

Sygn. akt I ACa 1354/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 kwietnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Bożena Wiklak
Sędziowie:	SA Tomasz Szabelski (spraw.) SO del. Elżbieta Gawryszczak
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2014 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Projektowanie, Wykonawstwo i Konserwacja (...)** **K. M. B.**

przeciwko **(...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 3 lipca 2013 r. sygn. akt X GC 26/12

I. zmienia zaskarżony wyrok na następujący:

„1. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz M. B. kwotę 1.750.391,57 (jeden milion siedemset pięćdziesiąt tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt jeden i 57/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 12 maja 2011 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 75.689,64 (siedemdziesiąt pięć tysięcy sześćset osiemdziesiąt dziewięć i 64/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu,

2. oddala powództwo w pozostałej części.”,

II. oddala apelację w pozostałym zakresie,

III. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz M. B. kwotę 75.484 (siedemdziesiąt pięć tysięcy czterysta osiemdziesiąt cztery) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 1354/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 3 lipca 2013 roku Sąd Okręgowy w Łodzi w sprawie z powództwa M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Projektowanie, Wykonawstwo i Konserwacja (...)K. M. B.” przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w P. o zapłatę w pkt 1 oddalił powództwo, zaś w pkt 2 zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 9.551 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 27 marca 2007 roku powód M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Projektowanie, Wykonawstwo i Konserwacja (...)K. M. B.” w K. wraz z pozwaną (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w P. (lider konsorcjum) oraz trzema innymi podmiotami: S. A. z siedzibą w S./D., B. Z. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład (...) z siedzibą w Ł. i P. K. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...) z siedzibą w K., zawarł umowę konsorcjum w celu wspólnego złożenia oferty oraz wykonania zadania pod nazwą „Rozbudowa sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej Ł. dla dzielnic B. i W., zadanie 07 – Projekt Nr (...)”, którego investorem była (...) Spółka (...) z siedzibą w Ł. (zamawiający).

W pkt. 4 umowy strony postanowiły, że będą odpowiadać wobec zamawiającego wspólnie i solidarnie podczas procedury przetargowej i w przypadku przyznania kontraktu oraz - że wszyscy partnerzy ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie, niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy i za wniesienie lub niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W pkt. 6 umowy wskazane natomiast zostało, że strony wspólnie wystąpią do instytucji finansowej o udzielenie przez nią zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu (zabezpieczenia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania kontraktu, rękojmi i gwarancji). Koszty uzyskania takiego zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu strony zobowiązały się ponosić proporcjonalnie do ich udziałów w konsorcjum i każda ze stron odpowiadała za skompletowanie i prawidłowe złożenie wniosku o wystawienie zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu, uzyskanie odpowiednich linii gwarancyjnych, wniesienie zabezpieczenia na ich pokrycie oraz ponosiła wszelką odpowiedzialność związaną z wystawieniem gwarancji należytego wykonania kontraktu na swoją część robót objętych kontraktem oraz reprezentowaniem swoich interesów przed instytucją ubezpieczającą. W przypadku niemożliwości wystawienia gwarancji należytego wykonania kontraktu przez którąkolwiek ze stron za swoją część robót objętych kontraktem, lider zobowiązał się wnieść zabezpieczenie na tę część, a strona odpowiedzialna zobowiązana była do pokrycia regresu w pełnej wysokości.

Tego samego dnia strony umowy konsorcjum zawarły porozumienie wykonawcze, które precyzowało szczegółowe warunki wspólnego wykonania zamówienia.

