zleceniu.

Dokument podpisali K. Ż. oraz H. M..

dowód: zlecenie (k. 507)

zeznania świadka K. Ż. (k. 517 v -522 v; k. 780)

W dniu 2 maja 2011 r. K. Ż. pocztą elektroniczną zwrócił się do J. G. ze zgłoszeniem niezgodności wysokości raperów deklarowanych oraz z prośbą o interwencję u geodety w tej sprawie. Wskazał również, że w załączeniu przesyła oryginalny e-mail od swojego podwykonawcy, który jest odpowiedzialny za przeprowadzenie niwelacji i zagęszczania dna torowiska.

W załączeniu przesłany został e-mail od PHU (...) S.C., podpisany przez P. S. (1).

dowód: korespondencja elektroniczna (k. 268-269)

Pismem z dnia 18 maja 2011 r. A. M. i H. M. jako PHU (...) S.C. zawiadomili (...) S.A. Centrum (...) Inwestycji Oddział w S. o tym, że zawarli z podwykonawcą inwestycji „Modernizacja linii kolejowej nr (...) Z. – G. W..” D. B., działającą pod firmą (...), umowę o podwykonawstwo robót budowlanych w zakresie obejmującym ściągnięcie tłucznia

i piasku oraz załadunek na samochody, wywóz samochodami urobku na odległość do 1 km, wykonanie koryta dna toru z zagęszczeniem. Wskazali również, że brak ze strony (...) pisemnego sprzeciwu w terminie 14 dni lub zastrzeżeń co do uczestnictwa (...) na budowie uznają za akceptację. Zaznaczyli również, że zawiadomienie to stanowi wykonanie obowiązków podwykonawcy i wykonawcy w zakresie wynikającym z art. 647⁽¹⁾ § 2 i 5 k.c. Wskazali również, że jako załącznik przesyłają kopię zawartej umowy.

dowód: pismo "zawiadomienie" z 18.05.2011 r. (k. 137, 267)

W trakcie budowy odbywały się cyklicznie narady robocze, w których uczestniczyli przedstawiciele podmiotów w budowę zaangażowanych – generalnego wykonawcy i podwykonawców wykonujących roboty na budowie.

fakty niesporne

W dniu 28 kwietnia 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że według harmonogramu robót przyjętego do realizacji do dnia narady powinien zostać zdemontowany to w całości od km 21,00 do km 9,600, warstwa tłucznia zdjęta od km 21,00 do km 9,600 oraz podłoże powinno być przygotowane od km 21,00 do km 9,600, podczas gdy wykonano demontaż toru do km 15,650, zdjęcie warstwy tłucznia do km 16,700, przygotowanie podłoża pod warstwy wzmacniające do km 19,300, warstwę wzmacniającą wykonano do km 19,800, warstwę tłucznia do km 19,800, a materiały po demontażu nie zostały zabrane i uporządkowane. Wskazano również, że D. uszkodził przepust w km 18,990, kanalizację w km 19,087, peron w km 18,990 na długości 50m. Wskazano również, że usunięty ma zostać zdemontowany materiał przez D., a odzyskany materiał D. ma składować w taki sposób, żeby nie przeszkadzał innym.

W pkt 4 notatki, zatytułowanym (...), zapisano, że w związku z powyższym generalny wykonawca proponuje wdrożyć program naprawczy polegający na stworzeniu wspólnego harmonogramu robót do realizacji i bezwzględnego przestrzegania, a w przypadku opóźnienia w realizacji harmonogramu o trzy dni, generalny wykonawca zastrzega sobie prawo do wprowadzenia wykonawcy zastępczego, którego celem będzie przywrócenie zaawansowania robót zakładanego harmonogramem, a kosztami będzie obciążana firma, u której generalny wykonawca stwierdzi opóźnienie.

Generalny wykonawca zobowiązał również D. do naprawy wskazanych uszkodzeń. Zaznaczono również, że harmonogram zostanie opracowany dnia 29 kwietnia 2011 r. i przesłany do (...)B..

Notatkę podpisali m.in. J. G., K. Ż., A. K. (1) i L. R..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 28.04.2011 r. (k. 121)

Dnia 29 kwietnia 2011 r. sporządzono kolejną notatkę z narady roboczej, podpisaną przez J. G. i K. Ż..

W notatce tej wskazano, że w uwzględnieniu wszystkich zmian dotyczących wykonania podłoża i nasypów na linii (...) od km 21,00 do km 9,600 strony ustaliły, że demontaż toru zostanie zakończony w terminie do dnia 16 maja 2011 r., przygotowanie podłoża z poszerzeniem skarp i odbiorem zostanie wykonane w terminie do dnia 11 czerwca 2011 r., uporządkowanie materiałów i zdanie do (...) w Z. (...) (...)ż nastąpi w terminie do dnia 30 czerwca 2011 r., kamienie hektometrowe zostaną złożone na stacjach B. i L. w terminie do dnia 20 czerwca 2011 r., w miejscach, gdzie zachodzi konieczność poszerzenia nasypu D. utworzy dodatkowy front robót w celu przyspieszenia prac ziemnych. D. gwarantuje przerób dzienny w ilości 280 mb podłoża na całej szerokości właściwie wyprofilowanego i zagęszczonego, przy czym średni przerób dzienny uwzględni wykonanie poszerzenia nasypów. Wskazano również, że ziemne roboty dodatkowe wynikające z różnicy przekroju (wykończenie nasypów) określa się na kwotę 40 zł/m⁽³⁾. Wskazano również, że brakujące masy ziemne konieczne do wykonania nasypu będą pochodziły z materiału odzyskanego przez D. (stanowiącego w umowie wynagrodzenie za demontaż i roboty ziemne), przy czym wartość jednej tony określa się na kwotę netto 5 zł. Firma (...) potwierdziła również odbiór podkładów drewnianych jako odpadu po robotach torowych na linii 203 G. W.. – K. w ilości 7.656 sztuk (382,8 Mg), zaś S. przekazała inwentaryzację geodezyjną istniejących nasypów oraz protokół przewidywanych odzysków z linii (...).

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 29.04.2011 r. (k. 210, 396)

Według notatek z dnia 28 i 29 kwietnia 2011 r. sporządzono dokument "Proponowany harmonogram zamknięć na linii (...) Z.-G.", dotyczący prac na torze nr 1 od km -0,252 do km 30,494 (Szlak Z.-M. i stacja M.). Zakres robót określono jako oczyszczenie i uzupełnienie podsypki oraz podbicie i regulacja toru wraz z dokręceniem śrub i wkrętów w km od -0,252 do 9,600, kompleksowa wymiana nawierzchni w km od 9,600 do 21,000, regulacja toru w planie i profilu, mechaniczne podbicie toru, dokręcenie i uzupełnienie śrub i wkrętów w km od 21,000 do 30,494, ścięcie ław torowiska na odcinkach oczyszczania podsypki i kompleksowej wymiany nawierzchni od km -0,252 do 9,600 i od km 9,600 do 21,000.

Wskazano, że prace te ma wykonywać w okresie od 13 kwietnia do 14 czerwca 2011 r. (...)B. w zakresie warstwy wzmacniającej/sub-warstwy, w okresie od 9 kwietnia do 15 maja 2011 r. D. w zakresie rozbiórki, oraz w okresie od 9 kwietnia do 11 czerwca 2011 r. D. w zakresie przygotowania podłoża z poszerzeniem skarp i odbiorem.

Harmonogram podpisał J. G., K. Ż. oraz A. K. (1).

dowód: proponowany harmonogram wg notatek z 28.04.2011 r. i 29.04.2011 r. (k. 242, 399)

Wpisem w dzienniku budowy z dnia 20 kwietnia 2011 r. zostało zgłoszone do odbioru podłoże od km 20,400 do km 19,500.

Dnia 4 maja 2011 r. (...) S.C. wystawiła fakturę VAT nr (...), w której jako nabywcę wskazano (...) sp. z o.o. Fakturę wystawiono za usunięcie warstwy filtracyjnej wraz z plantowaniem, zagęszczeniem podłoża w kilometrze 19,800 do 20,300 linii (...) za kwotę netto 42.540 zł (brutto 52.324,20 zł) w ilości 1.063,50 m⁽³⁾ i cenie jednostkowej 40 zł netto. Fakturę podpisała osoba upoważniona do jej wystawienia z ramienia (...) s.c. A. K. (1), L. R., a także kierownik robót P. B., kierownik finansowy Ł. W. oraz dyrektor ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego A. Ś.

Faktura została wystawiona za prace wykonywane przez spółkę (...) w ramach wykonawstwa zastępczego za firmę (...).

dowód: faktura nr (...) (k. 124, 335, 455)

opinia biegłego (k. 894, w szczególności str. 41 i 52 opinii)

ustne wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie (k. 979v-980, 987)

załącznik do protokołu złożony przez biegłego (k.974-976)

dziennik budowy (k. 1018-1064, prawidłowo wykonana fotokopia - k. 1125-1191)

(...) sp. z o.o. zleciła (...) S.C. prace obejmujące usunięcie warstwy filtracyjnej wraz z plantowaniem i zagęszczeniem podłoża w kilometrze 17,000 do 17,600. Były to prace zastępcze, objęte zakresem umowy łączącej spółkę (...) i firmę (...).

Prace te zostały wykonane w okresie od 19 kwietnia 2011 r. do 22 kwietnia 2011 r., co potwierdzono protokołem odbioru wykonanych robót nr 04/04/2011, sporządzonym dnia 9 maja 2011 r. Protokół został podpisany przez przedstawiciela (...) S.C.

Dnia 16 maja 2011 r. (...) S.C. wystawiła fakturę VAT nr (...) za wykonanie robót objętych tym protokołem. Fakturę wystawiono za usunięcie warstwy filtracyjnej wraz z plantowaniem, zagęszczeniem podłoża w kilometrze 17,000 do 17,600 linii (...) za kwotę netto 51.048 zł (brutto 62.789,04 zł) w ilości 1.276,20 m⁽³⁾ i cenie jednostkowej 40 zł netto.

Fakturę podpisała osoba upoważniona do jej wystawienia z ramienia (...) s.c. A. K. (1), L. R., a także J. G., kierownik robót P. B., kierownik finansowy Ł. W. oraz dyrektor ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego A. Ś.

dowód: faktura nr (...) (k. 128, 324, 460)

protokół odbioru wykonanych robót z 09.05.2011 r. (k. 327)

opinia biegłego (k. 894, w szczególności str. 41 i 52 opinii)

ustne wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie (k. 979v-980, 987)

załącznik do protokołu złożony przez biegłego (k.974-976)

Przedsiębiorstwo (...) wciąż miało opóźnienia w stosunku do harmonogramu, co więcej K. Ż. ciągle odmawiał wykonywania części prac, wskazując że nie leżą one w zakresie objętym umową łączącą D. B. i spółkę (...).

Wobec odmowy wykonywania tych prac przez K. Ż. J. G. poinformował, że prace te zostaną zlecone podwykonawcom zastępczym: P. S. (1) oraz firmie (...). K. Ż. pozostał przy swoim stanowisku, że prace zlecone tym podwykonawcom nie należą do zakresu robót, które obejmowała umowa między spółką (...).

Prace zastępcze miały być również zlecone w ramach podwykonawstwa zastępczego spółce cywilnej prowadzonej przez (...) S.C.

W dniu 10 maja 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że na dzień 28 kwietnia 2011 r. wykonano demontaż toru do km 15,650, zdjęto warstwę tłucznia do km 16,700, przygotowano podłoże pod warstwy wzmacniające do km 19,300, warstwę wzmacniającą i warstwę tłucznia wykonano do km 19,800, a materiały po demontażu były niezabrane i nieuporządkowane. Wskazano również, że na dzień 9 maja 2011 r. wykonany był demontaż toru do km 14,100, zdjęto warstwę tłucznia do km 15,100 z wyłączeniem odcinka od km 16,700 do 15,900, przygotowano podłoże pod warstwę wzmacniającą do km 18,200, warstwę wzmacniającą do km 18,350, a warstwę tłucznia do km 18,650. Wskazano również, że w okresie od 28 kwietnia do 9 maja 2011 r. postęp robót co do demontażu toru wyniósł 1.550 mb, co do zdjęcia warstwy tłucznia – 800 mb, przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą – 1.100 mb, warstwę wzmacniającą – 1.450 mb, warstwę tłucznia – 1.150 mb. Wskazano również, że dzienny przerób za osiem dni roboczych wynosi co do demontażu toru wyniósł 194,7 mb, co do zdjęcia warstwy tłucznia – 100 mb, przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą – 137,5 mb, warstwę wzmacniającą – 181,25 mb, warstwę tłucznia – 143,75 mb.

W punkcie 5 notatki wskazano, iż w związku z tym, że opóźnienia w realizacji harmonogramu przekraczają trzy dni generalny wykonawca przystępuje do działań mających na celu wprowadzenie wykonawcy zastępczego, zgodnie z zapisem pkt 4 narady z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Wskazano również, że (...)B. w dniu 11 maja 2011 r. do godziny 10.00 udzielił odpowiedzi, czy podejmie się wykonania podłoża pod warstwę wzmacniającą i na jakim odcinku w porozumieniu z D. i generalnym wykonawcą.

Ponadto wskazano, że w związku z brakiem frontu robót (...)B. chce opuścić plac budowy z kosztami zjazdu i ponownego przyjazdu szacowanymi na 45.000 zł, którymi obciąży generalnego wykonawcę.

Wskazano także, iż (...)B. proponuje, aby po zakończeniu robót na całym odcinku zakresu przewidzianego dla (...)B. odjęty został założony czas pracy w harmonogramie dołączonym do umowy, a pozostałe dni robocze zostały potraktowane jako przestój, przy czym każdy dzień przestoju kosztuje 13.000 zł, czym (...)B. obciąży generalnego wykonawcę. Z dniem 10 maja 2011 r. (...)B. kończy prace z uwagi na brak frontu robót.

Wskazano także, iż wykonanie robót w przejazdach (...)B. wykona w dniu 11 maja 2011 r. budując kolejne warstwy, przy czym górna powierzchnia będzie wykonana z tłucznia, a przejazd B. wykona D. - roboty ziemne na dzień 11 maja 2011 r. do godziny 12.00.

Wskazano również, że generalny wykonawca obciąży D. kosztami przestoju, przy czym D. podniósł, że uważa, iż do 16 czerwca 2011 r. skończy prace w przygotowaniu podłoża pod warstwę wzmacniającą, a także, iż w związku ze zmianami projektowymi D. nie uznaje opóźnienia do dnia 28 kwietnia 2011 r.

Generalny wykonawca stwierdził, że do dnia 28 kwietnia 2011 r. wykonano przygotowania podłoża długości 1.700 mb, z czego (...)B. wykonał 650 m od km 21,000 do 20,350 i 550 m od km 20,350 do 19,800 wynoszący łącznie 1.200 mb, co oznacza, że D. wykonał w tym czasie odcinek od 19,800 do km 19,300, czyli przez cały okres 500 m. W notatce wskazano również, że D., pomimo deklaracji, nie wzmocnił sprzętowo robót do chwili narady.

Wskazano również, że w dniu 16 maja 2011 r. W.-B. przystępuje do montażu podsuwnicowego od km 21,200 do 18,200, a także, iż w dalszym ciągu nie został uporządkowany materiał z odzysku po demontażu linii.

Pod notatką podpisali się: J. G. i K. Ż., a także L. R., Ł. W., A. K. (1), Ł. B., M. W. (1), P. K., P. S. (2) oraz P. P..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 10.05.2011 r. (k. 211-212, 397-398)

zeznania świadka Ł. W. (k.566v -567v,567a, transkrypcjak.738-755)

zeznania świadka J. G. (k. 566-566 v, 567a, transkrypcja k.716-773)

zeznania świadka A. Ś. (k. 708 v, transkrypcja k. 756-757)

zeznania świadka K. Ż. (k. 517 v -522 v; k. 780)

zeznania świadka L. R. (k. 867-868)

zeznania świadka A. K. (1) (k. 789-789 verte)

zeznania świadka P. S. (1) (k. 558-559 v)

opinia biegłego (k. 894)

ustne wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie (k. 979v-980, 987)

załącznik do protokołu złożony przez biegłego (k.974-976)

J. G. i Ł. W. uważali, że poprzez odpowiedni zapis w pkt 5 notatki z dnia 10 maja 2011 r., okazanej oraz przedstawionej do podpisu K. Ż., spółka (...) dochowała określonego w § 4 ust. 4 umowy podwykonawczej wymogu powiadomienia firmy (...), dotyczącego wprowadzenia wykonawcy zastępczego.

dowód: zeznania świadka Ł. W. (k.566v -567v,567a, transkrypcjak.738-755)

zeznania świadka J. G. (k. 566-566 v, 567a, transkrypcja k.716-773)

W dniu 17 maja 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że zaawansowanie robót na dzień 17 maja 2011 r. przedstawia się w ten sposób, że wykonano: demontaż toru od km 21,000 do km 13,350 oraz od km 9,600 do km 10,300, zdjęto warstwę tłucznia od km 21,000 do km 13,800, przygotowano podłoże pod warstwę wzmacniającą od km 21,000 do km 17,200, od km 17,000 do km 16,850, od km 15,690 do km 15,250, warstwa wzmacniająca została wykonana od km 21,000 do km 17,700, warstwa tłucznia od km 21,000 do km 17,700, zaś materiały po demontażu są niezbrane i nieuporządkowane. Wskazano również, że postęp robót od dnia 9 maja 2011 r. do dnia 17 maja 2011 r. co do demontażu toru wyniósł 1.450 m, zdjęcia warstwy tłucznia 2.450 m, przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą 1.590 m, warstwa wzmacniająca została wykonana na długości 650 m, warstwa tłucznia-950 m.

Dalej wskazano, że (...) - (...) zobowiązuje się w dniach od 18 maja 2011 r. do dnia 25 maja 2011 r. wykonać przygotowanie podłoża pod warstwę wzmacniającą od km 14,770 do km 13,350 oraz we wskazanej w trakcie robót innej lokalizacji o łącznej długości 1.800 mb.

Wskazano, że (...)B. zobowiązuje się do wykonania 600 mb przygotowania podłoża w km od 9,600 do 10,200, a D. udostępni front robót od dnia 19 maja 2011 r. (...)B. w km od 9,600 do 10,200.

Wskazano również, że dnia 24 maja 2011 r. D. zakończy demontaż nawierzchni.

(...) - (...) i (...)B. zobowiązały się do wykonania przejazdu w km 19,000 do dnia 20 maja 2011 r.. Wskazano także, iż D. dokona każdorazowo obmiarów robót wykonanych nasypów i przedstawi je generalnemu wykonawcy do akceptacji.

Notatkę podpisali: J. G., K. Ż., Ł. B., M. W. (1), H. M., P. S. (1), Ł. W., P. P., A. B., P. S. (3), P. S. (2), Ł. J. i P. K..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 17.05.2011 r. (k. 213-214, 400-401)

Sporządzono notatkę z narady roboczej z dnia 24 maja 2011 r., w której zamieszczono 14 punktów.

W pkt 1 wskazano, że wykonano na dzień 23 maja 2011 r. demontaż toru od km 21,000 do 13,350 i od km 9,600 do 11,800, zdjęcie warstwy tłucznia od km 21,000 do 13,450, przygotowano podłoże pod warstwę wzmacniającą od km 21,000 do 17,200, od km 17,000 do 16,850, od km 15,690 do 15,000, od km 14,550 do 14,350, od km 14,250 do 13,750, od km 13,650 do 13,550, warstwę wzmacniającą wykonano od km 21,000 do km 17,200 i od km 15,700 do km 15,100, warstwa tłucznia od km 21,000 do km 17,550 i od km 15,700 do km 15,550, zaś materiały po demontażu nie zostały zebrane i uporządkowane. Firma (...) zobowiązuje się przystąpić do prac od 30.05.2011 r. i zakończyć je do 30.06.2011r.

W pkt 2 opisano zaawansowanie robót na 17 maja 2011 r.

W pkt 3 wskazano, że postępowanie od dnia 17 maja 2011 r. do 23 maja 2011 r. co do demontażu toru wyniósł 1.500 m, zdjęcia warstwy tłucznia 350 m, przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą 1.050 m, warstwa wzmacniająca 1.100 m, warstwa tłucznia 300 m.

W pkt 4 wskazano, że (...) - (...) zobowiązuje się w dniach od 18 maja 2011 r. do 25 maja 2011 r. wykonać przygotowanie podłoża pod warstwę wzmacniającą od km 14,770 do 13,350 oraz we wskazanej w trakcie robót innej lokalizacji o łącznej długości 1.800 mb.

W pkt 5 wskazano, że (...)B. zobowiązuje się do wykonania 600 mb przygotowania podłoża w km od 9,600 do km 10,200.

W pkt 6 wskazano, że D. udostępni front robót od dnia 19 maja 2011 r. (...)B. w km 9,600 do 10,200, zaznaczono przy tym, że firma (...) nie wywiązała się ze zobowiązania dotyczącego przekazania placu robót firmie (...).

W pkt 7 wskazano, że do dnia 29 maja 2011 r. D. zakończy demontaż nawierzchni.

W pkt 8 wskazano, że firma (...) dokona każdorazowo obmiarów robót wykonanych nasypów i przedstawi je generalnemu wykonawcy do akceptacji.

W pkt 9 wskazano, iż (...) podtrzymuje termin realizacji odcinka od km 16,850 do 15,700 do dnia 5 czerwca 2011 r.

W pkt 10 firma (...) zobowiązała się do wykonania 400 mb dziennie zdjęcia tłucznia.

W pkt 11 wskazano, że płyty przejazdowe oraz oznakowanie przejazdu są niszczone przy demontowaniu przez D..

W pkt 12 zaznaczono, że D. oświadcza, iż ma zgodę właścicieli na składowanie materiałów na placach, na których je składowuje.

W pkt 13 zaznaczono, że według generalnego wykonawcy kamienie hektometrowe są niewłaściwie przechowywane.

W pkt 14 generalny wykonawca potwierdził, że od km 21,000 do 17,200, od km 17,000 do 16,850, od km 15,690 do 15,000, od km 14,550 do 14,350, od km 14,250 do 13,750 i od km 13,650 do 13,550 dokonano odbiorów robót ziemnych.

Notatkę podpisali J. G., K. Ż., L. B., A. K. (1), L. R., M. W. (1), P. K., H. M., P. S. (1), Ł. W., P. P. i R. F..

dowód: notatka z narady roboczej z 24.05.2011r. - oryginał (k. 534-535)

notatka z narady roboczej z 24.05.2011r. wyciąg złożony przez powódkę (k.215-216)

notatka z narady roboczej z 24.05.2011r. odpis złożony przez interwenienta (k.402-403)

W dniu 1 czerwca 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że na dzień 31 maja 2011 r. pozostał do wykonania demontaż toru od km 13,150 do km 13,250, który nastąpi po wskazaniu przez (...) (...)ż istniejących kabli w torze, pozostało zdjęcie warstwy tłucznia od km 10,800 do km 13,150, przygotowanie podłoża pod warstwę wzmacniającą wykonano od km 21,000 do km 16,850, ok km 15,000 do km 15,700, od km 14,750 do km 13,450 i od km 9,600 do km 10,300 (w sumie 6,850 km), warstwę wzmacniającą wykonano ok km 21,000 do 17,200, od km 15,700 do 15,000 i od km 14,550 do 13,450 (w sumie 6,000 km), warstwę tłucznia wykonano od km 21,000 do 17,200, od km 15,700 do 15,000 i od km 14,550 do 13,450 (w sumie 5,600 km).

Opisano również postęp robót od dnia 24 maja do dnia 1 czerwca 2011 r.: co do przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą wyniósł 1.410 m, wykonanej warstwy wzmacniającej 1.600 m, warstwy tłucznia 2.000 m.

Generalny wykonawca wskazał, że w jego ocenie niezadowalający jest postęp robót prowadzonych przez firmę (...) na odcinku od km 16,850 do 15,700, w związku z czym wnioskuje o zwiększenie mocy przerobowej na tym odcinku.

Wskazano również, że w związku z tym, że notorycznie niszczone są paliki geodezyjne, każde dodatkowe wznowienie palików będzie kosztować 200 zł za sztukę.

Zaznaczono również, że (...) - (...) w załączniku do notatki przedstawia obmiary robót do wykonania nasypów. Wskazano, że (...) pozyska materiał na budowę nasypów z torowiska oraz z placu składowego w K. od D., przy czym koszty materiału ponosi (...) sp. z o.o. Wskazano również, że S. wystąpi do (...) (...)ż o zwołanie komisji w celu ustalenia położenia kabla srk na stacji L.. Generalny wykonawca stwierdził również, że w km 15,000-14,700 (...) - (...) dokonał pocięcia szyny. Wskazano również, że z uwagi na pocięcia szyn w km 19,300 dokonano dodatkowego przecięcia szyny, a w km 18,300-18,500 wycięto pokrzywionej szyny 110 mb, co spowodowało konieczność przeciągnięcia szyn przy montażu toru podsuwnicowego o 100 m. Wskazano również, że w km 18,300 do 18,100 zostało wykonane dodatkowo 10 cięć na prawym i lewym toku z uwagi na pocięcie szyn. Zaznaczono również, że w związku z napływającą wodą z podtorza oraz z lasu w km 17,150-17,050 generalny wykonawca zaleca wyłożenie wykonanego rowu geowłókniną oraz zasypanie go tłuczniem. Geowłókninę na plac budowy miał dostarczyć generalny wykonawca.

Notatkę podpisali: K. Ż., P. P., Ł. B., A. K. (2), M. W. (1), P. K., D. H., K. N., R. F. i P. S. (2).

Dokonano również odręcznej adnotacji, iż przedstawiciele M. odmówili podpisu ponieważ twierdzą, że nie widzieli tej szyny.

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 1.06.2011 r. (k. 217-218, 404-405)

W dniu 8 czerwca 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że na dzień 7 czerwca 2011 r. tor nie był zdemontowany na odcinku od km 13,200 do 13,450 i nastąpi to po wskazaniu przez (...) (...) z istniejących kabli w torze, zdjęcie tłucznia: pozostało od km 11,700 do 13,450, wykonano przygotowanie podłoża pod warstwę wzmacniającą od km 21,000 do 16,850, od km 15,700 do km 13,450 i od km 9,600 do km 10,300 (w sumie 7,100 km), wykonano warstwę wzmacniającą od km 21,000 do km 16,850, od km 15,700 do km 15,000, od km 14,750 do km 13,450 i od km 9,600 do 10,300 (w sumie 6,700 km), warstwę tłucznia wykonano od km 21,000 do 17,150, od km 15,700 do 15,000, od km 14,750 do 13,450 i od km 9,600 do 10,300 (w sumie 6,500 km).

Opisano postęp robót: co do przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą - 250m, co do warstwy wzmacniającej - 700 m, co do warstwy tłucznia - 900 m.

Wskazano, że D. w następnym dniu przekaże do zabudowy niesortem odcinek od km 10,300 do 11,150 (bez przejazdu), jak również wskazano, że generalny wykonawca zobowiązuje D. do usunięcia podkładów od km 12,900 do 12,700 znajdujących się na drodze dojazdowej wzdłuż toru kolejowego linii (...).

W pkt 10 notatki generalny wykonawca zgłosił zastrzeżenia do prac przedsiębiorstwa (...), zapisano, że w obecnym zabezpieczeniu sprzętowym i osobowym (...) nie jest w stanie zachować terminu, do którego się zobowiązała, w wyniku powyższego może dojść do opóźnienia rozładunku podkładów i montażu toru, co generuje istotne koszty, którymi zostanie obciążona firma (...).

Wskazano również, że (...) zobowiązuje się do skończenia prac ziemnych przy poszerzaniu nasypów do dnia 10 czerwca 2011 r. od km 16,850 do 15,700 oraz, że zobowiązuje się do przygotowania podłoża pod zabudowę niesortem od dnia 10 września 2011 r. od km 16,850 do 15,700.

Notatkę podpisali: J. G., K. Ż., P. S. (1), P. P., Ł. B., A. K. (2), L. R., R. D., P. K., H. M., M. W. (2), K. N., P. S. (3), P. S. (2), Ł. J. i Ł. W..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 8.06.2011 r. (k. 406-407)

W dniu 15 czerwca 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że na dzień 15 czerwca 2011 r. nadal nie został zdemontowany tor na odcinku od km 13,200 do 13,450 i nastąpi to po wskazaniu przez (...) (...) z istniejących kabli w torze, wskazano, że pozostało zdjęcie warstwy tłucznia od km 13,200 do 13,450 wskazano również, że poczyniono postępy co do przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą 1.040 m (od km 10,300 do 11,040 i od km 16,850 do 16,550, co do warstwy wzmacniającej wykonano 990 m (od km 10,300 do 11,040 i od km 15,00 do 14,750) co do warstwy tłucznia 250 m (od km 15,00 do 14,750).

Generalny wykonawca zobowiązał (...)B. do opuszczenia przepustu w km ok 15,400 za łączną kwotę 2.000 zł netto. Wskazano również, że D. zgłasza, iż od km 11,040 do 12,600 występują podłoża gliniaste. Zaznaczono, że P. S. (1) wykona nasypy od km 12,600 do 13,150 (do przejazdu) do dnia 24 czerwca 2011 r. Wskazano, że rozłożono podkłady do km 17,150. Wskazano, że P. S. (1) zbierze dodatkowe masy ziemne 7,09m x 0,05m x 100m i dostanie za to dodatkowe wynagrodzenie. Wskazano, że W.-B. jutro przystąpi do montażu toru na odcinku 800m Wskazano, że P. S. (1) odwiezie do M. i przekaże przedstawicielowi zamawiającego drzewa po ścięciu, przy czym P. S. (1) prosi o wyznaczenie drzew do ścięcia. Wskazano, że (...)B. nie bierze odpowiedzialności za nieuzyskanie odbiorów geotechnicznych w km 11,040 do 11,150, czyli w miejsca wzmacniania istniejącego gruntu. Wskazano, że (...) przekazała 15 czerwca 2011 r. podłoża od km 16,825 do 16,550 oraz zgłasza na następny dzień do odbioru odcinek podłoża i nasypów od km 16,550 do 15,950, a od km 15,950 do 15,700 (...) 16 czerwca 2011 r. przygotuje podłoża i nasypy na dzień 17 czerwca 2011 r. Wskazano również, że (...) wykonał wymiany gruntów na odcinku 50m od km 15,900 do 15,950 i jutro przedstawiciel generalnego wykonawcy skontroluje prace.

Generalny wykonawca wskazał również, że poleca uporządkować materiały po demontażu wzdłuż całej linii od km 21,000 do 9,600 po prawej i lewej stronie toru oraz poinformował, że wszelkie konsekwencje istniejącego stanu rzeczy

obciążają D. i w przypadku braku postępu w robotach generalny wykonawca będzie zmuszony podjąć decyzję co do firmy zastępczej.

Notatkę podpisali: J. G., K. Ż., Ł. B., P. P., P. S. (1), P. K., P. B., H. M., Ł. J., M. W. (2), R. D., M. W. (2), P. S. (2) i K. N..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 15.06.2011 r. (k. 219-220, 408-409)

Dnia 15 czerwca 2011 r. D. B. - prowadząca przedsiębiorstwo (...) - wystawiła fakturę VAT nr (...) wobec (...) sp. z o.o. na kwotę 30.723,79 zł brutto (netto 24.978,69 zł) za pospółkę – odpad z prac przy modernizacji linii kolejowej nr (...) Z.-G. za cenę jednostkową 8,50 zł za metr. Termin płatności określono na 15 lipca 2011 r. Faktura nie została podpisana przez osobę upoważnioną do odbioru faktury.

dowód: faktura nr (...) (k. 196)

W dniu 21 czerwca 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że nadal tor nie jest zdemontowany na odcinku od km 13,200 do 13,450 ze względów technologicznych i zostanie zdemontowany po wskazaniu przez (...) (...)ż istniejących kabli w torze, jak również pozostało do wykonania zdjęcie warstwy tłucznia w km od 13,200 do 13,450. Wskazano również, że wykonano przygotowanie podłoża pod warstwę wzmacniającą od km 21,000 do km 16,100, od km 15,700 do km 13,450 i od km 9,600 do km 11,050 (w sumie 8,600 km), warstwę wzmacniającą od km 21,000 do km 16,400, od km 15,700 do km 13,450 i od km 11,50 do km 9,600 (w sumie 8,300 km) oraz warstwę tłucznia od km 21,000 do km 16,400, od km 15,700 do km 13,450 i od km 10,800 do km 9,600 (w sumie 8,050 km).

Opisano postęp robót od dnia 15 czerwca 2011 r. do dnia 21 czerwca 2011 r., który wyniósł: co do przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą 460 m, co do wykonanej warstwy wzmacniającej 610 m oraz co do warstwy tłucznia 1.300 m.

Wskazano, że w km 11,050 do 11,550, z uwagi na grunty ilaste, należy dokonać obniżenia o 10 cm, zabezpieczenia gruntu rodzimego geowłókniną o gramaturze 500 oraz ponowne uzupełnienie gruntu podłoża materiałem pozyskanym z warstwy filtracyjnej na grubość 10 cm oraz ponowne zagęszczenie i wykonanie warstwy wzmacniającej z niesortu o grubości 15 cm wg projektu. Wskazano, że (...)B. dokonał obniżenia przepustu w km. 15,400, przy czym koszt wyniósł 3.000 zł bowiem należało wymienić wszystkie rury. Wskazano, że P. S. (1) wykona nasypy od km 12,600 do km 13,150 (do przejazdu) do dnia 24 czerwca 2011 r., a także wskazano, że W.-B. dokonał rozłożenia podkładów do km 16,950 oraz montażu toru do km 17,200.

Wskazano, że drzewa od km 12,600 do 13,150 zostaną wycięte przez P. S. (1).

W pkt 10 notatki wskazano na opóźnienia w pracach przez przedsiębiorstwo (...) i nieprawidłowości w jego działaniach, w związku z czym generalny wykonawca wprowadza wykonawcę zastępczego (...)B., a także obciążą (...) kosztami. W szczególności wskazano, że (...) nie wywiązał się z przygotowania podłoża w km od 15,700 do km 16,150 pomimo deklaracji wykonania na dzień 16 czerwca 2011 r., w związku z czym generalny wykonawca z uwagi na przeterminowanie całości prac, które miały się zakończyć do dnia 7 czerwca 2011 r. podjął decyzję o wprowadzeniu wykonawcy zastępczego – (...)B. – w celu wykonania podłoża w km 16,150 do 15,692, która to decyzja została dodatkowo wymuszona przez blokowanie pozostałych robót oraz gromadzenie materiałów (podkładów) powodujące duże koszty spowodowane podwójnymi czynnościami, które muszą zostać wykonane w celu przywrócenia normalnego procesu technologicznego.

Wskazano również, że P. S. (1) zobowiązuje się do przygotowania podłoża na odcinku od km 13,200 do km 12,800 do dnia 28 czerwca 2011 r., zaś (...)B. zobowiązuje się do wykonania podłoża w km od 15,692 do km 16,150 do dnia 22 czerwca 2011 r., warstwę wzmacniającą do dnia 30 czerwca 2011 r., a warstwę tłucznia do dnia 4 lipca 2011 r., lub do wyczerpania zapasów materiału.

Notatkę podpisali J. G., P. P., P. S. (3), M. W. (2), K. N., R. D., P. S. (1), Ł. B., P. S. (2), Ł. W., P. K. i Ł. J..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 21.06.2011 r. (k. 410-411, 786-787)

Dnia 27 czerwca 2011 r. (...) S.C. wystawiła fakturę VAT nr (...), jako nabywcę wskazując (...) sp. z o.o.

W fakturze wskazano, że wystawiono ją za wykonanie robót ziemnych tj. ławy torowiska wraz z poszerzeniem, wyprofilowaniem i zagęszczeniem w km 16,150-15,692, na kwotę netto 26.214,40 zł (32.243,75 zł brutto) w ilości 655,36 m³ za cenę jednostkową 40 zł.

Fakturę podpisał P. K. (kierownik robót (...)B.) z upoważnienia A. K. (1) i L. R., a także kierownik robót S. P. B. (z odrębną adnotacją „Potwierdzam wykonanie robót ziemnych wraz z wyprofilowaniem”), dyrektor kontraktu J. G., kierownik finansowy grupy (...), dyrektor oddziału budownictwa kolejowego M. M. (1) i dyrektor ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego A. Ś.. Na fakturze zamieszczono adnotację o treści: „Roboty ziemne przy wykonywaniu kompleksowej wymiany nawierzchni na linii kolejowej (...)”.

Faktura została wystawiona za prace zastępcze, objęte zakresem umowy łączącej spółkę (...) i firmę (...).

dowód: faktura nr (...) (k. 132, 330, 464)

opinia biegłego (k. 894, w szczególności str. 41 i 52 opinii)

ustne wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie (k. 979v-980, 987)

załącznik do protokołu złożony przez biegłego (k.974-976)

W dniu 29 czerwca 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że nadal nie dokonano demontażu toru oraz zdjęcia warstwy tłucznia na odcinku od km 13,200 do 13,450 ze względów technologicznych i nastąpi to po wskazaniu przez (...) (...)ż istniejących kabli w torze. Wskazano, że przygotowanie podłoża pod warstwę wzmacniającą wykonano od km 21,000 do 13,450 oraz od km 9,600 do 11,050 (w sumie 9,000 km), warstwę wzmacniającą wykonano od km 21,000 do km 16,400, od km 16,100 do km 13,450 oraz od km 11,050 do km 9,600 (w sumie 8,700), warstwę tłucznia wykonano od km 21,000 do km 16,400, od km 15,700 do km 13,450 oraz od km 10,800 do km 9,600 (w sumie 8,050 km).

Opisano postęp robót od dnia 21 czerwca 2011 r. do dnia 29 czerwca 2011 r. : co do przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą wyniósł 400 m, co do warstwy wzmacniającej wykonanej - 400 m, zaś co do warstwy tłucznia 0 m. Wskazano, że D. na dzień 30 czerwca 2011 r. przygotował 500 mb podłoża do odbioru, a także, że od dnia 30 czerwca 2011 r. P. S. (1) przystąpi do wymiany gruntu na odcinku od km 11,050 do km 11,600 i prace planuje zakończyć 6 lipca 2011 r. Wskazano, że (...)B. na dzień 30 czerwca 2011 r. przygotuje na godzinę 15:00 odcinek od km 16,100 do km 16,400 warstwę wzmacniającą do badania i przystąpi do rozkładania tłucznia i prace na odcinku od km 15,700 do 16,400 zakończy do dnia 4 lipca 2011 r. Wskazano również, że W.-B. przystąpi do montażu toru podsuwnicowego od dnia 5 lipca 2011 r. oraz rozkładania podkładów.

Wskazano również, że generalny wykonawca rozważy wprowadzenie wykonawstwa zastępczego celem wspomżenia działań D..

(...) B. zwrócił się z prośbą o zapewnienie tłucznia. Wskazano również, że (...) deklaruje wykonanie odbudowy przepustów na koniec robót porządkowych, a także, iż przekaze sekcji drogowej (...) drewno z wycinki drzew. Zaznaczono, że (...) oświadczył, iż uporządkował lewą stronę w km 16,600 do 16,400 oraz prawą stronę od km 15,900 do km 16,400, zaś porządkowanie całości zakończy do dnia 19 lipca 2011 r.

Generalny wykonawca wskazał, że wpłynął kosztorys za naprawę dróg w miejscowości B. uszkodzonych przez samochody budowy, zaś drogi te są użytkowane przez pojazdy D. i (...)B., zaś kosztorys zostanie załączony do notatki z narady.

Wskazano również, że do generalnego wykonawcy wpłynęło pismo (...) od W.-B. zawiadamiające o kosztach przestoju w kwocie 35.000 zł i pismo to zostanie załączone do notatki, jak również, że (...)B. przedstawił kopię faktury za najem dróg leśnych i domaga się partycypacji w kosztach od przedsiębiorstw, które również z tych dróg korzystały, a kserokopia faktury zostanie załączona do notatki. Wskazano także, iż w związku z nieuprzątnięciem materiałów rozbiórkowych z dniem 1 lipca 2011 r. generalny wykonawca poleca (...) uporządkowanie podkładów żelbetowych na odcinku od km 15,800 do 16,100 i zeskładowanie ich w km 15,650, zaś przed przystąpieniem do tej pracy przedstawi kalkulację cenową do akceptacji przez generalnego wykonawcę.

Notatkę popisali J. G., P. S. (1), P. P., P. S. (3), M. W. (2), K. N., R. D., Ł. B., P. K., Ł. J., P. S. (2) i R. F..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 29.06.2011 r. (k. 221-222)

W dniu 29 czerwca 2011 r. (...) sp. z o.o. w pisemnym dokumencie nr (...) (...) (...), zatytułowanym zlecenie/zamówienie, zleciła P. S. (1) wykonanie robót ziemnych w ramach modernizacji linii nr (...), polegające na wykonaniu wymiany gruntu od km 11,050 do km 11,550 na głębokość 30 cm na szerokości 7,29 m na linii kolejowej nr (...) Z.-G., z materiałem po stronie zleceniodawcy, za cenę jednostkową 49 zł oraz transport/dokop materiału za 8.700 zł. Termin rozpoczęcia określono na dzień 30 czerwca 2011 r., zakończenia na dzień 9 lipca 2011 r., zaś termin płatności na kolejną środę po upływie 30 dni od dnia wpływu poprawnie wystawionej faktury VAT. Na zamówieniu podpisał się P. S. (1) z odręcznym dopiskiem „potwierdzam przyjęcie do realizacji”.

Zlecenie to obejmowało roboty, których zakres przewidziany był w umowie łączącej spółkę (...).

dowód: zlecenie nr (...) (...) (...) (k. 320)

opinia biegłego (k. 894, w szczególności str. 41 i 52 opinii)

ustne wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie (k. 979v-980, 987)

załącznik do protokołu złożony przez biegłego (k.974-976)

załącznik do protokołu złożony przez biegłego (k.974-976)

W dniu 6 lipca 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że na dzień 5 lipca 2011 r. nadal nie został wykonany demontaż toru i zdjęcie warstwy tłucznia na odcinku od km 13,200 do 13,450 i nastąpi to po wskazaniu przez (...) (...)ż istniejących kabli w torze, wykonano przygotowanie podłoża pod warstwę wzmacniającą ok km 21,000 do km 13,450, od km 12,600 do km 13,100 oraz od km 9,600 do 11,050 (w sumie 9,500 km), a warstwę wzmacniającą oraz warstwę tłucznia wykonano od km 21,000 do 13,450 oraz od km 11,050 do 9,600 (w sumie 9,000 km).