W § 2 ust. 2 porozumienia strony ustaliły, że udział procentowy w konsorcjum wynosi: po stronie pozwanej - 37,7708%, a po stronie powoda - 22,2247% oraz, że będzie stanowił on podstawę wszelkich rozliczeń pomiędzy stronami, chyba, że strony uzgodnią inaczej. W ust. 6 § 2 strony wskazały, że prace niezbędne do prawidłowej realizacji kontraktu, które nie zostały jednoznacznie wyspecyfikowane w kontrakcie, przez co nie zostały przydzielone żadnemu z partnerów, zostaną przejęte i wykonane przez tego partnera, do którego należy zakres prac, do którego można te prace przyporządkować. Ewentualne zmiany zakresu prac przez zamawiającego, które są dopuszczalne przez kontrakt, miały zostać uwzględnione i wykonane zgodnie z kontraktem przez tego partnera, w którego zakresie prac zostały dokonane zmiany (ust. 7 § 2 porozumienia).

W § 2 ust. 8 porozumienia strony ustaliły, że w ramach podziału wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z kontraktu, stronom za kompleksowe i zgodne z kontraktem wykonanie prac przysługiwać będzie kwota odpowiadająca wartości tego zakresu prac, tj.: dla pozwanej - 87.229.756,56 złotych, a dla powoda - 51.326.875,00 złotych. Lider

miał dokonywać płatności na rzecz partnerów w terminie do 7 dni od daty otrzymania przez lidera płatności od zamawiającego. W przypadku opóźnienia w płatnościach przez lidera, lider miał zapłacić partnerom odsetki ustawowe za każdy dzień zwłoki.

W ust. 13 § 2 strony ustaliły, że każdy z partnerów będzie wykonywał swój zakres prac w terminach określonych w harmonogramie stanowiącym załącznik nr 2 do porozumienia oraz zgodnie z harmonogramem robót wynikającym z kontraktu. W razie niedotrzymania przez któregoś z partnerów pośrednich terminów realizacji jego zakresu prac określonych w harmonogramie (...), od którego zachowania zależało rozpoczęcie lub kontynuowanie prac przez innego partnera lub partnerów, partner, który nie dotrzymał terminu ponosił pełną odpowiedzialność za szkody względem partnera lub partnerów oraz pełną odpowiedzialność względem zamawiającego za niedochowanie terminów realizacji przedmiotu kontraktu przez konsorcjum. Lider w imieniu konsorcjum zobowiązał się ubezpieczyć kontrakt w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu na okres realizacji, gwarancji i rękojmi, wymagane przez zamawiającego, partnerzy zobowiązali się uzyskać według zapisów pkt. 6 umowy konsorcjum według następujących zasad. Koszty tego zabezpieczenia ponosił każdy z partnerów. Za udzielenie zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu konsorcjum otrzymuje wynagrodzenie od zamawiającego. Wynagrodzenie to zawarte jest w wynagrodzeniu przysługującym liderowi, określonym w § 2 ust. 8 porozumienia i wynosi – według stanu na dzień zawarcia porozumienia – 915.448,41 złotych. Lider zobowiązany był przekazać partnerom wynagrodzenie za udzielenie zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu zgodnie z procentowym udziałem w konsorcjum określonym w § 2 ust. 2. W przypadku, gdy z przyczyn dotyczących któregoś z partnerów nie będzie możliwe uzyskanie zabezpieczenia w trybie przewidzianym w pkt. 6 umowy konsorcjum, zabezpieczenie to w części, w jakiej nie zostało uzyskane przez partnera, zapewnić miał lider; w takim przypadku partner nie otrzymuje od lidera zwrotu części wynagrodzenia za udzielenie zabezpieczenia (§ 2 ust. 14 porozumienia).

W ust. 15 § 2 porozumienia strony wskazały, że za podział rzeczowego zakresu robót pomiędzy partnerów odpowiedzialny jest lider konsorcjum. Z tytułu pełnienia funkcji lidera, lider miał otrzymać prowizję od powoda w wysokości 1.251.875,00 złotych, co stanowiło 2,439% wynagrodzenia partnera netto. Prowizja należna liderowi miała zostać rozliczona w ten sposób, że na kwotę prowizji lider wystawi partnerowi fakturę VAT z terminem płatności o 5 dni dłuższym od terminu płatności faktury wystawionej liderowi przez partnera; strony dopuściły możliwość kompensaty wzajemnych zobowiązań (§ 3 ust. 3 porozumienia).

W przypadku konieczności zaspokojenia roszczeń zamawiającego wynikających z kontraktu, w stosunkach wewnętrznych pomiędzy partnerami obowiązywały następujące regulacje: jeżeli konsorcjum lub jeden z partnerów zostanie pociągnięty do odpowiedzialności na podstawie kontraktu ze względu na niewykonanie, na nieterminowe lub nienależyte wywiązywanie się z postanowień kontraktu, partner, do którego należał zakres prac stanowiących podstawę roszczenia powinien być niezwłocznie powiadomiony. (...) ten był zobowiązany do niezwłocznego wypełnienia wszystkich zobowiązań wynikających z kontraktu, włącznie z usunięciem wad, a w przypadku wystąpienia z roszczeniami do pozostałych partnerów, partner ten zobowiązany był zwolnić ich z obowiązku zaspokojenia roszczeń. Do zapłaty kar umownych wynikających ze zwłoki zobowiązany był ten partner, który ponosił odpowiedzialność za powstanie zwłoki, a w sytuacji, gdy zwłoka została spowodowana przez kilku partnerów, do zapłaty kar umownych zobowiązani zostali ci partnerzy, którzy spowodowali zwłokę (§ 5 ust. 3 pkt. 1 i 3 porozumienia).

Strony postanowiły, że lider będzie dokonywał płatności wynagrodzenia na rzecz partnerów w terminie 7 dni od dnia otrzymania przez lidera płatności od zamawiającego, przy czym ustalono, iż za datę płatności uważa się datę obciążenia rachunku bankowego lidera. W przypadku opóźnienia się lidera wobec tak określonego terminu płatności lider zobowiązany był zapłacić partnerom odsetki ustawowe za każdy dzień zwłoki.

Zgodnie z postanowieniami porozumienia wykonawczego, szczegółowy zakres prac wykonywanych przez każdą ze stron został określony w załączniku nr 1 do porozumienia. Był to zasadniczy dokument określający poszczególne zakresy robót, jakie miały być wykonane przez uczestników konsorcjum. Załącznik ten stał się podstawą do prowadzenia robót przez każdą ze stron.

Powód wystawił na rzecz pozwanej 29 faktur VAT na łączną kwotę 55.647.185,41 złotych, zaś pozwana zapłaciła powodowi kwotę 53.511.699,93 złotych, natomiast kwota 2.135.484,48 złotych została przez nią zatrzymana.

Wszystkie faktury wystawione przez powoda zostały przyjęte przez pozwanego i zaksięgowane w dokumentacji finansowo – księgowej.

W dniu 5 sierpnia 2010 roku w biurze budowy konsorcjum w Ł. odbyło się spotkanie powoda z pozwaną, którego tematem było uzyskanie pisemnej akceptacji przerobu robót wykonanych przez firmę powoda w czerwcu 2010 roku, przedstawionych w postaci formalnego zestawienia tzw. protokołu robót na kwotę 4.074.498,05 złotych przez kierownika kontraktu A. B. i dyrektora A. K..

A. K. uzależnił wówczas możliwość zatwierdzenia powyższego przerobu od uzyskania od A. B. łącznej wartości netto faktur wystawionych od początku kontraktu do dnia 4 sierpnia 2010 roku przez powoda i łącznej wartości netto faktur wystawionych przez pozwaną od początku kontraktu do dnia 4 sierpnia 2010 roku z tytułu liderowania. A. B. zobowiązał się do wykonania powyższego zestawienia do dnia 17 sierpnia 2010 roku.