Opisano postęp robót od dnia 28 czerwca 2011 r. do dnia 5 lipca 2011 r. : co do przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą postęp określono na 500 m, przy czym zmieniono miejsce poboru materiału z L. na K., co do warstwy wzmacniającej wykonano 300 m, a co do warstwy tłucznia – 950 m. Wskazano, że postęp robót w przygotowaniu podłoża pod warstwę wzmacniającą jest niewystarczający, bowiem dzienny postęp robót wynosi 83,3 mb na dzień. Wskazano, że generalny wykonawca pilnie zorganizuje dostawy tłucznia, ponieważ materiał będący na budowie został wbudowany. (...) zgłosił wykonanie odbudowy przepustów i poprosił o zwołanie komisji odbiorowej w km 16,165 i 16,065. Wskazano, że R. D. – prezes (...) – oświadczył, że pismo od W.-B. przekazał radcy prawnemu, który ma się do niego ustosunkować i przesłać opinię do W.-B. oraz biura budowy w G.. Wskazano również, że (...)B. oświadczył, że

K. Ż. wyraził chęć uczestniczenia w kosztach. Wskazano, że (...) nie przedstawił kalkulacji cenowej do akceptacji przez generalnego wykonawcę, a materiał poskładała w przyzmy.

Zapisano również, że w związku ze zbyt małym przerobem dziennym przy wykonywaniu podłoża pod warstwę wzmacniającą 83,3 mb, a nie jak deklarowano wcześniej 280 mb na dzień, generalny wykonawca wprowadza od dnia 8 lipca 2011 r. wykonawcę zastępczego (...)B. na km 12,600.

Wskazano, że w spotkaniu uczestniczy J. W., który oświadczył, że jest na nim obecny na polecenie K. Ż., lecz nie okazał pełnomocnictw. J. W. oświadczył, że do dnia 14 lipca 2011 r. zakończy zbieranie materiałów zalegających wzdłuż linii, przy czym w km 12,800 do 12,900 zobowiązuje się zebrać podkłady do dnia 7 lipca 2011 r. Wskazano również, że D. nadal nie zabezpieczył kamieni hektometrowych, które pozostają w hałdach ziemi. Wskazano, że tor podsuwnicowy ułożony jest do km 16,400, a podkłady do montażu toru rozłożono do km 16,450.

Notatkę podpisali J. G., P. B., P. S. (3), P. S. (1), Ł. B., P. K., Ł. J., K. N., R. D., P. S. (2), Ł. W. i J. W..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 6.07.2011 r. (k. 223-225, 412-414)

W dniu 13 lipca 2011 r. sporządzono notatkę z narady roboczej, w której wskazano, że nadal nie został zdemontowany tor i warstwa tłucznia od km 13,200 do 13,450 i nastąpi to po wskazaniu przez (...) (...)ż istniejących kabli w torze, wskazano, że co do przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą zostało do wykonania od km 13,450 do 13,200, przy czym będzie wykonane łącznie z przejazdem na drodze nr (...), od km 12,550 do 12,600 – przejazd – do wykonania do 15 lipca 2011 r., od km 11,800 do 11,750 – przejazd – do wykonania do 15 lipca 2011 r., oraz od km 11,550 do 11,200 z terminem wykonania do 17 lipca 2011 r. (w sumie pozostało 700 m), co do warstwy wzmacniającej pozostało do wykonania od km 13,450 do 13,200, od km 12,600 do 11,950 oraz od km 11,550 do 11,050 (w sumie 1.400 m), zaś co do warstwy tłucznia to pozostało do wykonania od km 13,450 do 13,200 oraz od ok 12,600 do 11,050 (w sumie 1.800 m). Wskazano również, co do robót torowych, to podkłady rozłożone są od km 17,150 do 14,000 oraz na wstawce pomiędzy rozjazdami (...) i (...) oraz między (...) (60%).

Wskazano również, że W.-B. przygotuje do dnia 16 lipca 2011 r. prowizoryczny montaż toru w km od 17,150 do 14,000, a całkowite zakończenie na tym odcinku ma nastąpić do dnia 19 lipca 2011 r. Postęp robót od dnia 5 lipca 2011 r. do dnia 13 lipca 2011 r. co do przygotowania podłoża pod warstwę wzmacniającą oceniono na 1.200 m, warstwę wzmacniającą wykonaną na 1.000 m oraz warstwę tłucznia na 600 m. Wskazano również, że D. oświadcza, iż przyjmuje fakturę od (...)B. dotyczącą użytkowania dróg leśnych do zapłaty. Wskazano również, że na dzień narady pozostało do uporządkowania od km 17,900 do km 19,000 oraz 40 podkładów w km 19,300, zaś D. potwierdza zakończenie robót porządkowych do dnia 14 lipca 2011 r. Wskazano również, że D. po ukończeniu prac porządkowych zbierze wszystkie kamienie hektometrowe i ułoży je do oddania na stacji L.. D. wskazał również, że większość podkładów drewnianych podwójnych stykowych została wcześniej pozbawiona uzbrojenia przez kogoś innego i na następną naradę D. przygotuje wykaz braków w materiałach.

Wskazano również, że zgodnie z umową odpowiedzialność za zabezpieczenie materiałów i rozliczenie z (...) ponosi D.. Główny wykonawca wskazał z kolei, że na potrzeby budowy wykorzysta przez okres trzech tygodni szyny zdemontowane o długości 78 mb. Wskazano również, że D. i (...)B. dokonały uszkodzenia chodnika w B., w związku z czym mają dokonać jego naprawy do dnia 19 lipca 2011 r. D. miał również zabezpieczyć uszkodzony kabel w km 12,550. Wskazano również, że P. S. (1) przekazał protokół zdania odzyskanego drewna z wycinki drzew. Generalny wykonawca zobowiązał się natomiast do natychmiastowego poinformowania (...)B. o dostawie materiału na budowie, w związku z niepodstawieniem wahadeł pod załadunek niesortu i tłucznia.

Notatkę podpisali J. G. i K. Ż., a także Ł. W., P. B., P. S. (3), P. S. (1), P. S. (2), Ł. B., P. K. oraz Ł. J..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 13.07.2011 r. (k. 226-227)

Dnia 19 lipca 2011 r. sporządzono protokół odbioru robót wykonanych przez przedsiębiorstwo (...), polegających na wymianie gruntu na odcinku 11,050 do 11,550 na budowie „Modernizacja linii kolejowej (...)”. Wskazano w nim, że sprawdzono na miejscu i przyjęto wymianę gruntu zgodnie ze zleceniem (...) (...) (...) z dnia 29 czerwca 2011 r. w ilości 1.093,50 m⁽²⁾. Protokół podpisali A. B. ze (...) sp. z o.o., P. S. (1) oraz J. G. ze (...) sp. z o.o.

P. S. (1) wystawił dnia 20 lipca 2011 r. wobec (...) sp. z o.o. fakturę VAT nr (...) za wymianę gruntu na linii kolejowej Z.-G. W.. w ilości 1.093,50 m³ za cenę jednostkową netto 49 zł, w sumie 53.581,50 zł netto (65.095,25 zł brutto).

Fakturę podpisał dyrektor kontraktu J. G., kierownik finansowy grupy (...), dyrektor oddziału budownictwa kolejowego M. M. (1) i dyrektor ds. finansowych A. Ś.. Na fakturze dokonano odrębnych adnotacji „21.07.2011 roboty wyk w km 11,050-11,550” oraz „Roboty ziemne na linii (...) Z. – G. zgodnie z obmiarem i protokołem odbioru robót.

dowód: protokół odbioru robót z dnia 19.07.2011 r. (k. 322)

faktura nr(...) (k. 134, 321)

K. Ż. skierował do (...) sp. z o.o. pismo z dnia 22 lipca 2011 r., w którym wskazał, że dnia 21 lipca 2011 r. otrzymał z biura budowy e-mail z pismami A. M. i H. M., współników (...) s.c., do (...). Wskazał, że pisma (...) są bezzasadne, ponieważ (...) był zgłoszony do generalnego wykonawcy, a także jej przedstawiciele byli obecni na posiedzeniach rady budowy i podpisywali notatki z nich sporządzone. Wskazał, że D. zatrudnił (...) do prac ziemnych na prostym zleceniu tych prac, a nie w ramach umowy o roboty budowlane, a co więcej (...) nie wywiązał się z umowy w terminie, przez co D. był upominany przez dyrektora kontraktu w formie wpisów do protokołu rad budowy. Wskazał również, że D. zmuszony był wynająć dodatkowe środki transportu, aby w terminie wywozić odpad tłuczniowy i pospółki z torowiska kolejowego ponosząc duże koszty z tym związane, podczas gdy tą usługę miał kompleksowo zapewnić (...), z czego się nie wywiązał. Wskazał również, że na chwilę sporządzania pisma wystawione obciążenia przez (...) wynoszą 678.056,46 zł, zaś wystawione obciążenia i zapłaty gotówki przez D. wynoszą 467.143,57 zł, co daje różnicę na dobro (...) w kwocie 210.912,89 zł. Dodał nadto, że jest zdumiony zachowaniem (...), bowiem nawet wtedy, gdy (...) wysyłał pismo do (...), odbierał od D. w rozliczeniach kompensacyjnych odpad tłuczniowy i gruz betonowy, jeszcze nie zafakturowany.

dowód: pismo z dnia 22.07.2011 r. (k. 265-266)

Sporządzono notatkę z narady roboczej z dnia 28 lipca 2011 r., w której wskazano, że wykonanie robót związanych z demontażem toru wraz z przygotowaniem podłoża na stacji L. w km 13,250 do 13,450 ustalono do dnia 3 sierpnia 2011 r. Wskazano również, że wykonanie robót w przejeździe ma mieć miejsce od dnia 8 do 12 sierpnia 2011 r., przy czym generalny wykonawca zastrzega sobie prawo zmiany terminu robót w zależności od terminu dostawy tłuczniwa. Generalny wykonawca zobowiązał również D. do naprawy lampy oświetleniowej na stacji L., do czego D. zobowiązał się w terminie 7 dni od dnia usunięcia szyn z placu. Wskazano również, że D. wnosi do generalnego wykonawcy o wystawienie zlecenia na zakopanie kabla (...) na stacji L.. (...)B. złożył pismo dotyczące odszkodowania za przestoje spowodowane opóźnieniem robót, które to pismo zostało dołączone do protokołu jako załącznik. Wskazano również, że dnia 28 lipca 2011 r. zostały zakończone prace związane z układaniem niesortu i subwarstwy tłuczniwa z wyłączeniem km od 13,200 do 13,450, które zostaną wykonane do dnia 12 sierpnia 2011 r. Wskazano również, że generalny wykonawca wskaże termin rekultywacji placu (...) po zebraniu pozostałych rzeczy zalegających na placu. Notatkę podpisali J. G., K. Ż., Ł. W., A. K. (1), P. S. (3), R. D., P. K. i K. N..

dowód: notatka z narady roboczej z dnia 28.07.2011 r. (k. 228)

W czasie trwania budowy firma (...) oraz inni podwykonawcy na bieżąco rozliczali się z materiałów z odzysku. Był to złom szynowy (szyny, które po zdemontowaniu mogą być wyselekcjonowane do ponownego użycia) oraz złom użytkowy (drobny złom pochodzący z demontażu podkładów betonowych).

Rozliczanie odbywało się w ten sposób, że w pierwszej kolejności między inwestorem (...) oraz spółką (...) powstawał dokument w postaci "protokołu przewidywanych odzysków złomu", w którym wskazywane było jakie ilości są

przewidziane do odzysków. Protokół ten podpisywali przedstawiciele (...) oraz spółki (...). Następnie sporządzane był "protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów". W czynnościach tych niekiedy uczestniczył w charakterze doradcy K. Ż..

Z ilości materiałów wskazanych w "protokołach przewidywanych odzysku złomu" wykonawca, a w dalszej kolejności podwykonawcy, mieli obowiązek się rozliczyć, sporządzany był wówczas dokument w postaci protokołu przekazania.

Rozliczenia w taki sposób odbywały się przez cały czas trwania budowy.

dowód: zeznania świadka K. Ż. (k. 517 v -522 v; k. 780)

protokół przewidywanych odzysków nr (...) (k. 581, 591, 604, 619)

protokół przewidywanych odzysków nr (...) (k. 598)

protokół przekazania odzyskanych materiałów nr (...) (k. 612)

protokół przekazania odzyskanych materiałów nr (...) (k. 603)

protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr (...) (k. 605-606)

protokół przekazania odzyskanych materiałów nr (...) (k. 580)

protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr (...) (k. 582)

protokół przekazania odzyskanych materiałów nr (...) (k. 579)

protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr (...) (k. 587-588)

protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr (...) (k. 638)

protokół przekazanie odzyskanych materiałów nr (...) (k. 640)

protokół przekazania odzyskanych materiałów nr (...) (k. 589)

protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr (...) (k. 616)

protokół przekazania odzyskanych materiałów nr (...) (k. 617)

W dniu 8 grudnia 2011 r. sporządzono "protokół rozliczenia inwestycji na linii nr (...) w km 9,600 – 21,000", podpisany Z. przez M. L. – naczelnika (...), J. P. – radcę (...), A. P. (2) – zastępcę naczelnika (...)(...)ż, R. N. – zawiadowcę (...)(...)ż, J. G. – przedstawiciela S. i K. Ż. – ze strony D.. W treści protokołu omyłkowo oznaczono jego datę jako 8 grudnia 2012 r. - w rzeczywistości protokół został podpisany 8 grudnia 2011 r.

W protokole tym wskazano, że po sprawdzeniu i przeliczeniu materiału odzyskanego z linii nr (...) stwierdzono brak materiałów:

podkładka żebrowa Ps 49 – 2.440 sztuk – 12,444 t,

podkładka żebrowa Zm – 134 sztuki – 1,112 t,

hubka 4-otworowa – 220 sztuk – 1,119 t,

w sumie 15,470 t.

Na protokole dokonano odrębnej adnotacji wskazującej na błąd rachunkowy, bowiem suma brakujących materiałów powinna wynosić 14,675 t.

K. Ż. oraz D. B. uznali braki z tego protokołu, obejmujące wyłącznie drobny złom użytkowy, jako braki obciążające ich firmę.

dowód: protokół oznaczony datą 8.12.2012 r. (k. 25, 264)

zeznania świadka K. Ż. (k. 517 v -522 v; k. 780)

K. Ż. jako pełnomocnik D. B. prowadzącej przedsiębiorstwo (...) skierował do (...) sp. z o.o. pismo z dnia 12 grudnia 2011 r., w którym domagał się uznania prac związanych ze zwiększeniem parametrów modernizowanego torowiska, w szczególności jego szerokości, za prace dodatkowe, które nie były objęte umową. Wskazał, że D., przy pomocy podwykonawców, wykonał kompleksowy demontaż torowiska od km 9,600 do km 21,000, a na innego rodzaju prace ziemne nie podpisywał umowy – odesłał w tym zakresie do załącznika nr 1 do umowy nr (...). Dodał dalej, że demontaż obejmował tylko wywiezienie starego tłucznia, starej warstwy filtracyjnej oraz wyrównanie i uklepanie, zagęszczenie podłoża torowiska tylko na szerokości i wysokości istniejącego już starego torowiska kolejowego tj. wg przekrojów poprzecznych nawierzchni i podtorza jednotorowej linii otrzymanych od (...) sp. z o.o. – na szerokości 5,6 m. Wskazał również, że za dodatkowe roboty ziemne wynikające z różnicy przekrojów, nieobjęte umową, zostały ustalone notatką z narady roboczej z dnia 29 kwietnia 2011 r. w jej pkt. 7 za cenę 40 zł za m⁽³⁾. Za przeprowadzenie dodatkowych robót ziemnych dotyczących wyrównania, zagęszczenia i niwelacji zaproponowali cenę stosowaną przez S. do tego typu prac ziemnych, tj. 40 zł za m⁽²⁾. Do pisma załączono wykaz długości nasypów według pomiaru inwentaryzacyjnego, w którym wskazano długość torowiska do rozliczeń 7.304 m, zestawienie wykonania robót do umowy podwykonawczej nr (...), w którym wskazano, że dokonano demontażu toru na długości 11.400 m, posortowano i wywieziono 15.733 sztuki podkładów kolejowych, usunięto 8.488,71 m⁽³⁾ warstwy filtracyjnej, ziemi i humusu wynikającego z robót ziemnych nieobjętych umową, a także dodatkowe usługi budowlane co do transportu i rozładunku podkładów betonowych za kwotę 9.225 zł brutto, transport z rozładunkiem (...) podkładów betonowych za 2.214 zł brutto, wykop ziemny pod kabel sterowniczy na stacji PKP L. za 5.289 zł i za załadunek podkładów betonowych na wagony koparką dwudrogową za 1.383,75 zł brutto, a także notatkę z narady roboczej z dnia 29 kwietnia 2011 r., protokoły zdania złomu do (...) Z. (...) (...) i kartę pracy koparki (...) z dnia 26 lipca 2011 r.

dowód: pismo z dnia 12.12.2011 r. (k. 205-209)

Rozliczanie materiałów z odzysku nadal odbywało w ten sam sposób, że sporządzane były protokoły przewidywanych odzysków złomu, protokoły kwalifikacji uzyskanych materiałów oraz protokoły przekazywania odzyskanych materiałów.

dowód: protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr 76 (k. 623)

protokół przekazania odzyskanych materiałów (k. 624)

protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr (...) (k. 648)

protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr (...) (k. 652)

protokół kwalifikacji odzyskanych materiałów nr (...) (k. 630)

Dnia 27 grudnia 2011 r. sporządzono "protokół z ostatecznego rozliczenia złomu", w którym omyłkowo wpisano jako datę protokołu: 27 grudnia 2012 r. W protokole zapisano, że dotyczy rozliczenia inwestycji na linii nr (...) Z. - G. W.. 9,600-21,000.

Protokół ten spisany został bez obecności przedstawiciela firmy (...), który nie został zawiadomiony o spotkaniu. W protokole tym uzupełniono rozliczenia dokonane wcześniej - w dniu 8 grudnia 2011 r. - o braki w zakresie złomu szynowego.

W protokole wskazano, że komisja po sprawdzeniu i przeliczeniu materiału odzyskanego z linii nr (...) stwierdziła brak materiałów takich jak:

podkładka żebrowa Ps 29 – 2440 sztuk – 12,444 t,

podkładka żebrowa Zm – 134 sztuki – 1,112 t,

łubka 4-otworowa – 220 sztuk – 1,119 t,

szyny S49 – 98,06 mb – 4,56 t,

co razem daje 20,03 t.

Protokół został podpisany przez następujące osoby: M. L. – naczelnik (...), A. P. (2) – zastępca naczelnika (...) Krzyż, R. N. – zawiadowca (...) Krzyż, J. G. – przedstawiciel S..

W protokole powielono błąd matematyczny z protokołu spisanego w dniu 8 grudnia 2011 r. - prawidłowo wyliczona suma stwierdzonych braków materiałowych wynosi bowiem 19,235 ton, w tym 14,675 ton za drobny złom użytkowy oraz 4,56 ton za złom szynowy.

Wraz z protokołem sporządzono załącznik obejmujący rozliczenie brakujących szyn. W związku z tym, że w spotkaniu nie brał udziału przedstawiciel firmy (...), naczelnik (...) M. L. po spotkaniu zwróciła się do K. Ż. o podpisanie załącznika do protokołu, obejmującego rozliczenie złomu szynowego. K. Ż. odmówił podpisania załącznika do protokołu oraz samego protokołu, ponieważ uważał, że firma (...) nie obciążają żadne braki w zakresie złomu szynowego. K. Ż. stał na stanowisku, że braków takich nie stwierdzono w czasie spotkania z dnia 8 grudnia 2011 r. Ponadto uważał, że firma (...) nie powinna być obciążona brakami w zakresie złomu szynowego z uwagi na to, że złom ten składowany był na ogrodzonym placu przy budynku stacji PKP w L. oraz w B., do którego miała dostęp nie tylko firma (...), ale również przedstawiciele innych firm biorących udział w realizacji inwestycji. Zdarzały się kradzieże szyn z placu składowego, m.in. firma (...) skierowała zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa kradzieży przez pracowników firmy (...).

K. Ż. uważał, że jego firma powinna być obciążona wyłącznie brakami za drobny złom użytkowy, wymienionymi w protokole z 8 grudnia 2011 r. (z korektą dotyczącą popełnionego w tym protokole błędu matematycznego), natomiast brakami w zakresie złomu szynowego powinna być jego zdaniem obciążona firma (...).

dowód: protokół ostatecznego rozliczenia złomu datowany na 27.12.2012 r. (k. 140-141)

załącznik do protokołu ostatecznego rozliczenia złomu - rozliczenie szyn (k.141)

zeznania świadka K. Ż. (k. 517 v -522 v; k. 780)

Dnia 30 grudnia 2011 r. M. M. (2) z (...) S.A. wystawiła notę księgową obciążeniową (...), obciążając kwotą z (...) spółkę (...).

W treści noty wskazano, że na podstawie protokołu z dnia 27 grudnia 2011 r. (...) sp. z o.o. zostaje obciążona kwotą 27.105,40 zł - odszkodowaniem z tytułu braku materiałów przy rozliczeniu inwestycji na linii (...) (roboty związane z umową nr (...) z dnia 6 kwietnia 2010 r.).

Notę księgową podpisali: dyrektor M. S., dyrektor kontraktu J. G., kierownik finansowy grupy (...), dyrektor oddziału budownictwa kolejowego M. M. (1) oraz dyrektor ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego A. Ś.