W dniu 5 sierpnia 2010 roku A. B. i A. K. zaakceptowali przerób za miesiąc czerwiec 2010 roku w kwocie 2.600.000,00 złotych netto. Obecni na spotkaniu ustalili, że firma powoda w dniu spotkania wystawi fakturę na powyższą kwotę. Termin jej płatności będzie wynosił 7 dni. Pozostała kwota przerobu zostanie zafakturowana po dniu 17 sierpnia 2010 roku.

W piśmie skierowanym do A. B. z dnia 22 września 2010 roku, dotyczącym rozliczenia robót odebranych w czerwcu 2010 roku, powód wskazał, że w oparciu o wartości robót odebranych przez inżyniera kontraktu Przejściowym Świadectwem Płatności Nr 28, składa fakturę Nr (...) na kwotę 787.275,70 złotych netto (960.476,35 złotych brutto). Wartość robót w rozbiu na poszczególne odcinki (rejony) według załączonego protokołu odbioru wykonanych robót. Wskazał, że kwota 787.275,70 złotych netto stanowi różnicę pomiędzy całkowitą wartością robót wykonanych przez firmę powoda i odebranych, a kwotą 2.600.000,00 złotych, na którą została wystawiona przez powoda faktura Nr (...) w dniu 5 sierpnia 2010 roku. Z uwagi na fakt, że A. B. nie wystawił tzw. protokołu odbioru robót partnera konsorcjum, mimo, iż metodą wzajemnych rozliczeń zakresu robót ustalono na spotkaniu w dniu 5 sierpnia 2010 roku wspólnie z A. K. i mimo, że zestawienie faktur wystawionych przez obie strony zostało wzajemnie uzgodnione, powód zmuszony został do zastosowania takiego sposobu rozliczenia. Poprosił o podpisanie załączonego protokołu, przypominając, że miał on być mu dostarczony w dniu 18 sierpnia 2010 roku. W związku z powyższym, powód przyjął 5-dniowy termin płatności faktury Nr (...).

W odpowiedzi na powyższe A. B. wskazał, że zgadza się z uwagami zawartymi w piśmie powoda z dnia 22 września 2010 roku. Sprostował tylko, że to po stronie wykonawcy robót leży sporządzenie protokołu odbioru robót, zaś lider konsorcjum go akceptuje bądź też odrzuca na podstawie wcześniejszych uzgodnień z inżynierem. W załączeniu przesłał podpisany protokół odbioru robót z dnia 22 września 2010 roku. Termin płatności faktur zalecił uzgodnić z dyrektorem finansowym Ochrony (...) w Polsce.

W dniu 17 października 2010 roku pozwana wezwała powoda do złożenia w biurze budowy wszystkich dokumentów będących w jego posiadaniu, które umożliwią końcowe rozliczenie finansowe robót wykonanych przez powoda na tym kontrakcie w nieprzekraczalnym terminie do 20 października 2010 roku.

W piśmie z dnia 5 listopada 2010 roku pozwana wskazała, że w październiku 2010 roku konsorcjanci przeprowadzili inwentaryzację prac wykonanych w ramach realizacji projektu dla (...). W pracach tych firma powoda brała bardzo ograniczony udział. W wyniku przeprowadzonych analiz ustalono, że firma powoda wystawiła do dnia 31 października 2010 roku faktury na kwotę netto 45.697.778,28 złotych. Z dokumentów zatwierdzonych przez inżyniera projektu określających wartość prac dotyczących firmy powoda, faktycznie wykonanych i odebranych w kolejnych Przejściowych Świadectwach Płatności wynika, że wartość wystawionych przez powoda faktur nie powinna

przekroczyć kwoty netto 43.925.193,25 złotych. W związku z tym istnieje podejrzenie, że niektóre faktury zostały wystawione bezpodstawnie. Pozwana zwróciła się zatem z prośbą o wyjaśnienie tej rozbieżności.

W piśmie z dnia 8 grudnia 2010 roku pozwana zwróciła się do powoda z kolejną propozycją spotkania w celu uzgodnienia zakresu prac dotychczas przez powoda wykonanych i rozliczenia następnych. Spotkanie, które ustalono na dzień 29 listopada 2010 roku zostało przez powoda odwołane. Pozwana stwierdziła, że przesłane zostały powodowi wszystkie dane, które prezentują stan uzgodniony przez pozostałych członków konsorcjum, natomiast brak było ich potwierdzenia ze strony powoda lub przedstawienia powoda danych. Zaproponowano spotkanie w dniu 17 grudnia 2010 roku.

W dniu 28 marca 2011 roku w biurze budowy konsorcjum w Ł. odbyło się spotkanie stron, podczas którego dokonano ustaleń w przedmiocie zwrotu zatrzymanych kwot. Strony ustaliły podczas spotkania, że w zakresie wniesienia gwarancji usunięcia wad i usterek, obowiązującą formą zabezpieczenia będzie gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona przez (...) S.A. o treści uzgodnionej przez strony i gwaranta odrębnie. Firma powoda zaproponowała, by gwarancje wniesione zostały z rozbiciem na odcinki robót wynikające z załącznika do porozumienia wykonawczego. Wartość robót składających się na poszczególne odcinki będzie stanowiła sumę kwot wymienionych w świadectwach przejścia dla poszczególnych odcinków. Powód potwierdził wówczas, że wartość robót wykonanych i zafakturowanych przez niego na dzień 31 grudnia 2010 roku wyniosła 45.672.379,67 złotych wraz z marżą za liderowanie w wysokości 608.532,80 złotych, zaś wysokość faktur wystawionych przez pozwaną z tytułu liderowania, poza fakturą nr (...), wyniosła 633.619,39 złotych. Strony ustaliły, że wartość opłaty za liderowanie należnej pozwanej zostanie rozliczona zgodnie z treścią umowy, do wartości wykonanych prac.

W notatce ze spotkania podpisanej przez dyrektora finansowego Z. J. i A. K. stwierdzono, że w terminie do dnia 6 kwietnia 2011 roku firma (...) dokona na rzecz Firmy powoda przelewu kwoty 2.500 000 złotych tytułem bezspornej części należności.

W wykonaniu w/w ustaleń powód uzyskał oraz złożył pozwanej 8 gwarancji ubezpieczeniowych. Gwarancje zostały przyjęte przez pozwaną bez zastrzeżeń.

Należność w kwocie 2.500 000 złotych została przez pozwanego zapłacona, choć z opóźnieniem w stosunku do terminu przewidzianego w notatce z dnia 28 marca 2011 roku.

Jednocześnie, powód wniósł o niezwłoczny zwrot kwoty 2.135.483,49 złotych, zatrzymanej dotychczas tytułem zabezpieczenia z wypłacanych przez pozwaną należności. Pozwana nie zwróciła jednak powodowi zatrzymanej przez siebie kwoty.

W dniu 8 lipca 2011 roku pozwana skierowała do powoda pismo, w którym poinformowała, że pismem z dnia 19 kwietnia 2011 roku została naliczona przez zamawiającego kara umowna w wysokości 5.654.459,09 Euro oraz 69.357,00 złotych na podstawie klauzuli 8.7 kontraktu w związku z niewykonaniem zamówienia w terminie. Zgodnie z rozmowami lidera z zamawiającym, zadeklarował on gotowość przyjęcia od członków konsorcjum gwarancji bankowej w wysokości odpowiadającej zatrzymanemu wynagrodzeniu z tytułu naliczonych kar umownych, stanowiącej zabezpieczenie płatności kary umownej w sytuacji prawomocnego rozstrzygnięcia sporu na niekorzyść wykonawcy. Projekt porozumienia regulującego zasady przekazania gwarancji bankowej został przygotowany przez lidera i przekazany zamawiającemu. Zamawiający zobowiązał się przedstawić swoje uwagi do projektu: zatrzymał członkowi konsorcjum (...) płatność kwoty 2.147.955,99 złotych w związku z dokonaniem potrąceniem przez zamawiającego. M. B. nie udokumentował i nie sporządził zestawienia wykonanych przez siebie prac w ramach zamówienia oraz nie dostarczył protokołów końcowego odbioru nawierzchni dla 23 ulic w odcinkach D.1.2 i D.2.2., co uniemożliwia zamawiającemu wystawienie protokołów przekazania dla tych ulic, a w związku z powyższym zamawiający odmówił liderowi wystawienia pełnych referencji – wszystko to powoduje opóźnienia w rozliczeniu się lidera z powodem z tytułu wykonanych prac. Pozwana zwróciła jednocześnie uwagę na pkt. 8 umowy konsorcjum oraz § 5 ust. 2, ust. 3 pkt. 1 i 4 porozumienia wykonawczego, wskazując na planowane działania lidera.