J. G. podpisując notę zamieścił adnotację o treści: „Obciążyć D. + W.”.

Dokument noty księgowej opatrzone również odrębnymi adnotacjami o treści: „Braki materiałów staroużytecznych na linii (...) Z.-G. W.” oraz „faktura na: W., D.”.

dowód: nota księgowa obciążeniowa (...) z dnia 30.12.2011 r. (k. 139)

Adnotacja zamieszczona przez J. G. o treści: „Obciążyć D. + W.” skierowana była do dyrektora finansowego spółki (...). Była to informacja o tym, że należy refakturować należność z noty obciążeniowej na dwie firmy podwykonawcze: D. bądź W.. Informacja ta nie była wiążąca dla Ł. W., jego zadaniem było bowiem dokonanie weryfikacji na podstawie dokumentów rozliczeniowych, które posiadał jako dyrektor finansowy bądź też posiadali podlegli mu pracownicy techniczni, a następnie na podstawie wyników weryfikacji obciążenie refakturą właściwego podwykonawcy.

dowód: zeznania świadka J. G. (k. 566-566 v, 567a, transkrypcja k.716-773)

zeznania świadka Ł. W. (k.566v -567v, 567a, transkrypcja k.738-755)

Dnia 1 marca 2012 r. sporządzono protokół końcowego odbioru robót wykonywanych przez (...) na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P..

W protokole wskazano, że komisja w składzie (...) ze strony (...) sp. z o.o. oraz K. Ż. i J. W. ze strony D., po zapoznaniu się ze stanem zaawansowania robót stwierdziła, że odbiera się roboty objęte umową nr (...) na linii nr (...) rozpoczęte dnia 17 lutego 2011 r., a zakończone dnia 31 grudnia 2011 r. Wskazano, że roboty ziemne na linii (...) od km 9,600 do 21,000 rozpoczęto dnia 9 kwietnia 2011 r., a zakończono dnia 17 lipca 2011 r. Wskazano również, że termin zakończenia robót ziemnych od km 9,600 do km 21,000 po uwzględnieniu zwiększonego zakresu robót ustalony był na dzień 11 czerwca 2011 r., zaś zakończono roboty dnia 17 lipca 2011 r.

Wskazano również, że w ramach rozliczenia z odzysków materiałów (...) sp. z o.o. w związku z brakami stwierdzonymi przez przedstawicieli inwestora obciąży za braki D. zgodnie z notą obciążeniową nr (...) z dnia 30 grudnia 2011 r., pomniejszoną o braki W.-B..

Wskazano również, że w związku z poszerzeniem korony torowiska z szerokości 5,60 m na 7,09 m zaistniała konieczność wykonania robót dodatkowych – robót ziemnych na długości 5.385,00 m, szerokości 1,49 m oraz głębokości 0,20 m, co stanowi 1.604,73 m³, oraz konieczność dodatkowego wyprofilowania i zagęszczenia podłoża w ilości 8.023,65 m².

Wskazano również, że zdaniem D. wymiana gruntu w km od 11,050 do 11,550 nie wchodzi w zakres umowy, zaś zdaniem S. zgodnie z zapisami umowy wymiana gruntu obciąża D..

Zapisało, że protokół sporządzono po pisemnym zgłoszeniu usterek z dnia 14 lutego 2012 r., a także, iż w przypadku braku porozumienia strony będą dochodziły swoich roszczeń na drodze sądowej.

Protokół podpisali J. G. i Ł. W. oraz K. Ż. i J. W..

dowód: protokół końcowego odbioru robót z dnia 1.03.2012 r. (k. 16-16v, 453-454)

Dnia 30 marca 2012 r. D. B., prowadząca przedsiębiorstwo (...), wystawiła na rzecz (...) sp. z o.o. fakturę VAT nr (...) na kwotę brutto 280.440 zł (228.000 zł netto) za roboty demontażowe nawierzchniowe do umowy podwykonawczej (...) linia Z. – G. W., demontaż toru, pocięcie i transport szyn wg zestawienia – załącznik nr 1 do umowy, w ilości 11,4 km, za cenę jednostkową 20.000 zł za kilometr. W fakturze wskazano termin zapłaty: 29 kwietnia 2012 r.

Faktura wpłynęła do spółki (...) w dniu 4 kwietnia 2012 r., jej odbiór został potwierdzony podpisem przez pracownika S..

dowód: faktura nr (...) (k. 17, 197)

D. B. wystawiła na rzecz (...) sp. z o.o. kolejne faktury VAT:

- dnia 30 marca 2012 r. fakturę o numerze (...) na łączną kwotę brutto 74.114,35 zł, za pospółkę – żwir – materiał pod budowę nasypów wg obmiarów od km 9,600 do 13,250 w ilości 3.711,78 m³ /PW P. S. (1)/ o wartości netto 31.550,13 zł, za pospółkę – żwir – materiał pod budowę nasypów wg obmiarów od km 16,800 do 15,900 w ilości 1.385,95 m³ Firma (...) o wartości netto 11.780,59 zł oraz za wywiezienie i zhałdowanie pospółki poza placem budowy w miejscowościach L., B. wg obmiaru do faktury PW S. o wartości netto 16.949,25 zł, fakturę doręczono spółce (...) dnia 4 kwietnia 2012 r., odbiór pokwitował pracownik spółki;

- dnia 30 marca 2012 r. fakturę nr (...) na kwotę brutto 18.111,75 zł za transport i rozładunek podkładów betonowych L., St. (...), St. (...)-B., St. (...) o wartości netto 7.500 zł, za transport z rozładunkiem (...) podkładów betonowych na trasie L. St. (...). (...) o wartości netto 1.800 zł, za wykop ziemny pod kabel sterowniczy na Stacji PKP L. 430 mb o wartości netto 4.300 zł oraz za załadunek podkładów betonowych na wagony pracą koparką dwudrogową (...) (...) wg raportu dziennego pracy o wartości 1.125 zł netto, fakturę doręczono S. dnia 4 kwietnia 2012 r. i odebrał ją upoważniony pracownik;

- dnia 6 kwietnia 2012 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę brutto 201.329,35 zł za ziemne roboty dodatkowe – linia (...) wynikające z różnicy przekroju na podst. Pkt. 5 protokołu końcowego odbioru robót z dnia 1 marca 2012 r. Wyliczenie h-0,51m na podstawie ekspertyzy geodezyjnej dł. 5.385mb o wartości netto 163.682,40 zł przy cenie jednostkowej 40 zł za m³, na fakturze brak podpisu osoby upoważnionej do odbioru faktury oraz brak adnotacji, czy została doręczona.

dowód: faktura nr (...) (k. 198, 201)

faktura nr (...) (k. 199)

faktura nr (...) (k. 200)

Dnia 7 maja 2012 r. spółka (...) obciążyła D. B. fakturą VAT nr (...) kwotę 228.421,57 zł brutto (185.708,59 zł netto) jako refakturą kosztów robót ziemnych w ramach wykonawstwa zastępczego na linii (...) Z. – G. W., zgodnie z § 4 pkt 4 umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 20.12.2010 r..

W fakturze wskazano termin płatności: 14 dni od wystawienia faktury.

W treści faktury zamieszczono zapis o treści : "kompensata z FV (...)".

Należność netto z faktury - 185.708,59 zł - została wyliczona w następujący sposób : - suma należności netto faktur wystawionych przez (...) s.c. o numerach: (...), oraz faktury wystawionej przez P. S. (1) o numerze (...) wynosi 235.103,93 zł netto;

- 21,01 % z tej kwoty to wartość obciążająca S. - 49.395,34 zł netto

- 78,99 % z tej kwoty to wartość obciążająca D. - 185.708,59 zł netto.

dowód: faktura nr (...) (k. 113)

wydruk - specyfikacja do faktury (k. 136)

Dyrektor finansowy spółki (...) po otrzymaniu wystawionej przez (...) S.A. dnia 30 grudnia 2011 r. noty księgowej obciążeniowej nr (...), obciążającej spółkę odszkodowaniem z tytułu braku materiałów przy rozliczeniu inwestycji na podstawie protokołu z dnia 27 grudnia 2011 r., z adnotacją J. G. o treści: „Obciążyć D. + W.”, dokonał weryfikacji dokumentów finansowych i księgowych po czym uznał, że całością braków materiałowych, wynikających z noty obciążeniowej nr (...), a więc zarówno brakami w zakresie złomu szynowego jak i w zakresie drobnego złomu użytkowego, powinna być obciążona firma (...).

Ł. W. obciążył D. B., prowadzącą przedsiębiorstwo (...), trzema notami obciążeniowymi z tego tytułu:

1) dnia 7 maja 2012 r. notą obciążeniową nr (...), za odszkodowanie z tytułu braków materiałowych przy rozliczeniu inwestycji na linii (...) Z. – G.; rozliczenie cząstkowe za 4,56 tony szyny kolejowej S49 (98,06 mb)

– kwotą 6.170,75 zł, którą kompensuje z FV (...)

2) dnia 7 maja 2012 r. notą obciążeniową nr (...) za odszkodowanie z tytułu braków materiałowych przy rozliczeniu inwestycji na linii (...) Z. – G.; rozliczenie cząstkowe za 10,163 tony

– kwotą 13.752,98 zł, w nocie wskazano, że jest kompensowana z FV (...) oraz FV (...);

3) dnia 29 maja 2012 r. notą obciążeniową nr (...) za odszkodowanie z tytułu braków materiałowych przy rozliczeniu inwestycji na linii (...) Z.-G.; rozliczenie końcowe za 5,307 tony

– kwotą 7.181,67 zł, w nocie wskazano, że jest kompensowana z FV (...).

Nota księgowa nr (...) została wystawiona za braki złomu szynowego, natomiast noty księgowe (...) za braki drobnego złomu użytkowego.

dowód: nota księgowa obciążeniowa (...) z dnia 30.12.2011 r. (k. 139)

zeznania świadka Ł. W. (k.566 v -567v,567a, transkrypcja k.738-755)

nota obciążeniowa nr (...) (k. 116)

nota obciążeniowa nr (...) (k. 138)

nota obciążeniowa nr (...) (k. 115, 341)

Ponadto Ł. W. dnia 29 maja 2012 r. wystawił D. B. notę obciążeniową nr (...), w której wskazał, że obciąża ją karą umowną zgodnie z § 3 pkt 6 umowy podwykonawczej nr (...) z 20.12.2010 r. w wysokości 100.000 zł.

Jako formę płatności wskazał: przelew w terminie 14 dni oraz kompensata z FV (...) i FV (...).

dowód: nota obciążeniowa nr (...) (k. 114, 342)

D. B. skierowała dnia 15 maja 2012 r. do dyrektora J. M. z (...) S.A. Centrum (...) Inwestycji Oddział w S. wezwanie do zapłaty na podstawie art. 476 w zw. z art. 647¹ k.c. kwoty 611.153,48 zł, na którą składa się należność główna w kwocie 604.749,24 zł oraz odsetki ustawowe w kwocie 6.404,24 zł na dzień 15 maja 2012 r.

Wskazała, że kwota, której zapłaty żąda, wynika z faktur VAT nr (...). Zaznaczyła przy tym, że D. wywiązał się ze swoich zobowiązań wynikających z umowy z generalnym wykonawcą, zaś wezwania do zapłaty z dnia 10 kwietnia 2012 r. i z dnia 10 maja 2012 r. skierowane do (...) sp. z o.o. pozostały bez odpowiedzi.

Zastępca dyrektora oddziału (...) odniósł się do wezwania do zapłaty z dnia 15 maja 2012 r. pismem z dnia 22 maja 2012 r., w którym wskazał, że przeanalizuje wezwanie do zapłaty i udzieli odpowiedzi w terminie nie krótszym niż

14 dni. Wskazał również, że wszystkie należności finansowe z tytułu realizacji zadania inwestycyjnego „Modernizacja linii kolejowej nr (...) Z.-G. W..” w stosunku do głównego wykonawcy – (...) sp. z o.o. – zostały przez (...) jako zamawiającego uregulowane.

dowód: wezwanie do zapłaty z dnia 15.05.2012 r. (k. 27-28v)

pismo z dnia 22.05.2012 r. (k. 111)

W piśmie z dnia 29 maja 2012 r. ((...) (...)...) Ł. W. - działając w imieniu (...) sp. z o.o. - odpowiedział D. B. na wezwanie do zapłaty z dnia 10 kwietnia 2012 r. W piśmie wskazał, że należności wynikające z faktur VAT nr (...) zostały przez S. skompensowane z należnościami tej spółki w stosunku do D., w szczególności wskazał, że:

- należność z faktury nr (...) została skompensowana z należnościami z faktury VAT nr (...) oraz z not obciążeniowych nr (...) i (...) z tytułu braków materiałów;
- należność z faktury nr (...) została skompensowana z należnościami z faktury VAT nr (...) z dnia 7 maja 2012 r. dotyczącej wykonawstwa zastępczego podczas prac na linii (...), wystawionej zgodnie z § 4 pkt 4 umowy oraz z not obciążeniowych nr (...) i (...) z tytułu braków materiałów i z noty obciążeniowej nr (...) z tytułu kar umownych, naliczonych zgodnie z § 3 ust. 6 umowy.
- należność z faktury nr (...) została skompensowana z należnością z noty obciążeniowej nr (...) z tytułu kar umownych, naliczonych zgodnie z § 3 ust. 6 umowy.

W konsekwencji wskazał, że wierzytelności wynikające z faktur nr (...) wygasły, a po dokonanych kompensatach D. B. winna zapłacić spółce (...), stosownie do pozostałej kwoty z noty obciążeniowej nr (...), kwotę 43.751,43 zł.

Zakwestionował również roszczenia D. B. z tytułu robót dodatkowych, wskazując, że w przypadku potrzeby wykonania robót dodatkowych powinna uzyskać od generalnego wykonawcy pisemne polecenie ich wykonania oraz przedstawić wstępny kosztorys, czego nie uczyniła. W szczególności zakwestionował, by wymogi takie spełniała notatka z dnia 29 kwietnia 2011 r. Konkludując wskazał, że opierając się na treści protokołu końcowego odbioru robót z dnia 1 marca 2012 r. generalny wykonawca nie znajduje podstaw do uznania zgłaszanych przez D. robót jako robót dodatkowych i uznaje, że brak jest podstaw do zapłaty kwoty w wysokości przekraczającej wartość 64.189,20 zł netto, stanowiącą równowartość dodatkowych robót ziemnych potwierdzonych obmiarem.

dowód: pismo (...) (...)...) z dnia 29.05.2012 r. (k. 117-120)

Tego samego dnia - 29 maja 2012 r. - dyrektor ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego (...) sp. z o.o. A. Ś. skierował pismo do J. M. z (...), w którym wskazał, że D. B. wystawiła faktury nr (...) bezzasadnie, bezpodstawnie i S. nie wyraził zgody na takie obciążenie, natomiast faktury nr (...) zostały skompensowane z należnościami wynikającymi z refaktur i not obciążeniowych, w związku z czym żądania D. B. skierowane do (...) są bezzasadne.

dowód: pismo do (...) z dnia 29.05.2012 r. (k. 112)

Dnia 30 maja 2012 r. D. B. skierowała do J. M. z (...) S.A. ostateczne wezwanie do zapłaty kwoty 604.749,24 zł w terminie 3 dni od doręczenia, z tytułu faktur VAT nr (...).

Pismem z dnia 5 czerwca 2012 r. J. M. w imieniu (...) odpowiedział D. B. na wezwanie do zapłaty z dnia 30 maja 2012 r., w którym wskazał, że po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego z wykonawcą wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla projektu „Modernizacja linii kolejowej nr (...) Z.-G.”, (...) S.A. nie widzi podstaw prawnych do uwzględnienia jej roszczeń, bowiem wykonawca dokonał należytego rozliczenia wszystkich należności wynikających z zawartej umowy. Wskazał również, że w ocenie (...) obciążenia z tytułu nienależytego wykonania umowy są w pełni uzasadnione i znajdują odzwierciedlenie w postanowieniach umowy podwykonawczej. W związku z tym (...) podtrzymuje zarzuty wykonawcy wobec D. i uznaje, że wierzytelności D. B. z tytułu umowy

nr (...) wygasły na skutek zapłaty lub zostały umorzone w wyniku dokonania potrąceń. Wskazał też, że (...) podziela stanowisko wykonawcy w przedmiocie rozliczenia z podwykonawcą „robót dodatkowych”, bowiem nie były objęte umową podstawową zawartą w trybie ustawy prawo zamówień publicznych, a nadto zamawiający nigdy nie wyrażał zgody na ich wykonanie, a zatem rozliczenia z tego tytułu należą wyłącznie do stron umowy o podwykonawstwo.

dowód: ostateczne wezwanie do zapłaty z dnia 30.05.2012 r. (k. 29-31)

pismo z dnia 5.06.2012 r. (k. 144-145)

Dnia 12 czerwca 2012 r. dyrektor ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego (...) sp. z o.o. A. Ś. wystawił D. B. notę obciążeniową nr (...) na kwotę 271.365 zł z tytułu kary umownej, zgodnie z § 4 pkt 2 umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 20.12.2010 r. Wskazał również, że kwota ma być płatna przelewem w terminie 14 dni.

dowód: nota obciążeniowa nr (...) (k. 240)

W dniu 25 czerwca 2012 r. D. B. sporządziła trzy pisma adresowane do (...) sp. z o.o.

- Pismo, w którym odniosła się do not obciążeniowych nr (...), (...), (...), otrzymanych w dniu 31 maja 2012 r., wraz z pismami z 7 maja (...) i 29 maja 2012 r., wystawionych z tytułu odszkodowania za brak materiałów przy realizacji umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 20 grudnia 2010 r. Wskazała, że uznaje je za merytorycznie i formalnie za bezzasadne i odsyła je bez dalszego księgowania. Wskazała, że komisja sporządzająca protokół z dnia 27 grudnia 2011 r. nie była reprezentatywna, z uwagi na brak obecności przedstawiciela podwykonawcy, a poza tym zawiera błąd rachunkowy, bowiem powinno być 19,235 tony podczas gdy jest 20,03 tony. Wskazała dalej, że protokół komisji w pełnym składzie z dnia 8 grudnia 2011 r. wskazujący na brak materiałów w ilości 15,470 tony – po korekcie 14,675 tony – i uwzględnieniu obciążenia brakiem materiałów również podwykonawcę W. w ilości 5,307 mógłby być podstawą do dokonania wzajemnego rozliczenia z generalnym wykonawcą – zatem W.-B. powinien być obciążony kwotą 7.181,67 zł z noty obciążeniowej nr (...).

- Pismo, w którym odniosła się do noty księgowej nr (...), otrzymanej w dniu 31 maja 2012 r., wraz z pismem z 29 maja 2012 r.. W piśmie tym wskazała, że w jej ocenie nota jest bezzasadna i odsyła ją bez zaksięgowania. Z jednej strony podkreśliła, że po pierwsze zlecone (...) - (...) prace załadunkowe i transportowe nie były przedmiotem umowy o wykonanie robót budowlanych nr (...), a ponadto (...) - (...) był akceptowany przez generalnego wykonawcę, o czym świadczą notatki z narad roboczych w dniach 17.05.2011 r., 24.05.2011 r. i 1.06.2011 r. Wskazała także, że zgodnie z § 5 ust 10 umowy data wystawienia noty obciążającej karą umowną nie powinna być późniejsza, niż data sporządzenia protokołu odbioru końcowego robót.

- Pismo, w którym odniosła się do noty obciążeniowej nr (...), otrzymanej w dniu 18 czerwca 2012 r., wystawionej z tytułu kary umownej naliczonej zgodnie z § 4 pkt 2 umowy podwykonawczej (...). W piśmie tym wskazała, że notę uznaje za bezzasadną w całości i żąda przedstawiania merytorycznych dowodów popierających faktyczne opóźnienie D. w stosunku do terminów wskazanych w załączniku nr 2 do umowy.

dowód: pismo z dnia 25.06.2012 r. dotyczące braków materiału (k. 229-232)

pismo z dnia 25.06.2012 r. dotyczące dalszego podwykonawcy (k. 233-235)

pismo z dnia 25.06.2012 r. dotyczące opóźnienia (k. 236-239)

Dnia 4 lipca 2012 r. D. B. skierowała do (...) sp. z o.o. kolejne pismo, w którym odniosła się do faktury nr (...) z dnia 7 maja 2012 r., otrzymanej w dniu 31 maja 2012 r., na kwotę 185.708,59 zł netto + VAT 42.712,98 zł, stanowiącej refakturę kosztów wykonawstwa zastępczego.

W piśmie tym wskazała, że uznaje roszczenie z faktury za całkowicie bezzasadne i uważa, że brak było podstaw formalnoprawnych do jej wystawienia. Odniosła się do załączonego do faktury nr (...) załącznika w postaci tabeli

zawierającej kwoty i ilości robót ziemnych oraz nazwy wykonawców zastępczych : (...) S.C. i P. S. (1) wskazując, że załącznik ten nie może stanowić dowodu potwierdzającego refakturę kosztów wykonawstwa zastępczego. Wskazała ponadto, że nie jest w stanie odnieść się merytorycznie do faktury nr (...) nie mając wglądu w faktury wystawiane generalnemu wykonawcy przez P. S. (1) i przez (...)B.. Zauważyła również, że całkowicie niezrozumiałą jest dla niej wynikający z tabelarycznego zestawienia podział kosztów wykonawstwa zastępczego w ułamkach 21,01% oraz 78,99% między podwykonawcę i generalnego wykonawcę.

Dalej wskazała, że generalny wykonawca nie zawiadomił wcześniej pisemnie podwykonawcy o niewykonywaniu lub nienależytym wykonywaniu umowy, jak również nie wskazał zobowiązań, których podwykonawca nie wykonał lub wykonał je nienależycie, a które wynikałyby z umowy. Podkreśliła ponadto, że z notatek wynika jedynie, że generalny wykonawca rozważał wprowadzenie wykonawcy zastępczego, a nie że go wprowadza w stosunku do prac, które wykonuje D.. Wskazała również, że podwykonawca nie odnotował żadnych protokołów przekazania odcinków robót wykonawcy zastępczemu. Dodała także, iż obciążenie podwykonawcy kosztami usług budowlanych zrealizowanych przez podwykonawców zastępczych nie stanowi usługi opodatkowanej Vat, ani nie zostały spełnione warunki refakturowania.

dowód: pismo z dnia 4.07.2012 r. (k. 243-246)

Dnia 31 lipca 2012 r. D. B. udzieliła odpowiedzi na pismo (...) sp. z o.o. z dnia 29 maja 2012 r. ((...) (...) (...)), w którym domagała się korekty stanowiska generalnego wykonawcy w kwestii faktury nr (...) oraz not obciążeniowych nr (...), (...), (...), (...) i (...).

Podniosła również, że nie zgadza się na kompensatę faktur (...) nr (...) z należnościami (...) sp. z o.o. oznaczonymi w notach obciążeniowych.

Domagała się również rewizji stanowiska S. co do faktur nr (...).

dowód: pismo z dnia 31.07.2012 r. (k. 247-251)

Dnia 31 lipca 2012 r. D. B. wystawiła (...) sp. z o.o. fakturę VAT nr (...) na kwotę 98.665,18 zł brutto za profilowanie i zagęszczanie podłoża w ilości 8.023,65 m² zgodnie z pkt 5 protokołu końcowego robót z dnia 1 marca 2012 r. wg kosztorysu powykonawczego za cenę netto 80.215,59 zł.

dowód: faktura nr (...) (k. 204)

Dnia 22 października 2012 r. D. B. skierowała do spółki (...) ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty, w którym wskazała, że na podstawie art. 476 k.c. wzywa do zapłaty kwoty 64.729,31 zł z odsetkami, wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 30 marca 2012 r., faktury VAT nr (...) z dnia 6 kwietnia 2012 r., faktury VAT nr (...) z dnia 31 lipca 2012 r.

dowód: ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 22.10.2012 r. (k. 252-253)

Dnia 5 listopada 2012 r. Ł. W. - kierownik finansowy grupy (...) sp. z o.o. - skierował do D. B., prowadzącej przedsiębiorstwo (...) oświadczenie, w którym wskazał, że na podstawie art. 498 i art. 502 k.c. (...) sp. z o.o. dokonała kompensaty zobowiązań wobec D. B. z faktur nr (...) (30.723,79 zł), (...) (280.440 zł) i (...) (18.111,75 zł) w łącznej kwocie 329.275,54 zł z należnościami S. od D. B. z tytułu faktur i not obciążeniowych nr (...) (17.500 zł), (...) (228.421,57 zł), (...) (6.170,75 zł), (...) (13.752,98 zł), (...) (7.181,67 zł), (...) (100.000 zł), łącznie w kwocie 373.026,97 zł, w ten sposób, że po kompensacie pozostaje do zapłaty na rzecz (...) sp. z o.o. kwota 43.751,43 zł.

Pismo zostało wysłane do D. B. pocztą, w dniu 23 listopada 2012 r.

dowód: oświadczenie z dnia 5.11.2012 r. (k. 297-298)

wyciąg z pocztowej książki nadawczej (k. 298)

D. B. skierowała do J. G. (...) sp. z o.o.) pismo z dnia 28 listopada 2012 r., dotyczące niezgodności salda na dzień 31 października 2012 r. ze (...) sp. z o.o. Wskazała w nim, że w jej ocenie bezpodstawnie (...) sp. z o.o. dokonała potrącenia zobowiązań wobec D. B. z faktur nr (...) (30.723,79 zł), (...) (280.440 zł) i (...) (18.111,75 zł) w łącznej kwocie 329.275,54 zł z należnościami S. od D. B. z tytułu faktur i not obciążeniowych (...) (17.500 zł), (...) (228.421,57 zł), (...) (6.170,75 zł), (...) (13.752,98 zł), (...) (7.181,67 zł), (...) (100.000 zł), łącznie w kwocie 373.026,97 zł. Wskazała również, że swoje stanowisko wobec (...) sp. z o.o. przedstawiała w pismach skutecznie spółce tej doręczonych z dnia 19 grudnia 2011 r., 26 czerwca 2012 r. 25 czerwca 2012 r oraz 4 lipca 2012 r. Wskazała również, że dnia 17 lipca 2012 r. wystąpiła z pozwem o zapłatę do Sądu Okręgowego w Szczecinie. Zwróciła również uwagę na swoje dalsze należności wobec (...) sp. z o.o. z tytułu faktur nr (...) skorygowanej fakturą korygującą nr (...) i faktury nr (...) na łączną kwotę 364/723,84 zł.

dowód: pismo z dnia 28.11.2012 r. (k. 256-257)

A. Ś. dyrektor ds. finansowych oddziału budownictwa kolejowego spółki (...) skierował do D. B. pismo z dnia 30 listopada 2012 r., w którym wskazał, że na podstawie art. 89a ustawy o podatku od towarów i usług podatnik może skorygować podatek należny wyłącznie za świadczenie usług w przypadku wierzytelności, których nieściągalność została uprawdopodobniona, a także, że D. B. powołuje się na rzekomo nieuregulowaną płatność z tytułu faktur (...), które zostały umorzone na skutek potrącenia z wierzytelnościami S. z faktur i not obciążeniowych nr (...), (...), (...), (...), (...), (...), w wyniku czego D. B. jest winna (...) sp. z o.o. kwotę 43.751,43 zł, wobec czego nie przysługuje jej żadna wierzytelność wobec S..

dowód: pismo z dnia 30.11.2012 r. (k. 506)

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo okazało się w części zasadne, częściowo zasługiwało na oddaleniu.

Powódka dochodziła od pozwanej (jako inwestora) zapłaty kwoty 280.440 zł za wykonanie na rzecz interwenientki (jako generalnego wykonawcy) w ramach umowy nr (...) z dnia 20 grudnia 2010 r. robót budowlanych, za które wystawiła fakturę VAT nr (...) z dnia 30 marca 2012 r.

Podstawę prawną roszczenia powódki stanowi art. 647 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. Przepis ten odpowiednio stosuje się do umowy o roboty budowlane zawartej między generalnym wykonawcą a podwykonawcą, w której generalny wykonawca zleca podwykonawcy wykonanie części robót, które objęte są umową łączącą go z inwestorem. Kwestia możliwości zlecenia części robót podwykonawcy powinna być uregulowana w umowie łączącej generalnego wykonawcę i inwestora, stosownie do art. 647¹ § 1 k.c., który stanowi, że w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Zawarcie umowy między generalnym wykonawcą a podwykonawcą uregulowane jest w art. 647¹ § 2 zdaniu pierwszym k.c., zgodnie z którym do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Umowa ta powinna czynić zadość formie pisemnej czynności prawnej zastrzeżonej ad solemnitatem (art. 647¹ § 4 k.c.). W zdaniu drugim art. 647¹ § 2 k.c. zawarte jest z kolei domniemanie, zgodnie z którym jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. W przypadku dochowania powyższych wymogów co do umowy o roboty budowlane zawartej między generalnym wykonawcą a podwykonawcą za zgodą inwestora, na podstawie 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.

W niniejszym procesie strona pozwana nie kwestionowała swojej legitymacji biernej – nie kwestionowała zatem, że na podstawie art. 647 w zw. z art. 647¹ § 5 k.c. odpowiada solidarnie z interwenientką uboczną - (...) sp. z o.o. - za zobowiązania tej spółki (jako generalnego wykonawcy) w stosunku do powódki (jako podwykonawcy), za wykonane przez nią roboty budowlane przy realizacji zadania pod nazwą „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Projektu: Modernizacja linii kolejowej Z.-G. W..”.

Strona pozwana nie kwestionowała również tego, że powódce przysługiwało wynagrodzenie za wykonane roboty we wskazanej przez nią w pozwie (i fakturze nr (...)) kwocie. Obronę w niniejszym procesie pozwana oparła na zarzucie spełnienia świadczenia wobec powódki przez odpowiadającą solidarnie z pozwaną (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (w niniejszym procesie występującą w charakterze interwenientki ubocznej), wskutek dokonanego przez tą spółkę potrącenia wierzytelności powódki dochodzonej niniejszym pozwem z wierzytelnościami przysługującymi interwenientce ubocznej z trzech tytułów: zwrotu kosztów wykonania zastępczego, obciążających powódkę not za niedobory w materiale rozbiórkowym (złomie), a także kary umownej za wprowadzenie na budowę dalszego podwykonawcy bez zgody generalnego wykonawcy.

Obrona pozwanej odwołuje się zatem do art. 366 § 1 k.c., zgodnie z którym kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników).

Sposób obrony pozwanej poparła spółka (...) w interwencji ubocznej. Spółka (...) wyjaśniła, że należność powódki żądana pozwem (z faktury VAT nr (...)) została umorzona wskutek dokonanego przed procesem potrącenia, tym samym poparła zarzut nieistnienia wierzytelności dochodzonej pozwem. W interwencji ubocznej powołane zostało oświadczenie o potrąceniu datowane na dzień 5 listopada 2012 r., wysłane do powódki pocztą, w którym spółka (...) złożyła oświadczenie w oparciu o art. 498 k.c. Dalej w interwencji opisane zostały wierzytelności spółki (...) przedstawione do potrącenia :

- z faktury nr (...) z dnia 7 maja 2012 r. (na kwotę 228.421,57 zł) z tytułu kosztów wykonawstwa zastępczego, stosownie do § 4 ust. 4 umowy podwykonawczej;
- z not obciążeniowych nr (...) (z której potrącono z fakturą żadaną pozwem kwotę 6.699,94 zł) i nr (...) (w kwocie 7.181,67 zł), wystawionych za braki materiałowe;
- z noty obciążeniowej nr (...) (z której potrącono z fakturą żadaną pozwem kwotę 38.136,82 zł), wystawionej na podstawie § 3 ust. 6 umowy podwykonawczej, który dotyczy kary umownej za wprowadzenie podwykonawcy.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Przepis ten ustanawia przesłanki, jakie muszą spełniać wierzytelności przedstawione do potrącenia, ażeby ich wzajemne potrącenie było możliwe. Artykuł 498 § 2 k.c. stanowi natomiast, że wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, z kolei art. 499 k.c. stanowi, że potrącenie dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie, oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe.

Analiza akt rozpoznawanej sprawy wskazuje na to, że oświadczenie o potrąceniu zostało złożone przez spółkę (...) jeszcze wcześniej niż w powołanym w interwencji ubocznej piśmie - datowanym na dzień 5 listopada 2012 r. Przedstawione przez S. do potrącenia wierzytelności zostały potwierdzone dokumentami rozliczeniowymi w postaci refaktury kosztów wykonawstwa zastępczego oraz not obciążeniowych, w których treści wskazano sposób rozliczenia :

„kompensata” z fakturą powódki nr (...). Następnie spółka (...) skierowała do powódki pismo datowane na dzień 29 maja 2012 r., oznaczone numerem (...) (...)(...), w którym zostało złożone oświadczenie o potrąceniu, doszło do skonkretyzowania wszystkich wierzytelności biorących udział w potrąceniu oraz przedstawiona została kolejność, w jakiej wierzytelności powódki zostały potrącone z wierzytelnościami spółki (...).

Skonkretyzowanie wierzytelności powódki nastąpiło poprzez wskazanie faktury VAT nr (...), stwierdzającej tę wierzytelności i opiewającej na kwotę 280.440 zł brutto tytułem robót demontażowo-nawierzchniowych do umowy podwykonawczej (...) na linii Z.-G. W., demontaż toru, pocięcie i transport szyn wg. zestawienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy, poz. 1.

Wierzytelności spółki (...), potrącane z fakturą VAT nr (...), zostały z kolei skonkretyzowane jako: wierzytelność z tytułu faktury VAT nr (...) z dnia 7 maja 2012 r. opiewająca na kwotę 228.421,57 zł jako refaktura kosztów robót ziemnych w ramach wykonawstwa zastępczego na linii (...) Z.-G. W.. zgodnie z § 4 pkt 4 umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 20 grudnia 2010 r.; wierzytelności z not obciążeniowych nr (...) i nr (...) z tytułu braków materiałów przy rozliczeniu inwestycji na linii (...), będące rozliczeniami za odpowiednio 10,163 t oraz 5,307 t i opiewającymi na odpowiednio 13.752,98 zł i 7.181,67 zł; a także wierzytelność z noty obciążeniowej nr (...) z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 3 ust. 6 umowy, opiewająca na kwotę 100.000 zł.

Wierzytelności spółki (...) były przy tym potrącane z wierzytelnością powódki z faktury nr (...) w sposób, który można odczytać po podstawieniu kolejno kwot ze wskazanych dokumentów rozliczeniowych w miejsca, w których dokumenty te są wymieniane (z nazwy) w oświadczeniu z dnia 29 maja 2012 r.:

- wierzytelność z faktury nr (...) została przedstawiona do potrącenia w całości, a zatem w kwocie 228.421,57 zł;
- wierzytelność z noty obciążeniowej nr (...) została przedstawiona do potrącenia w kwocie 6.699,94 zł,

w piśmie z dnia 29 maja 2012 r. w pierwszym rzędzie spółka (...) dokonała bowiem potrącenia wierzytelności powódki z wcześniejszej faktury VAT nr (...), wystawionej na kwotę 30.723,79 zł, z następującymi wierzytelnościami spółki (...): w całości wierzytelności z faktury nr (...) w kwocie 17.500 zł, w całości wierzytelności z noty obciążeniowej nr (...) w kwocie 6.170,75 zł oraz w części – do całkowitego umorzenia wierzytelności z faktury VAT nr (...) – wierzytelności z noty obciążeniowej nr (...) (...) opiewającej na kwotę 13.752,98 zł, a zatem w kwocie 7.053,04 zł;

tym samym z noty obciążeniowej nr (...) pozostała kwota 6.699,94 zł, którą w dalszej części pisma potrącono z wierzytelnością powódki z faktury nr (...);

- wierzytelność z noty obciążeniowej nr (...) została przedstawiona do potrącenia w całości, a zatem w kwocie 7.181,67 zł;
- wierzytelność z noty obciążeniowej nr (...) została przedstawiona do potrącenia w kwocie 38.136,82 zł, tyle bowiem z wierzytelności spółki (...) wynikającej z tej noty wystarczyło, według kolejności potrącenia przedstawionej w piśmie z 29 maja 2012 r., do umorzenia w całości wierzytelności powódki z faktury nr (...).

Z noty obciążeniowej nr (...), wystawionej na kwotę 100.000 zł, po potrąceniu kwoty 38.136,82 zł z fakturą powódki nr (...), pozostała tym samym kwota 61.863,18 zł, która została w dalszej części pisma z 29 maja 2012 r. w kwocie 18.111,75 zł (a więc w części) potrącona z wierzytelnością powódki z faktury nr (...), aż do jej całkowitego umorzenia.

Dalej w piśmie z 29 maja 2012 r. spółka (...) przedstawiła wynik matematyczny dokonanych potrąceń wskazując, że ostatecznie pozostała do zapłaty po stronie powódki kwota 43.751,43 zł z tytułu noty obciążeniowej nr (...) (61.863,18 - 18.111,75).

Należy również wskazać, że powyższe oświadczenie woli (pismo datowane na dzień 29 maja 2012 r. nr (...) (...)(...)) dotarło do adresata – powódki – najpóźniej dnia 31 lipca 2012 r. Co prawda w zebranych w sprawie materiale dowodowym brak było dowodu w postaci potwierdzenia odbioru pisma datowanego na 29 maja 2012 r., zawierającego

oświadczenie spółki (...) o potrąceniu, jednakże powódka odpowiedziała na to pismo pismem z dnia 31 lipca 2012 r. (powołując się na numer pisma – (...) (...)(...)).

Co więcej z pism redagowanych przez powódkę wynika, że nie miała ona wątpliwości co do skonkretyzowania wierzytelności przedstawionych do potrącenia, ani co do kolejności dokonanych przez spółkę (...) potrąceń, których matematyczny wynik wskazuje na kwotę 43.751,43 zł do zapłaty po stronie powódki, jako należność z tytułu noty obciążeniowej nr (...).

Wobec powyższego przyjąć należało, że pismem z dnia 29 maja 2012 r. spółka (...) złożyła prawidłowe pod względem formalnym oświadczenie o potrąceniu, w rozumieniu art. 499 k.c.

W dalszym etapie orzekania, zmierzającym do ustalenia czy potrącenie było skuteczne, należało rozstrzygnąć o materialnoprawnej podstawie każdej z wierzytelności przedstawionych do potrącenia. W rozpoznawanej sprawie niesporny jest fakt, że po stronie powódki powstała wierzytelność z faktury VAT (...). Pozostaje rozstrzygnąć, czy istnieją wierzytelności spółki (...) przedstawione do potrącenia. Wierzytelności te miały swoje źródło w trzech różnych podstawach faktycznych i prawnych.

Ad 1.

Wierzytelność z faktury nr (...) jest wierzytelnością z tytułu kosztów wykonawstwa zastępczego robót budowlanych, które - zdaniem pozwanej i spółki (...) - mieściły się w zakresie robót powódki na podstawie umowy podwykonawczej nr (...). Faktura VAT nr (...) (oznaczona też jako (...) (...) G.) została wystawiona na kwotę 228.421,57 zł brutto (185.708,59 zł netto), a w jej tytule wpisano, że jest to refaktura kosztów robót ziemnych w ramach wykonawstwa zastępczego na linii (...) Z.-G. W.. zgodnie z § 4 pkt 4 umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 20 grudnia 2010 r.

Z materiału dowodowego zebranego w sprawie wynika, że objęte tą fakturą zostało 78,99% kwot wskazanych w następujących fakturach (por. specyfikacja - karta 136, pismo powódki z dnia 4.07.2012 r. - karta 243-246) :

- 1) nr (...) wystawionej dnia 21 kwietnia 2011 r. przez (...) (wspólników spółki cywilnej (...)) na kwotę 75.915,60 zł za usunięcie warstwy filtracyjnej wraz z plantowaniem, zagęszczenie podłoża w kilometrze 20,300-21,000 linii (...) (70.749,60 zł) oraz za przygotowanie dróg leśnych dojazdowych oraz opłatę za dzierżawę dróg (5.166 zł);
- 2) nr (...) wystawionej dnia 4 maja 2011 r. przez (...) na kwotę 52.324,20 zł za usunięcie warstwy filtracyjnej wraz z plantowaniem, zagęszczenie podłoża w kilometrze 19,800-20,300 linii (...);
- 3) nr (...) wystawionej dnia 16 maja 2011 r. przez (...) na kwotę 62.789,04 zł za usunięcie warstwy filtracyjnej wraz z plantowaniem, zagęszczenie podłoża w kilometrze 17,000-17,600 linii (...);
- 4) nr (...) wystawionej dnia 27 czerwca 2011 r. przez (...) na kwotę 32.243,75 zł za wykonanie robót ziemnych, tj. ławy torowiska wraz z poszerzeniem, wyprofilowaniem i zagęszczeniem w kilometrze 16,150-15,692 linii (...);
- 5) nr (...) wystawionej dnia 20 lipca 2011 r. przez P. S. (1) na kwotę 65.905,25 zł za wymianę gruntu na linii kolejowej Z.-G. W.. (zgodnie z adnotacją wykonane na kilometrze 11,050-11,550).

Zagadnienie wykonawstwa zastępczego zostało uregulowane w art. 480 k.c. Zgodnie z art. 480 § 1 k.c. : w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. Przepis ten wprowadza zasadę, od której wyjątek został uregulowany w art. 480 § 3 k.c. stanowiącym, że w wypadkach nagłych wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, wykonać bez upoważnienia sądu czynność na koszt dłużnika lub usunąć na jego koszt to, co dłużnik wbrew zobowiązaniu uczynił. Instytucja wykonania zastępczego ma za zadanie służyć zaspokojeniu roszczenia wierzyciela polegającego na czynieniu lub powstrzymaniu się od czynienia w takiej sytuacji, w której dłużnik pozostaje w zwłoce, a zobowiązanie dłużnika może zostać wykonane przez osobę trzecią. W takim przypadku to osoba trzecia spełnia na rzecz wierzyciela świadczenie, które miał spełnić dłużnik, zaś wierzyciel uzyskuje w stosunku do dłużnika

roszczenie o zwrot poniesionych przez siebie kosztów wykonania zastępczego, nie tracąc jednocześnie roszczenia o naprawienie szkody powstałej wskutek zachowania się dłużnika.

W doktrynie podkreśla się przy tym, że dochodzenie zwrotu kosztów wykonawstwa zastępczego tym różni się od innych przypadków żądania odszkodowania, że wierzyciel nie musi przeprowadzać dowodu na okoliczność powstania i wielkości szkody, a jedynie wykazać wysokość poniesionych wydatków [por. Z. G., Komentarz do Kodeksu cywilnego, LEX 2014, oraz powołane tam publikacje].

W rozpoznawanej sprawie strony – powódka i spółka (...) – w łączącej je umowie podwykonawczej nr (...) w sposób autonomiczny uregulowały kwestię wykonania zastępczego, czyniąc to w § 4 ust. 4 zdaniu drugim o następującym brzmieniu: GW jest uprawniony bez uzyskiwania zgody Sądu do powierzenia osobom trzecim do wykonania w zastępstwie PW na jego koszt i ryzyko jakichkolwiek zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy, których PW nie wykonuje, lub nienależyte wykonuje w szczególności nie wykonuje w terminie, z zachowaniem prawa do żądania odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez PW niniejszej Umowy (wykonawstwo zastępcze). Zdanie trzecie § 4 ust. 4 umowy ustanawiało z kolei warunek, jaki musiał zostać spełniony przed zleceniem osobie trzeciej wykonawstwa zastępczego. Zdanie to otrzymało następujące brzmienie: GW wykona swoje uprawnienie do wykonawstwa zastępczego po wcześniejszym pisemnym zawiadomieniu PW o niewykonywaniu lub nienależytym wykonywaniu przez niego Umowy.

Powyższym postanowieniem umownym strony umowy podwykonawczej nr (...) zmodyfikowały zatem normę zawartą w art. 480 § 1 k.c. przyznając generalnemu wykonawcy – spółce (...) – kompetencję do zlecenia wykonania zastępczego bez stosownego upoważnienia przez Sąd, jako wymóg do skorzystania z tej kompetencji ustalając jedynie uprzednie pisemne zawiadomienie podwykonawcy (powódki).

Zaznaczenia wymaga, iż w doktrynie wskazuje się, że ze względu na konieczność ochrony dłużnika oraz niewłaściwość zbyt radykalnego rozszerzania uprawnień przysługujących jednej ze stron umowy, upoważnienie do wykonania zastępczego powinno pochodzić od Sądu. Jednakże zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, dopuszczalne jest więc zamieszczenie w umowie postanowienia dotyczącego wykonania obowiązku spoczywającego na dłużniku przez wierzyciela na koszt dłużnika, jeżeli nie sprzeciwia się to właściwości (naturze) stosunku łączącego strony, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (zatem z wyłączeniem świadczeń, które mogą zostać spełnione jedynie osobiście przez dłużnika). W przypadku sporządzenia – i zawarcia – umowy z postanowieniem przyznającym taką kompetencję wierzycielowi, nie musi on już wnosić o stosowne upoważnienie przez Sąd na podstawie art. 480 § 1 k.c. i może działać na podstawie umowy. Uznaje się w takim przypadku, że kontrahent zawierając umowę o takiej treści zdaje sobie sprawę z konsekwencji, jakie wiązać się będą ze zwłoką w wykonaniu zobowiązania i nie potrzebuje już dodatkowej ochrony. Zaznacza się przy tym, że umowa powinna zobowiązywać wierzyciela do poinformowania dłużnika o terminie przystąpienia do wykonania zastępczego [por. A. C., A. K., Metodyka sporządzania umów gospodarczych, LexisNexis 2014, nb. 4.5.].

Oceniając przez pryzmat zaprezentowanego wyżej stanowiska postanowienie § 4 ust. 4 umowy podwykonawczej nr (...) należy wskazać, że odmienności od art. 480 § 1 k.c. mieszczą się w zakresie swobody kształtowania przez strony łączącego je umownego stosunku obligacyjnego (art. 353¹ k.c.). Podstawę prawną wierzytelności spółki (...) stwierdzonej fakturą nr (...) stanowić będzie zatem art. 354 k.c. w zw. z § 4 ust. 4 umowy podwykonawczej nr (...).

Mając na uwadze powyższe rozważania uznać trzeba, że aby potrącenie wierzytelności z tytułu faktury nr (...) było skuteczne, konieczne jest z jednej strony wykazanie, iż roboty, za wykonanie których wystawiono faktury VAT nr (...), mieściły się w zakresie robót zleconych do wykonania powódce umową podwykonawczą nr (...), a z drugiej strony, że spółka (...) skorzystała z kompetencji zlecenia osobom trzecim wykonania określonego zakresu robót powódki stosując się do postanowień § 4 ust. 4 umowy.

Dokonanie ustaleń w przedmiocie, które z robót wykonywanych przez przedsiębiorstwo (...) i przedsiębiorstwo (...) mieściło się w zakresie robót powódki objętym umową podwykonawczą nr (...), wymagało wiadomości specjalnych, stosownie do art. 278 § 1 k.p.c.

W opinii sporządzonej przez biegłego sądowego z zakresu budownictwa i szacowania nieruchomości dr inż. T. P. wskazała, że przedsiębiorstwo (...) wykonało w trybie wykonawstwa zastępczego za powódkę:

1) roboty obejmujące usunięcie warstwy filtracyjnej, plantowanie, zagęszczenie podłoża na linii kolejowej nr (...) w km 21,000-20,300 rozliczone fakturą VAT nr (...) z dnia 21 kwietnia 2011 r. w kwocie 70.749,60 zł;

2) roboty obejmujące usunięcie warstwy filtracyjnej, plantowanie, zagęszczenie podłoża na linii kolejowej nr (...) w km 20,300-19,800 rozliczone fakturą VAT nr (...) z dnia 4 maja 2011 r. w kwocie 52.324,20 zł;

3) roboty obejmujące usunięcie warstwy filtracyjnej, plantowanie, zagęszczenie podłoża na linii kolejowej nr (...) w km 17,600-17,000 rozliczone fakturą VAT nr (...) z dnia 16 maja 2011 r. w kwocie 62.789,04 zł;

4) roboty obejmujące ławę torowiska z poszerzeniem do 7,105 m, z profilowaniem i jej zagęszczeniem na linii kolejowej nr (...) w km 16,150-15,692, rozliczone fakturą VAT nr (...) z dnia 27 czerwca 2011 r. w kwocie 32.243,71 zł (uznać przy tym należało, że roboty zastępcze miały wartość 32.243,75 zł, albowiem zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazywał na to, że biegła w tym miejscu popełniła oczywistą omyłkę pisarską, brak jest bowiem w treści opinii uzasadnienia dla uznania kwoty 4 groszy z faktury nr (...) za niezasadną);

a także wskazano, że przedsiębiorstwo (...) wykonało w trybie wykonawstwa zastępczego za powódkę:

5) roboty obejmujące wymianę gruntu na głębokości 30 cm, przy szerokości 7,29 m na linii kolejowej nr (...) w km 11,550-11,050 rozliczone fakturą VAT nr (...) z dnia 20 lipca 2011 r. w kwocie 65.905,25 zł.

Opinia biegłej dr inż. T. P. została uznana za w pełni wiarygodny dowód w sprawie, ocena tego dowodu zostanie przedstawiona poniżej.

Łącznie zatem w ramach wykonawstwa zastępczego za powódkę zostały wykonane na rzecz interwenientki roboty budowlane o wartości 284.011,84 zł i taki też koszt wykonawstwa zastępczego poniosła spółka (...), przy czym pamiętać trzeba, że w fakturze VAT nr (...) ujęła ona jedynie 78,99% tych kosztów (wraz z 78,99% kosztów dróg leśnych z faktury nr (...), które - jak stwierdziła biegła - nie mieściły się w zakresie robót zastępczych za powódkę). Spółka (...) domagała się od powódki zwrotu jedynie takiej części tych kosztów (jedynie 78,99% wartości faktur podwykonawców przedstawiła do potrącenia z wierzytelnością powódki z faktury nr (...)).

W dalszej kolejności należało ustalić, czy roboty zastępcze, za które zostały wystawione powyższe faktury VAT, zostały zlecone zgodnie z wymogami określonymi w § 4 ust. 4 umowy podwykonawczej nr (...) łączącej powódkę i spółkę (...). Wymogi te, jak wskazano wyżej, sprowadzały się do pisemnego poinformowania powódki o okolicznościach z § 4 ust. 4.

Zaznaczyć trzeba, że analiza umowy podwykonawczej nr (...) prowadzi do wniosku, iż strony w różnych postanowieniach umownych zamieszczały zastrzeżenia określonej formy dla danej czynności, określając w różny sposób sankcję za niedochowanie tej formy (czy to rygor nieważności np. w § 3 ust. 6, czy też rygor utraty prawa do żądania spełnienia roszczenia np. w § 3 ust. 5). Tymczasem w regulacji § 4 ust. 4 umowy podwykonawczej nr (...) powódka i spółka (...) nie zastrzegły żadnej sankcji za niedochowanie formy pisemnej zawiadomienia, jednocześnie w § 10 ust. 1 tej umowy wskazując, że w sprawach w niej nieuregulowanych znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie zaś z art. 76 k.c. jeżeli strony zastrzegły w umowie, że określona czynność prawna między nimi powinna być dokonana w szczególnej formie, czynność ta dochodzi do skutku tylko przy zachowaniu zastrzeżonej formy. Jednakże gdy strony zastrzegły dokonanie czynności w formie pisemnej, nie określając skutków niezachowania tej formy, poczytuje się w razie wątpliwości, że była ona zastrzeżona wyłącznie dla celów dowodowych.

Z uwagi na to, że strony nie zastrzegły w umowie wobec formy zawiadomienia z § 4 ust. 4 żadnego rygoru, należy uznać, że forma pisemna została w tym przypadku zastrzeżona przez strony dla celów dowodowych. Tym niemniej, stosownie do art. 74 § 3 k.c. przepisów o formie pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych nie stosuje się do czynności prawnych w stosunkach między przedsiębiorcami, a ponieważ obie strony umowy podwykonawczej nr (...) były (i są nadal) przedsiębiorcami, to forma zastrzeżona ad probationem nie znajduje w stosunkach między nimi zastosowania. Spółka (...) mogła zatem dokonać zawiadomienia powódki, o okolicznościach z § 4 ust. 4, w dowolnej formie dostatecznie wyrażającej jej oświadczenie.

Tym niemniej z analizy materiału dowodowego wynika, że powódka została w pierwszej kolejności zawiadomiona o tym, iż generalny wykonawca rozważa dopiero skorzystanie z kompetencji z § 4 ust. 4 umowy w trakcie narady roboczej dnia 28 kwietnia 2011 r., kiedy to należycie umocowany pełnomocnik powódki – K. Ż. – został poinformowany o tym, że generalny wykonawca (spółka (...)) proponuje wdrożyć program naprawczy polegający na stworzeniu wspólnego harmonogramu robót do realizacji i bezwzględne przestrzegania, a w przypadku opóźnienia w realizacji harmonogramu o trzy dni, generalny wykonawca zastrzega sobie prawo do wprowadzenia wykonawcy zastępczego, którego celem będzie przywrócenie zaawansowania robót zakładanego harmonogramem, a kosztami będzie obciążana firma, u której generalny wykonawca stwierdzi opóźnienie. W następnej notatce - z dnia 29 kwietnia 2011 r. - wskazano, że powódka utworzy dodatkowy front robót przy poszerzaniu nasypu linii kolejowej nr (...) aby przyspieszyć prace. Z kolei w notatce z narady roboczej z dnia 10 maja 2011 r. wskazano już wprost, że w związku z tym, iż opóźnienia w realizacji harmonogramu przekraczają trzy dni, generalny wykonawca przystępuje do działań mających na celu wprowadzenie wykonawcy zastępczego zgodnie z zapisem pkt 4 narady z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Notatka o takiej treści została podpisana zarówno przez K. Ż. jak i przez przedstawiciela spółki (...), czyni zatem zadość wymogom dochowania formy pisemnej. Najpóźniej dnia 10 maja 2011 r. powódka została więc powiadomiona o tym, że zostanie wprowadzony wykonawca zastępczy z powodu niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez powódkę umowy, tym samym za prace wykonywane po tej dacie spółka (...) mogła już zgodnie z umową obciążyć powódkę kosztami wykonawstwa zastępczego, a powyższe zostało stwierdzone na piśmie - w notatce z narady roboczej. O ile bowiem notatka z dnia 28 kwietnia 2011 r. zawiera jedynie informację, że generalny wykonawca rozważa skorzystanie z kompetencji z § 4 ust. 4, o tyle w notatce z dnia 10 maja 2011 r. jest już wprost mowa o tym, że z powodu nienależytego wykonywania umowy wprowadzony zostanie wykonawca zastępczy.

Przesłuchani w sprawie świadkowie reprezentujący spółkę (...) i Ł. W. - wskazywali właśnie na pkt 5 notatki z dnia 10 maja 2011 r. jako na wymagane umową w § 4 ust. 4 powiadomienie powódki, dotyczące wprowadzenia wykonawcy zastępczego. W aktach sprawy brak materiału dowodowego wskazującego na to, że powiadomienie to (w jakiegokolwiek formie, np. ustnie), nastąpiło wcześniej niż w dacie narady roboczej, na którą wskazywali świadkowie reprezentujący spółkę (...) i która miała miejsce w dniu 10 maja 2011 r.

Dodać trzeba w tym miejscu, że § 4 ust. 4 nie przewiduje obowiązku przeprowadzenia inwentaryzacji robót w przypadku wprowadzenia wykonawcy zastępczego. Przypomnieć również należy (co już omówiono wyżej), że spółka (...) domagając się zwrotu kosztów wykonawstwa zastępczego nie musi przeprowadzać dowodu na okoliczność powstania i wielkości szkody, a jedynie winna wykazać wysokość poniesionych wydatków, co w niniejszym procesie zostało wykazane poprzez złożenie faktur wystawionych przez podwykonawców.

Wobec powyższych okoliczności za zasadnie ujęte w przedstawionej do potrącenia fakturze nr (...) uznać można tylko koszty wskazane w tych fakturach, wystawionych przez (...) i P. S. (1), które obejmują prace wykonane w zastępstwie powódki po dniu 10 maja 2011 r.

W związku z tym za niezasadne uznać należało obciążenie powódki przez spółkę (...) kosztami prac, za które wystawiona została faktura VAT nr (...) z dnia 21 kwietnia 2011 r., prace te zostały bowiem wykonane przed wystawieniem faktury, a z kolei faktura została wystawiona przed powiadomieniem powódki, tj. przed dniem 10 maja 2011 r., co więcej jak wynika z opinii biegłej sądowej jedynie część należności z tej faktury obejmuje roboty wykonane

w trybie podwykonawstwa zastępczego (tymczasem w fakturze nr (...) ujęto całą należność z faktury VAT nr (...), pomniejszoną do 78,99%).

Niezasadne było również obciążenie powódki kosztami prac, za które została wystawiona faktura VAT nr (...) z dnia 4 maja 2011 r. Roboty objęte tą fakturą były wykonywane jeszcze w kwietniu 2011 r. Fakt ten można wywnioskować w trybie 231 k.p.c. z tego, że wpisem w dzienniku budowy z dnia 20 kwietnia 2011 r. zostało zgłoszone do odbioru podłoże od km 20,400 do km 19,500, tym samym skoro dnia 20 kwietnia 2011 r. zostało już zgłoszone do odbioru, to roboty w tym zakresie (obejmujące roboty wskazane w fakturze nr (...)) musiały zostać wykonane przed dniem zgłoszenia ich do odbioru.

Bezpodstawne było również obciążenie powódki kosztami prac, za które została wystawiona faktura VAT nr (...) z dnia 16 maja 2011 r. Co prawda wskazana faktura została wystawiona dnia 15 maja 2011 r., tym niemniej roboty budowlane, za które została wystawiona, były wykonywane w okresie od 19 kwietnia 2011 r. do dnia 22 kwietnia 2011 r., na co wprost wskazuje protokół odbioru tych robót o numerze 04/04/2011, sporządzony dnia 9 maja 2011 r. Roboty te były zatem wykonywane przed powiadomieniem powódki, dokonanym zgodnie z § 4 ust. 4 umowy podwykonawczej.

Zasadne okazało się natomiast obciążenie powódki kosztami robót, za które wystawiono fakturę VAT (...) z dnia 27 czerwca 2011 r. (za prace związane z profilowaniem i jej zagęszczeniem na linii kolejowej nr (...) w km 16,150 - 15,692). Treść tej faktury koresponduje z notatką z narady roboczej z dnia 21 czerwca 2011 r. (pkt 10 notatki), w której wskazano, że przedsiębiorstwo (...) nie wywiązało się z przygotowania podłoża pomimo deklaracji wykonania na dzień 16 czerwca 2011 r., w związku z czym generalny wykonawca z uwagi na przeterminowanie całości prac, które miały się zakończyć do dnia 7 czerwca 2011 r., podjął decyzję o wprowadzeniu wykonawcy zastępczego – (...) – w celu wykonania podłoża w km 16,150 do 15,692.

Z kolei przedstawiciel powódki K. Ż. jako świadek w niniejszej sprawie na rozprawie w dniu 26 marca 2013 r. zeznał: Była praktyka taka, że wprowadzono wykonawcę zastępczego [...]. Praktyka ta dotyczyła głównie budowy nasypu, którą zlecono panu S. i firmie (...). S. twierdził, że oni pracowali za nas. Świadek ten potwierdził zatem, że przedsiębiorstwo (...) zostało wprowadzone do wykonywania robót w zakresie nasypów i spółka (...) informowała o tym, że podmiot ten został wprowadzony jako wykonawca zastępczy za powódkę. Z opinii biegłej sądowej (por. w szczególności ustne wyjaśnienia) wynika z kolei, że prace objęte fakturą VAT (...) wystawioną przez spółkę (...) i jednocześnie objęte treścią pkt 10 notatki z dnia 21 czerwca 2011 r. mieściły się w umownym zakresie robót powódki – pomimo odmiennych twierdzeń powódki w tym temacie – co więcej fakty ustalone przez biegłą znalazły również wyraz w cytowanych wyżej zeznaniach świadka K. Ż., który w toku realizacji umowy podwykonawczej nr (...) był pełnomocnikiem powódki. Mając na uwadze zeznania K. Ż. uznać należy, że powódka była poinformowana przez spółkę (...) o tym, że nie wykonuje należycie umowy podwykonawczej i że jako wykonawca zastępczy wprowadzona zostanie na plac budowy właśnie firma (...). Wykonawca ten jednak również nie podołał realizacji prac za powódkę, zgodnie z harmonogramem robót, co spowodowało, że dnia 21 czerwca 2011 r. został wprowadzony (...) jako kolejny wykonawca zastępczy robót, które zgodnie z umową podwykonawczą nr (...) miała wykonać powódka (ten ostatni fakt, jak wspomniano powyżej, potwierdziła biegła). Ostatecznie przyjąć więc trzeba, że prace wymienione w fakturze VAT (...), wykonane przez spółkę cywilną (...), należą do zakresu robót objętych umową łączącą powódkę i spółkę (...).

Na marginesie należy w tym miejscu wskazać, że za tym, iż prace przy poszerzeniu korony nasypu linii kolejowej nr (...) winny być wykonane w szerokości 7,09 m, a nie w szerokości 5,60 m, świadczy również to, że zgodnie z Instrukcją (...) Warunki techniczne utrzymywania nawierzchni na liniach kolejowych – stanowiącej załącznik do zarządzenia nr (...) Zarządu (...) S.A. z dnia 18 maja 2005 r. – podtorze linii jednotorowej magistralnej lub pierwszorzędnej powinno mieć szerokość co najmniej 6,65 m, zaś powódka zobowiązała się do wykonania umowy z najwyższą profesjonalną starannością, zasadami sztuki budowlanej, i zgodnie z warunkami umowy (§ 3 ust. 2 umowy podwykonawczej nr (...)). Uznać zatem należy, że podejmując się robót przy linii kolejowej będącej pod zarządem (...) S.A. była świadoma, że przedmiot umowy musi zostać wykonany stosownie do wewnętrznych przepisów kolejowych (...) w tym zakresie.

Mając na uwadze, że prace, za które wystawiono fakturę nr (...), zostały zlecone – a zatem również wykonane – po dniu 10 maja 2011 r., a zatem po powiadomieniu powódki zgodnie z § 4 ust. 4 umowy podwykonawczej, a także należą one do zakresu objętego umową łączącą powódkę i spółkę (...), za zasadne należało uznać obciążenie powódki kosztami robót, za które wystawiono fakturę VAT (...).

Taki sam wniosek należy wyprowadzić odnośnie obciążenia powódki kosztami robót, za które została wystawiona przez P. S. (1) faktura nr (...) z dnia 20 lipca 2011 r., zgodnie bowiem ze zleceniem oraz protokołem odbioru tych robót zostały one zlecone dnia 29 czerwca 2011 r., a odebrane dnia 19 lipca 2011 r., co miało miejsce po dniu 10 maja 2011 r., w którym to powódka została przez spółkę (...) powiadomiona o tym, że nienależycie wykonuje umowę (zlecenie - karta 320, protokół odbioru - karta 322). Co więcej także w odniesieniu do tej faktury opinia biegłej sądowej potwierdza, że objęte nią prace należą do zakresu objętego umową łączącą powódkę i spółkę (...).

Mając na uwadze powyższe rozważania wskazać trzeba, że z wskazanej przez biegłą sądową kwoty 284.011,84 zł, jaką zamknęły się koszty wykonania przez inne podmioty robót, które na podstawie umowy podwykonawczej nr (...) powinna była wykonać powódka, jedynie koszty za roboty z faktur nr (...) (wystawionych łącznie na kwotę 98.149 zł brutto) mogły zostać uznane za takie, których zwrotu mogła się domagać spółka (...) na podstawie § 4 ust. 4 umowy tytułem kosztów wykonawstwa zastępczego. Tym niemniej spółka (...) nie domagała się zwrotu całości kosztów wskazanych w tych fakturach, a jedynie części stanowiącej 78,99% tych kosztów (w takiej bowiem części kwoty z omówionych wyżej faktur zostały uwzględnione w obciążającej powódkę z tytułu kosztów wykonawstwa zastępczego fakturze nr (...)). Dodać trzeba w tym miejscu, mając na uwadze wątpliwości powódki wyrażone w piśmie z dnia 4 lipca 2012 r., że zgodnie z umową spółka (...) uprawniona była do obciążenia powódki kwotą 100% tych kosztów, tym samym obciążenie powódki mniejszą kwotą nie może być uznane za bezpodstawne. Nieuzasadnione są również zastrzeżenia powódki odnośnie podatku VAT ujętego w fakturze nr (...). Omawiana faktura, stanowiąca w istocie refakturę faktur wystawionych przez wykonawców zastępczych, opiewa na kwotę netto oraz brutto identyczną jak faktury wykonawców zastępczych, nie doszło więc do podwójnego opodatkowania podatkiem VAT.

W związku z tym wierzytelność spółki (...) z faktury nr (...) została skutecznie potrącona z wierzytelnością powódki z faktury nr (...) jedynie w kwocie 77.527,89 zł, stanowiącej 78,99% z kwoty 98.149 zł, stanowiącej sumę należności brutto z faktur nr (...).

Z uwagi na to, że dla oceny istnienia wierzytelności z tytułu kosztów wykonawstwa zastępczego robót budowlanych, stwierdzonej fakturą nr (...), poważne znaczenie miały dokumenty w postaci notatek z narad roboczych (w notatkach tych zawarte były wymagane umową w § 4 ust. 4 powiadomienia powódki, dotyczące wprowadzenia wykonawcy zastępczego), nie można pominąć w tym miejscu rozważań dotyczących oceny dowodu z dokumentu, jakim jest notatka z narady roboczej z dnia 24 maja 2011 r. Dokonanie osobnej oceny dowodu z tego dokumentu jest nieodzowne ze względu na to, że każda ze stron (powódka oraz spółka (...)) złożyła dowód w postaci notatki z dnia 24 maja 2011 r. o innej treści, co więcej przedstawiciel powódki K. Ż. kwestionował notatkę złożoną przez spółkę (...) wskazując, że dokument ten został podrobiony, oryginalna notatka - wg jego zeznań - miałaby bowiem nie zawierać pkt 14. W celu usunięcia wątpliwości zobowiązano spółkę (...) do złożenia oryginału notatki, który znajduje się w aktach na kartach 534-535. Porównanie oryginału notatki z dowodem złożonym przez powódkę (k.215-216) oraz z dowodem złożonym przez spółkę (...) (k.402-403) nie pozostawia wątpliwości, że dokument złożony przez spółkę (...) w postaci odpisu jest wiernym odwzorowaniem oryginału, z kolei powódka złożyła dowód nieodpowiadający zapisom oryginału, m.in. w notatce złożonej przez powódkę pominięto zapis z pkt 6 zdanie drugie, który w oryginalnej notatce oraz w odpisie złożonym przez spółkę (...) ma treść: " firma (...) nie wywiązała się ze zobowiązania dotyczącego przekazania placu robót firmie (...)". Z powyższego wynika, że to powódka posłużyła się niewiarygodnym (przerobionym) dowodem, co więcej niewiarygodne okazały się zeznania świadka powódki K. Ż. co do braku w oryginalnej notatce pkt 14. Dodatkowo zauważyć trzeba, że do pkt 6 notatki powódka w niniejszym procesie przywiązywała duże znaczenie, jak bowiem zeznał świadek K. Ż. (karta 521) pkt 6 omawianej notatki jest jedynym - zdaniem świadka - dokumentem, w którym zostało zapisane, że firma powódki ma obowiązek udostępnić front robót spółce cywilnej (...).

Ad 2.

Wierzytelności z not obciążeniowych nr (...) i nr (...) są wierzytelnościami z tytułu stwierdzonych przez komisję powołaną przez inwestora – pozwaną – braków materiałowych (złomu szynowego i drobnego złomu użytkowego), przy czym z noty nr (...)/EKAC/2012 spółka (...) potrąciła 6.699,94 zł, a z noty nr (...)/EKAC/2012 – całość stwierdzonej notą wierzytelności.

W tym temacie przedstawiciel powódki K. Ż., przesłuchany w charakterze świadka, a także sama powódka składająca wyjaśnienia w ramach informacyjnego przesłuchania (rozprawa z dnia 14 lutego 2013 r., karta 473-477) po części przyznawali zasadność obciążenia powódki brakami materiałowymi. Z wyjaśnień powódki oraz z zeznań K. Ż. wynika, że powódka uznawała za zasadne obciążenie jej brakami materiałowymi w zakresie drobnego złomu użytkowego, które to braki zostały stwierdzone w zatwierdzonym przez K. Ż. protokole z dnia 8 grudnia 2011 r.. W protokole tym opisano stwierdzone braki - brakujące podkładki żebrowe dwójakiego rodzaju oraz łupki otworowe, przy czym w treści protokołu popełniony został błąd matematyczny, suma stwierdzonych braków materiałowych wszystkich trzech rodzajów wynosi bowiem 14,675 ton, natomiast w treści protokołu omyłkowo wskazano, że jest to 15,470 tony. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że w protokole z dnia 8 grudnia 2011 r. wprost wskazano, że dotyczy on braków materiałowych z inwestycji w kilometrze 9,600 -21,000, a więc z tego odcinka robót, na którym prace w całości wykonywała powódka. W czynności, z której spisano protokół, polegającej na sprawdzeniu i przeliczeniu materiału odzyskanego oraz stwierdzeniu braków materiałowych, nie uczestniczył żaden inny podwykonawca poza przedstawicielem powódki K. Ż.. Dlatego też za niewiarygodne - jako sprzeczne z treścią omawianego dokumentu - należy uznać zeznania K. Ż., który na rozprawie wskazał, że w protokole z dnia 8 grudnia 2011 r. ujęto nie tylko braki materiałowe z odcinka 9,600 -21,000, ale także braki materiałowe z odcinka 70,000-73,635.

Dalej powódka oraz K. Ż. podkreślali, że miało miejsce kolejne spotkanie, w dniu 27 grudnia 2011 r., podczas którego spisano protokół z ostatecznego rozliczenia złomu z odcinka 9,600 -21,000. W protokole tym powielono zapisy z protokołu z dnia 8 grudnia 2011 r. (łącznie z błędem matematycznym) oraz dodatkowo dopisano braki w postaci złomu szynowego w ilości 4,56 tony. W czynności tej nie uczestniczył przedstawiciel powódki, dlatego też powódka nie uznaje braków w postaci złomu szynowego, stwierdzonych protokołem z 27 grudnia 2011 r.

W następnej kolejności powódka oraz K. Ż. wskazywali na dokument wystawiony przez (...) S.A. - nota księgowa obciążeniowa z 30 grudnia 2011 r. - w którym spółka (...) została obciążona przez inwestora (...) S.A. całością braków materiałowych stwierdzonych w protokole z dnia 27 grudnia 2011 r. Powódka oraz K. Ż. akcentowali fakt zamieszczenia w dokumencie obejmującym omawianą notę księgową adnotacji J. G. o treści : "obciążyć D. + W.". Z tego faktu powódka oraz K. Ż. wywiedli, że braki stwierdzone w nocie obciążeniowej numer (...) (znajdującej się na karcie 115 akt), powinny obciążać firmę (...). K. Ż. zeznał dosłownie, że nota obciążeniowa numer (...) powinna obciążać firmę (...), nota ta obejmuje bowiem braki złomu szynowego, które zostały stwierdzone w protokole z dnia 27 grudnia 2011 r. i których powódka nie uznaje, wskazując na fakt nieuczestniczenia jej przedstawiciela w czynnościach dokonanych w dniu 27 grudnia 2011 r.

Analiza materiału dowodowego wskazuje, że stanowisko powódki oraz K. Ż. oparte jest na błędnych przesłankach. Przede wszystkim wskazać trzeba, że nie budzi żadnych wątpliwości, iż braki w zakresie złomu szynowego zostały wymienione w nocie obciążeniowej numer (...), a nie w nocie obciążeniowej numer (...). Wynika to:

- po pierwsze z treści obu not (w nocie (...) wskazano, że dotyczy ona "szyny kolejowej", w nocie (...) nie ma takiego zapisu),

- po drugie z porównania ilości ton złomu, za które wystawione zostały poszczególne noty obciążeniowe, z treścią protokołów z 8 grudnia 2011 r. i 27 grudnia 2011 r. (w protokole z 27 grudnia 2011 r. wskazano, że braki w zakresie szyn wynoszą 4,56 ton i taka też ilość wskazana została w nocie numer (...), z kolei braki w zakresie drobnego złomu użytkowego zgodnie z protokołem z 8 grudnia 2011 r. i 27 grudnia 2011 r., w którym powtórzono błąd matematyczny,

wynoszą 15,470 tony i taka też ilość wskazana została w notach numer (...) i (...), które wystawiono odpowiednio za 10,163 tony oraz 5,307 tony),

- po trzeciej zeznań świadka Ł. W., który wystawiał wszystkie trzy noty obciążeniowe w oparciu o posiadaną dokumentację, po czym w niniejszym procesie zeznał, że za złom szynowy wystawiona została nota o numerze (...), natomiast za pozostałe braki materiałowe w zakresie złomu drobnego wystawione zostały noty o numerach (...) i (...).

Mając na uwadze powyższe przyjąć trzeba, że zeznania K. Ż. oraz stanowisko powódki, że należnością z noty numer (...) - obejmującej zdaniem powódki i jej przedstawiciela złom szynowy - powinna być obciążona firma (...), jest nieuzasadnione jako oparte na fałszywej przesłance, zgodnie z którą nota numer (...) miałaby być wystawiona za złom szynowy. Dlatego też za niewiarygodne należy uznać również zeznania K. Ż. w tej części, w której wskazują on, że nota numer (...) obejmuje złom szynowy i obciąża firmę (...).

Jednocześnie K. Ż. wprost zeznał: " my uznajemy tylko braki z protokołu z 8.12.2012". Tym samym przyjąć trzeba, że strona powodowa uznała braki z dwóch not o numerach (...) i (...), natomiast nieuznawany przez powódkę złom szynowy objęty jest notą obciążeniową numer (...).

W tym miejscu przypomnieć trzeba, że powódka dochodzi w niniejszym procesie należności z faktury VAT numer (...), która została przez spółkę (...) potrącona z należnościami z not obciążeniowych o numerach (...) i (...). Natomiast nota obciążeniowa numer (...) potrącona została przez spółkę (...) z wcześniejszą fakturą powódki, oznaczoną numerem (...). Tym samym istnienie bądź nieistnienie wiarygodności stwierdzonej notą obciążeniową numer (...), nieuznawaną przez powódkę i wystawioną za złom szynowy, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Dla porządku jedynie wskazać należy, że ocena materiału dowodowego, dokonana po przeprowadzeniu całego postępowania, a więc pozwalająca na kompleksową analizę każdego dowodu pod kątem jego zgodności z innymi przeprowadzonymi w sprawie dowodami, pozwala na wyprowadzenie wniosku, że spółka (...) zasadnie obciążyła powódkę również notą numer (...) za złom szynowy, mimo tego, iż J. G. w nocy wystawionej przez (...) dnia 30 grudnia 2011 r. zamieścił adnotację o treści: "obciążyć D. + W.". Obciążenie powódki wszystkimi trzema notami (o numerach (...), (...) i (...)) oznacza bowiem, że mimo tej adnotacji wszystkimi brakami materiałowymi z noty obciążeniowej wystawionej przez (...) S.A. w dniu 30 grudnia 2011 r., w oparciu o protokół z dnia 27 grudnia 2011 r., obciążona została powódka, z pominięciem firmy (...). Pominięcie to jest jednak uzasadnione, co wynika z zeznań świadków J. G. i Ł. W., w powiązaniu z analizą dokumentów w postaci protokołów z dnia 8 grudnia 2011 r. i 27 grudnia 2011 r. Zeznania świadków J. G. i Ł. W. są zbieżne w zakresie tego, że adnotacja J. G. w nocy wystawionej przez (...) S.A. dnia 30 grudnia 2011 r. (do której powódka przywiązywała decydujące znaczenie) nie była wiążąca dla Ł. W.. Obaj świadkowie zeznali, że jest to jedynie informacja dla Ł. W., który miał ją poddać weryfikacji w oparciu o posiadane dokumenty księgowe i finansowe po czym na tej podstawie ustalić, czy całością braków materiałowych ma być obciążona jedna firma, czy też po części obie firmy: D. i W.. Ł. W. zeznał, że po weryfikacji posiadanych dokumentów uznał, że całością braków powinna być obciążona firma (...), bo firma (...) nic na tym odcinku nie wykonywała. Zeznanie to koresponduje z treścią protokołów z dnia 8 grudnia 2011 r. i 27 grudnia 2011 r., w których (jak już wyżej wspomniano) wprost zaznaczono, że obejmują one rozliczenie braków materiałowych z odcinka 9,600-21,000, który leżał w zakresie robót powódki. Niewiarygodne - jak już wspomniano - są zeznania K. Ż., który twierdził, że w protokole z dnia 8 grudnia 2011 r. ujęto nie tylko braki materiałowe z odcinka 9,600 -21,000, ale także braki materiałowe z odcinka 70,000-73,635. Zeznania Ł. W. należy z kolei uznać za wiarygodne w omawianym zakresie także z tego powodu, że brak jest podstaw aby zakładać, że świadek ten dążył do niezasadnego obciążenia jednego podwykonawcy kosztem drugiego. Dlatego też przyjąć trzeba, że materiał dowodowy zebrany w sprawie potwierdza, iż nie było podstaw ku temu, aby brakami materiałowymi wymienionymi w protokołach z 8 grudnia 2011 r. i 27 grudnia 2011 r. po części obciążyć firmę (...), mimo adnotacji uczynionej przez J. G. w nocy wystawionej dnia 30 grudnia 2011 r. przez (...) S.A.

Mając na względzie powyższe rozważania za uzasadnione uznać więc trzeba obciążenie powódki za braki materiałowe stwierdzone w protokole z dnia 8 grudnia 2011 r. (zasadność tego obciążenia wprost przyznał świadek K. Ż.). Braki te zostały ujęte w dwóch notach obciążeniowych: o numerach (...) i (...), przy czym powódka słusznie wywodziła,

że w protokole z dnia 8 grudnia 2011 r. popełniony został błąd matematyczny, który powielany był w dalszych dokumentach, w tym w kolejnym protokole z dnia 27 grudnia 2011 r. oraz w notach obciążeniowych. Noty o numerach (...) i (...) wystawione zostały za drobny złom użytkowy w ilości łącznie wynoszącej 15,470 (10,163 tony + 5,307 tony), podczas gdy powinny być wystawione za złom użytkowy w ilości łącznie wynoszącej 14,675 ton, co oznacza - przy założeniu, że pierwsza z not została wystawiona za 10,163 - że kolejna nota winna być wystawiona za 4,512 tony. Tym samym przyjęć należy, że nota numer (...) została zasadnie wystawiona za 10,163 tony na kwotę 13.752,98 zł (wartości złomu powódka ani w pismach przed procesowych, ani w niniejszym procesie nie kwestionowała), natomiast nota numer (...) powinna być wystawiona za 4,512 ton złomu, a więc na kwotę 6.105,84 zł (zamiast za 5,307 ton na kwotę 7.181,67 zł).

W związku z powyższym wierzytelności spółki (...) z not obciążeniowych o numerach (...) i (...) zostały skutecznie potrącone z wierzytelnością powódki z faktury VAT numer (...) w kwotach wynoszących odpowiednio: 6.699,94 zł (do tej kwoty spółka (...) przedstawiła do potrącenia wierzytelność z noty numer (...)) oraz 6.105,84 zł (na taką kwotę powinna być wystawiona nota numer (...), gdyby nie powielany błąd rachunkowy z protokołu z dnia 8 grudnia 2011 r.).

Odnosnie wskazywanego przez powódkę faktu kradzieży czy też przeniesienia w inne miejsce składowanego złomu wskazać trzeba, że okoliczność ta – po uprzednim udowodnieniu dokładnej ilości skradzionego złomu – mogłaby mieć ewentualnie znaczenie w sprawie, gdyby było możliwe wykazanie, że właśnie ten złom (drobny złom użytkowy - bo takiego dotyczą noty (...) i (...)), który został skradziony czy też przeniesiony, został wcześniej złożony w miejscu składowania przez powódkę, a nie przez innych podwykonawców, oraz że nastąpiło to przed dniem 8 grudnia 2011 r. Dla rozstrzygnięcia decydujące znaczenie ma jednak fakt zaakceptowania przez K. Ż. braków materiałowych stwierdzonych protokołem z dnia 8 grudnia 2011 r. Podpisując protokół K. Ż. nie uczynił żadnej adnotacji dotyczącej ewentualnych kradzieży, natomiast w niniejszym procesie zeznał, że powódka uznaje zasadność obciążenia jej brakami materiałowymi stwierdzonymi w protokole z 8 grudnia 2011 r.

Na powstanie wierzytelności stwierdzonych wymienionymi wyżej notami obciążeniowymi nie miały również wpływu powoływane przez powódkę uchybienia, dotyczące niezastosowania się - zdaniem powódki - do zapisów § 5 ust. 10 umowy (wskazana przez powódkę jednostka redakcyjna w umowie została oznaczona jako § 5 ust. 8). W umowie zapisane zostało, że po zakończeniu robót strony podpiszą protokół końcowy odbioru robót w zakresie wszystkich zobowiązań umownych, jak jednak wyjaśnił świadek J. G. protokół końcowy odbioru robót pochodzi z 1 marca 2012 r., natomiast protokoły dotyczące braków materiałowych zostały sporządzone w grudniu 2011 r., nie było więc potrzeby powtarzania zapisów ujętych we wcześniejszych protokołach w protokole końcowym. Co więcej zauważyć trzeba, że w protokole z 1 marca 2012 r. zamieszczony został zapis, że w ramach rozliczenia materiałów z odzysków spółka (...) obciąży D. za braki materiałowe stwierdzone przez przedstawicieli inwestora zgodnie z notą obciążeniową nr (...) z dnia 30 grudnia 2011 r.

Ad 3.

Wierzytelność z noty obciążeniowej nr (...) jest wierzytelnością z tytułu kary umownej zastrzeżonej w § 3 ust. 6 umowy powykonawczej nr (...) za wprowadzenie przez powódkę dalszego podwykonawcy na plac budowy bez uprzedniej pisemnej zgody generalnego wykonawcy (spółki (...)). Nota obciążeniowa z tego tytułu została wystawiona zgodnie z umową na kwotę 100.000 zł, przy czym do potrącenia z tej noty przedstawiono jedynie część wierzytelności, w wysokości 38.136,82 zł, co już omówiono powyżej.

Podstawę prawną omawianej wierzytelności spółki (...) stanowi art. 483 § 1 k.c., który ma następujące brzmienie: można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Z powyższego wynika, że kara umowna może zostać zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Stanowi ona przy tym rodzaj zryczałtowanego odszkodowania, albowiem wierzyciel z tytułu kary umownej dochodzący roszczenia od dłużnika według reżimu odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.) zwolniony jest z obowiązku wykazania rozmiaru poniesionej szkody.

W § 3 ust. 6 łączącej powódkę i spółkę (...) umowy podwykonawczej nr (...) kara umowna została zastrzeżona w wysokości 100.000 zł za podzlecenie przez podwykonawcę (powódkę) robót objętych umową jakimkolwiek podmiotowi bez pisemnej zgody generalnego wykonawcy (spółki (...)), a nadto wskazane postanowienie umowne upoważniało spółkę (...) do potrącenia naliczonej w ten sposób kary umownej z wynagrodzenia należnego powódce. Zapis zamieszczony przez strony w § 3 ust. 6 umowy in principio wprowadzał zatem wymóg uzyskania uprzedniej zgody generalnego wykonawcy oraz zaakceptowania przez generalnego wykonawcę treści umów zawieranych z dalszymi podwykonawcami na piśmie pod rygorem nieważności.

Podkreślić trzeba, że takie uregulowanie umowne odbiega od uregulowań ustawowych, zawartych w tym zakresie w art. 647¹ k.c., który w § 2 i 3 wskazuje co prawda, że do zawarcia umowy z dalszym podwykonawcą wymagana jest zgoda inwestora i generalnego wykonawcy, jednakże nie wprowadza żadnego wymogu co do formy wyrażenia tej zgody. Co więcej art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c. (stosowany odpowiednio na podstawie art. 647¹ § 3 zdanie drugie k.c.) zawiera domniemanie, że jeżeli inwestor lub generalny wykonawca w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, to uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Regulacja ustawowa w tym zakresie dopuszcza zatem wyrażenie zgody nawet poprzez czynności dorozumiane.

Co istotne, zgodnie z art. 647¹ § 6 k.c. odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne. Przepisy art. 647¹ § 2 i 3 k.c. są zatem przepisami iuris cogentis i nie mogą zostać zmienione w łączącym strony stosunku prawnym ich wolą. Powódka i spółka (...) nie mogły zatem w łączącej je umowie podwykonawczej nr (...) kwestii tej uregulować odmiennie niż ustawodawca w art. 647¹ § 2 i 3 k.c. i postanowić, że zgoda na zawarcie umowy z dalszym podwykonawcą ma być wyrażona na piśmie pod rygorem nieważności. Kwestia ta, wobec kategorię brzmienia art. 647¹ § 6 k.c., nie budzi żadnych wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, przykładowo wskazać należy, że Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z 29.04.2008 r. wyjaśnił, iż zgoda, o której mowa w art. 647¹ § 2 k.c., jest specyficzną konstrukcją prawną, zbudowaną na potrzeby umowy o roboty budowlane. Nie reguluje jej art. 63 k.c., lecz art. 647¹ k.c., który w § 2 i 3 określa sposób jej udzielenia, w § 5 skutki jej udzielenia, a w § 6 nadaje omawianym przepisom charakter norm bezwzględnie obowiązujących [por. uchwała (7) SN z 29.04.2008 r. w sprawie III CZP 6/o8].

W konsekwencji strony nie mogły również zastrzec kary umownej za niezrealizowanie postanowienia umownego, które jest nieważne z mocy prawa, albowiem również postanowienie umowne zastrzegające karę umowną jest w tym przypadku dotknięte sankcją nieważności.

W związku z tym, że postanowienie § 3 ust. 6 umowy podwykonawczej nr (...) było dotknięte nieważnością, spółka (...) nie mogła skutecznie obciążyć powódki (na podstawie noty obciążeniowej nr (...)) karą umowną zastrzeżoną w tym postanowieniu w kwocie 100.000 zł. Spółka (...) nie dokonała zatem skutecznego potrącenia wierzytelności z noty obciążeniowej nr (...) z wierzytelnością powódki z faktury VAT nr (...). Uzupełniająco dodać trzeba, że sprzeczność czynności prawnej z ustawą (w tym przypadku z bezwzględnie obowiązującym art. 647¹ § 2 i 3 k.c., o czym stanowi art. 647¹ § 6 k.c.) zgodnie z art. 58 § 1 k.c. powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej, którą Sąd orzekający w sprawie na obowiązek wziąć pod uwagę z urzędu

Dla pełnego przedstawienia sytuacji faktycznej i prawnej w zakresie wprowadzenia przez powódkę swojego podwykonawcy dodać trzeba, że materiał dowodowy zebrany w sprawie wskazuje na to, że powódka uzyskała na powyższe zgodę generalnego wykonawcy - spółki (...) - zgodnie z wymogiem określonym przez art. 647¹ § 2 k.c., o czym świadczy fakt, że akceptowali to przedstawiciele spółki (...), uczestniczący w naradach roboczych, w których brali również udział przedstawiciele firm podwykonawczych powódki.

Podsumowując powyższe rozważania wskazać trzeba, że spółka (...) zawartym w piśmie z dnia 29 maja 2012 r. oświadczeniem o potrąceniu skutecznie potrąciła z wierzytelnością powódki z faktury nr (...) (wystawionej na kwotę 280.440 zł) następujące wierzytelności: część wierzytelności stwierdzonej fakturą nr (...) w kwocie 77.527,89 zł, wierzytelności z noty obciążeniowej nr (...) w kwocie 6.699,94 zł oraz z noty obciążeniowej nr (...) w kwocie 6.105,84 zł. Wierzytelność powódki została zatem umorzona wskutek powyższego potrącenia w części ponad kwotę 190.106,33 zł. W tej wysokości powództwo okazało się uzasadnione.

Rozważając roszczenie o zasądzenie odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia od pozwanej (...) SA w W., odpowiedzialnej solidarnie ze spółką (...), 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 powódki wobec pozwanej datowane jest na dzień 15 maja 2012 r. W aktach sprawy brak było potwierdzenia odbioru przez pozwaną tego dokumentu, tym niemniej pozwana odpowiedziała na to wezwanie pismem datowanym na dzień 22 maja 2012 r., co pozwala domniemywać, że najpóźniej dnia 22 maja 2012 r. wezwanie do zapłaty zostało jej doręczone. Powódka określiła w wezwaniu do zapłaty 14-dniowy termin do jej dokonania od dnia doręczenia. Termin ten upłynął zatem z dniem 5 czerwca 2012 r., co oznacza, że ustawowe odsetki za opóźnienie z mocy art. 481 § 1 k.c. przysługują powódce od dnia 6 czerwca 2012 r.

Roszczenie powódki wobec pozwanej, zobowiązanej solidarnie ze spółką (...) na podstawie art. 647¹ § 5 k.c., okazało się zatem zasadne do kwoty 190.106,33 zł, z odsetkami od dnia 6 czerwca 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 dnia 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.), celem było zaznaczenie w sentencji wyroku, że zasądzone wyrokiem odsetki ustawowe od dnia 1 stycznia 2016 r. są odsetkami ustawowymi za opóźnienie.

W pozostałym zakresie powództwo okazało się niezasadne i zasługiwało na oddaleniu.

Stan faktyczny sprawy ustalony został w oparciu o dowody z dokumentów oraz innych środków dowodowych podlegających ocenie zgodnie z art. 308 k.p.c., z zeznań świadków, z przesłuchania stron (dowód ten na wniosek strony pozwanej – karta 1017 verte – został ograniczony do przesłuchania powódki), oraz w oparciu o dowód z opinii biegłego sądowego. Dowody z dokumentów prywatnych stanowią dowód tego, iż podpisana osoba złożyła oświadczenie o określonej treści (art. 245 k.p.c.). Prawdziwość dokumentów złożonych w sprawie, a także autentyczność złożonych na nich podpisów, nie była przez strony negowana, z wyjątkiem notatki z narady z dnia 24 maja 2011 r., którą omówiono powyżej. 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 z kolei na uzupełnienie i powiązanie ze sobą poszczególnych dowodów z dokumentów. Przesłuchani zostali świadkowie reprezentujący wszystkie podmioty uczestniczące w inwestycji, w tym: przedstawiciel powódki K. Ż., A. Ś., Ł. W., J. G. - przedstawiciele spółki (...) (która zgłosiła interwencję uboczną po stronie pozwanej), R. M. - przedstawiciel pozwanej, P. S. (1), L. R. i A. K. (1) - przedsiębiorcy wykonujący wg twierdzeń strony pozwanej prace zastępcze za powódkę, T. K. i D. D. (2) - geodeci.

Zeznania K. Ż. okazały się wiarygodne z wyjątkami omówionymi wcześniej, dotyczącymi obciążenia powódki brakami materiałowymi oraz występującej - zdaniem świadka - sprzeczności między treścią dokumentu w postaci notatki z narady roboczej z dnia 24 maja 2011 r., złożonej przez spółkę (...), a rzeczywistą treścią tego dokumentu. W pozostałym zakresie zeznania tego świadka były zgodne z zebrany materiał dowodowy, w tym z dowodami dokumentów, stąd też nie było podstaw do zakwestionowania ich wiarygodności. Szczególne znaczenie miały zeznania

K. Ż. w zakresie, w jakim przyznał on, iż powódka uznaje braki materiałowe z protokołu z dnia 8 grudnia 2011 r. (w tym zakresie zeznania świadka były zgodne ze stanowiskiem samej powódki), istotne znaczenie miały również zeznania omawianego świadka w części dotyczącej okoliczności informowania go - jako przedstawiciela powódki - o wprowadzeniu podwykonawców zastępczych, spośród których świadek wymienił firmę (...) oraz przedsiębiorstwo (...).

Wiarygodne okazały się zeznania świadków J. G. i Ł. W.. Relacje tych dwóch świadków były zgodne ze sobą, ponadto wzajemnie uzupełniały się, co spowodowane było tym, że każdy ze świadków pełnił na budowie nieco inną rolę jako przedstawiciel spółki (...). Ważne znaczenie miały przede wszystkim przekazy świadków dotyczące okoliczności i znaczenia zamieszczenia przez J. G. adnotacji na nocie obciążeniowej wystawionej przez (...) - w tym zakresie zeznania te wykazały całkowitą zbieżność. Wiarygodne okazały się - z przyczyn wymienionych już wcześniej - zeznania Ł. W. w tej części, w której wyjaśnił on, które noty obciążeniowe zostały wystawione w oparciu o który protokół, oraz które noty obciążeniowe dotyczą jakich braków materiałowych. Z kolei zeznania świadka A. Ś. niewiele wniosły do sprawy, świadek jak sam zeznał nie był często na budowie, potwierdził jednak istotną dla sprawy okoliczność, że prace wykonywane przez powódkę odbiegały od harmonogramu, były wykonywane z opóźnieniem, przez co świadek zmuszony był interweniować u kierowników. Także ta okoliczność wynika z pozostałego zebranego materiału dowodowego, zeznania świadka należało więc uznać za wiarygodne.

Zeznania świadków P. S. (1), L. R. i A. K. (1) potwierdziły przede wszystkim fakt, że świadkowie ci w ramach prowadzonych przez siebie przedsiębiorstw wykonywali prace w ramach zadania realizowanego przez inwestora (...) S.A.) oraz określili zakres tych prac. Jedynie świadek A. K. (1) potrafił podać, że prace te były pracami zastępczymi za powódkę - firmę (...), przy czym wartość tych prac zastępczych świadek oszacował na kwotę około 200.000 zł. Pozostali z omawianych świadków nie mieli wiedzy na temat tego, czy wykonywane przez nich roboty były pracami zastępczymi, fakt ten został jednak udowodniony poprzez dowód z opinii biegłego sądowego.

Zeznania geodetów T. K. i D. D. (2) nie wniosły do sprawy istotnych dla rozstrzygnięcia faktów, w szczególności świadkowie nie mieli wiedzy na temat tego, jaki był zakres umów łączących strony oraz który przedsiębiorca wykonywał prace zlecone mu umownie, a który w ramach wykonawstwa zastępczego. Podobnie należy ocenić zeznania świadka R. M., nie posiadał on wiedzy w zakresie faktów istotnych dla rozpoznawanej sprawy.

Dowód z przesłuchania powódki, podobnie dowód przesłuchania świadka K. Ż., został uznany za wiarygodny w zakresie, w jakim korespondował z pozostałym materiałem dowodowym.

Istotny w sprawie okazał się dowód z opinii biegłego sądowego. Opinia, podzielona na 3 tomy, została wykonana przez dr inż. T. P. - biegłego sądowego w zakresie budownictwa i szacowania nieruchomości. Po sporządzeniu opinii pisemnej (k. 894) biegła na rozprawie przedstawiła ustne wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie (k. 979v-980, 987), złożyła również załącznik do protokołu, obejmujący odpowiedzi na uwagi stron wobec przygotowanej przez biegłą opinii pisemnej (k.974-976). Po przedstawieniu przez stronę pozwaną dowodu w postaci dziennika budowy biegła sporządziła pisemną opinię uzupełniającą (k. 1201-1204).

Po złożeniu przez biegłą opinii pisemnej obie strony w swoich pismach procesowych słusznie zauważyły, że biegła poddała ocenie wszystkie elementy składające się na całość prowadzonego zadania inwestycyjnego (zakres opinii został wyszczególniony na str. 10 -11), wykraczając tym samym poza dowód dopuszczony postanowieniem Sądu. Powyższa okoliczność nie stanowi jednak wady opinii, istotne dla sprawy jest bowiem to, że opinia w sposób kategoryczny (jednoznacznie) odpowiada na pytania zawarte w postanowieniu i w tym zakresie stanowi istotny dowód w sprawie, w pozostałym zakresie - nie objętym postanowieniem Sądu - rozważania biegłej oraz wyprowadzone przez nią wnioski zostały pominięte, nie stanowią bowiem dowodu w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c., w tym zakresie nie dopełniono bowiem wymogu z art. 278 § 1 k.p.c. w postaci "wezwania biegłego w celu zasięgnięcia opinii".

Oceniając dowód z opinii biegłego Sąd miał na względzie, że na tle innych środków dowodowych, w szczególności zeznań świadków i stron, dowód z opinii biegłego wyróżnia jego specjalny przedmiot, cel, charakter oraz specyficzne, właściwe tylko jemu kryteria oceny. Sąd może oceniać opinię biegłego wyłącznie pod względem fachowości, rzetelności

czy logiczności, może pomijać oczywiste pomyłki czy błędy rachunkowe, nie może jednak nie podzielać poglądów biegłego, czy w ich miejsce wprowadzać własnych stwierdzeń (por. wyrok S.N. z dnia 19 grudnia 1990 r., I PR 148/90, OSP 1991/11/300).

Mając na uwadze powyższe przy ocenie tego dowodu uwzględniono omyłkę pisarską popełnioną przez biegłą na we wnioskach opinii (karta 52, tom I), gdzie biegła opisując kwoty, na które wystawione zostały poszczególne faktury, omyłkowo wpisała dla faktury nr (...) kwotę 32.243,71 zł brutto zamiast 32.243,75 zł. Powyższe zostało uznane za omyłkę, biegła nigdzie w opinii nie wskazała bowiem bezzasadności omawianej faktury w zakresie kwoty 4 groszy.

W dalszej kolejności opinia podlegała ocenie z uwzględnieniem, że przedmiotem opinii biegłego nie jest przedstawienie faktów, lecz ich ocena na podstawie wiedzy fachowej (wiadomości specjalnych). Opinia biegłego ma na celu ułatwienie Sądowi należytej oceny zebranego materiału wtedy, gdy potrzebne są wiadomości specjalne, nie może natomiast sama być źródłem materiału faktycznego sprawy. Złożona w niniejszej sprawie opinia biegłego oraz dodatkowe ustne wyjaśnienia (a także pisemny załącznik do protokołu) spełniają wszelkie kryteria, jakie wymagane są od tego środka dowodowego. Na szczególne podkreślenie zasługuje treść ustnych wyjaśnień przedstawionych przez biegłą na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2015 r., gdzie biegła odniosła się do pytań i uwag stron oraz przedstawiła taką argumentację, która zaważyła za tym, że żadna z tych uwag nie utrzymała się jako zasadna.

Na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2015 r. biegła udzieliła odpowiedzi na wszystkie pytania powódki i jej pełnomocnika. Jedną z uwag, jaką sformułowała strona powodowa po zapoznaniu się z pisemną opinią biegłego, było pytanie, jakie dokumenty poddane przez biegłą analizie, o których mowa na str. 51 opinii, były podstawą do sformułowania wniosków, że A. K. (1) i L. R. (spółka cywilna (...)), a także P. S. (1), wykonali prace z zakresu objętego umową powódki D. B. (jako prace zastępcze, do wykonania których pierwotnie zobowiązana była powódka D. B.). Biegła wskazała na załączoną do opinii tabelę nr 2 (tom II), w której szczegółowo opisała wszystkie dokumenty, które poddała ocenie, przytaczając w odpowiedniej rubryce tabeli z każdego dokumentu te zapisy, które dotyczyły wykonawców zastępczych w osobach A. K. (1) i L. R. (spółka cywilna (...)), a także P. S. (1) (każdy uczestnik procesu budowlanego w tabeli został oznaczony innym kolorem). Dlatego też, jak wyjaśniła biegła, w tabeli tej nie przytoczono wszystkich zapisów dotyczących poszczególnych dokumentów, które w całości znajdują się w aktach sprawy, celem biegłej nie było bowiem przepisanie akt, a jedynie wyszczególnienie z każdego dokumentu takich fragmentów, które dotyczą objętych tezą dowodową podwykonawców zastępczych. Z wyjaśnień biegłej wynika, że właśnie w oparciu o analizę tych dokumentów sformułowała wnioski końcowe. Na uwagę zasługuje staranność, z jaką biegła zapoznała się z całą dokumentacją znajdującą się w aktach sprawy. Na każde pytanie pełnomocników biegła potrafiła natychmiast udzielić odpowiedzi wskazując na właściwy dokument znajdujący się w wielotomowych aktach. Biegła potrafiła w oparciu o przygotowaną opinię bardzo szybko w obszernym materiale dowodowym sprawy odnaleźć wymagany w danym momencie składania wyjaśnień dokument, co świadczy o gruntownym zapoznaniu się przez biegłą z przedłożonymi przez stronę dokumentami, a to z kolei w powiązaniu z wiedzą specjalną biegłej przemawia za rzetelnością wykonanej przez nią opinii.

T. P. jest stałym biegłym sądowym, posiada tytuł naukowy doktora inżyniera, nabyte przez nią umiejętności, wiedza oraz doświadczenie zawodowe, a także bezstronność związana z brakiem powiązania z którąkolwiek ze stron, czyni wykonaną przez nią opinię wiarygodnym dowodem w sprawie.

Istota dowodu z opinii biegłego polega na tym, że biegli, w odróżnieniu od świadków, nie mają w zasadzie za zadanie przedstawiać swoich spostrzeżeń o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, mają natomiast udzielać sądowi wiadomości specjalnych, przy czym opinie swoje formułują oni dopiero w danym procesie (art. 278 k.p.c.). W tym przypadku wiedza specjalna biegłej pozwoliła jej na dokonanie oceny zgromadzonych w sprawie dokumentów w sposób, jakiego nie zdołałaby uczynić osoba nieposiadająca takiej wiedzy. Podczas składania przez biegłą ustnych wyjaśnień przedstawione zostało w szczególności, że biegła - po zapoznaniu się z umową łączącą powódkę i spółkę (...) oraz wynikającym z niej zakresem robót powódki - poddając analizie zgromadzone w aktach dokumenty (na przykład notatki z porad budowy) potrafiła wyczytać z nich, które fragmenty analizowanych zapisów odnoszą się do prac powódki, co czyniła na podstawie zamieszczonego w dokumencie opisu robót, nawet wówczas, gdy w dokumentach

tych wprost nie wskazywano, że są to roboty z zakresu objętego umową powódki poprzez odwołanie się do nazwy jej firmy. Innymi słowy biegła na podstawie opisu zakresu robót stwierdzała, czy w danym dokumencie jest mowa o robotach objętych umową powódki, czego Sąd - nie posiadając wiadomości specjalnych - nie jest w stanie uczynić.

Na pytanie dotyczące notatki z dnia 21 czerwca 2011 r. (pkt 10 notatki dotyczący wprowadzenia wykonawcy zastępczego za firmę (...)) biegła bez zastanowienia wskazała na rysunek zamieszczony w opinii i jednoznacznie odpowiedziała na pytanie związane z wątpliwościami co do tego, czy zakres prac zleconych wykonawcy zastępczemu (spółce cywilnej (...)) mieścił się w zakresie robót należących zgodnie z umową do powódki, czy też do firmy (...) (odpowiedź biegłej kategorycznie wskazywała w tym względzie firmę powódki).

Uwagi strony powodowej do wykonanej przez biegłą opinii opierały się również na tym, że biegła wskazała, iż w aktach sprawy brak dzienników budowy oraz innych dokumentów dotyczących budowy, co strona powodowa odczytała jako wyrażoną przez biegłą wątpliwość w zakresie możliwości sformułowania jednoznacznych wniosków. Wątpliwość tą biegła usunęła w czasie ustnych wyjaśnień wskazując, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, znajdujący się w aktach sprawy, pozwala na jednoznaczne i kategoryczne sformułowanie wniosków opinii, obejmujących odpowiedzi na zawarte w postanowieniu Sądu pytania. Wyjaśniła również, że gdyby materiał ten był niewystarczający, sporządziłaby opinię, w której treści wskazane zostałyby, że nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi na pytania Sądu z uwagi na fragmentaryczny materiał dowodowy. W tym przypadku biegła stwierdziła, że analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego pozwoliła jej bez żadnych wątpliwości na udzielenie odpowiedzi na zadane jej pytania.

Dla usunięcia wszelkich wątpliwości w tym względzie strona pozwana zobowiązana została do złożenia dziennika budowy, powoływanego przez powódkę w piśmie procesowym z dnia 8 grudnia 2012 r. jako dowód w sprawie. Po złożeniu tego dokumentu zlecono biegłej wykonanie opinii uzupełniającej, w której biegła, po zapoznaniu się z dziennikiem budowy, podtrzymała wszystkie swoje wcześniejsze wnioski

Mając na uwadze wyżej przedstawione spostrzeżenia dowód z opinii biegłego należało uznać za dowód w pełni wiarygodny. Kwalifikacje biegłej, tytuł naukowy doktora inżyniera, jej umiejętności, wiedza i doświadczenie, bezstronność wynikająca z braku powiązania z którąkolwiek ze stron, a także treść samej opinii, której nie można postawić zarzutów pod kątem fachowości, rzetelności czy logiczności, czynią wykonaną przez nią opinię obiektywnym i rzetelnym dowodem w sprawie.

Tym samym nie było podstaw do zlecenia opinii innemu biegłemu sądowemu, wniosek powódki w tym zakresie został oddalony.

Pominięte zostały wnioski dowodowe z pisma procesowego powódki z dnia 28 lutego 2013 r. Powódka uzasadnia je w ten sposób, że spółka (...) (występująca w sprawie jako interwenient uboczny) złożyła nowy dowód w postaci programu funkcjonalno-użytkowego, który po stronie powódki spowodował potrzebę powołania kolejnych dowodów. Argumentacja ta jest nieuzasadniona z uwagi na to, że dowód w postaci programu funkcjonalno-użytkowego był powódce znany i tym samym powódka nie może powoływać się na związaną z tym dowodem potrzebę złożenia kolejnych wniosków dowodowych (w umowie łączącej powódkę i spółka (...) w § 1 pkt 6 d) program funkcjonalno-użytkowy został wymieniony jako dowód udostępniony powódce w biurze budowy generalnego wykonawcy, z kolei w § 2 ust 3 umowy powódka oświadczyła, iż otrzymała i skontrolowała dokumentację wymienioną w § 1 ust. 6 a) do f). W tych okolicznościach powódka nie uzasadniła potrzeby późniejszego powołania dowodów wymienionych w piśmie procesowym z dnia 28 lutego 2013 r., dowody te należało więc pominąć jako spóźnione w rozumieniu art. 207 § 6 k.p.c. Nic nie stało na przeszkodzie, aby dowody te zostały powołane w pozwie bądź we wcześniejszym piśmie procesowym powódki z dnia 8 grudnia 2012 r. (dowody z pisma procesowego z 8 grudnia 2012 r. zostały dopuszczone, w tym powoływany w tym piśmie dowód z dziennika budowy). Co więcej z opisu tych dowodów wynika, że dotyczą one całości inwestycji realizowanej przez (...) S.A., nie obejmują faktów istotnych dla rozstrzygnięcia (jak już wskazano powyżej materiał dowodowy zebrany w sprawie był wystarczający do tego, aby biegła posiadająca wiadomości specjalne mogła w sposób jednoznaczny stwierdzić, które faktury zostały wystawione za wykonanie prac objętych zakresem umownym powódki), ich pominięcie uzasadnione jest więc również w świetle art. 217 § 3 k.p.c.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. i art. 107 k.p.c., pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik postępowania: między powódką i pozwaną przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 67,80%, natomiast pozwana wygrała sprawę w 32,20%; a między powódką i interwenientem ubocznym poprzez przyznanie interwenientowi od powódki kosztów interwencji oraz poprzez przyznanie powódce od interwenienta kosztów wywołanych samoistnymi czynnościami procesowymi interwenienta, przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 67,80%, natomiast strona, do której interwenient przystąpił, wygrała sprawę w 32,20%.