W dniu 14 lipca 2011 roku pozwana dokonała potrącenia kwoty 586.924,15 złotych wynikającej z dwóch wymagalnych faktur nr (...) (zmienionej fakturą korygującą nr (...)) i nr (...) z tytułu wykonywania funkcji lidera z wierzytelnościami powoda wobec pozwanej z tytułu robót budowlanych.

W dniu 25 listopada 2011 roku powód poinformował pozwaną, że dokonał korekty podatku VAT od należności wynikających z przedmiotowych faktur, w trybie art. 89a ust. 6 ustawy o podatku od towarów i usług, na łączną kwotę 385.092,91 złotych, wynikającą z niezapłaconych przez pozwaną faktur VAT.

W dniu 5 listopada 2010 roku strona pozwana w piśmie skierowanych do powoda podniosła kwestię wystawienia faktur na prace faktycznie niewykonane przez powoda. W piśmie tym podpisanym przez dyrektora finansowego Z. J. znajduje się twierdzenie, że wartość wystawionych przez powoda faktur, jak wynika z dokonanej inwentaryzacji prac nie powinna przekroczyć 43.925.193,25 złotych netto (53.588.735,77 złotych brutto). W związku z tym w piśmie znalazło się stwierdzenie, że niektóre faktury zostały wystawione bezpodstawnie. Pismo zawiera wezwanie skierowane do powoda do wyjaśnienia istniejącej różnicy i skorygowania nieprawidłowo wystawionych faktur.

W praktyce rozliczenia pomiędzy Liderem konsorcjum a firmą powoda wyglądały w ten sposób, że lider wystawiał protokół wykonanych robót w okresie rozliczeniowym na podstawie dokumentów sporządzonych przez przedstawiciela zamawiającego. Zamawiający wystawiał Przejściowe Świadczenie Płatności obejmujące wykonane prace i ono było podstawą rozliczeń pomiędzy stronami. Lider wystawiał dokument o nazwie okresowe świadectwo płatności i ono było podstawą wystawienia faktury przez wykonawcę (firmę powoda). Przed wystawieniem faktury prace musiały być zweryfikowane pod względem technicznym i finansowym. Kwoty wynikające z faktur miały być płacone na rachunek powoda.

Tylko pierwsza z faktur wystawionych przez powoda została zapłacona przez pozwanego w całości. Z kolejnych faktur lider zatrzymywał kwoty około 10 % wartości faktury tłumacząc to udzieleniem zamawiającemu gwarancji na całość kontraktu. Powód nie akceptował dokonywanych przez S. potrąceń.

Realizacja kontraktu zakończyła się 31 grudnia 2010 roku. Odbiory prac dokonywane były do marca 2011 roku.

W czerwcu 2011 roku firma powoda wystawiła fakturę końcową za prace wykonane w 2010 roku na kwotę ponad 4.000.000 złotych. Kwota 2.500.000 złotych z tej należności została zapłacona przez S.. Pozostała część tej należności nie została zapłacona.

Mogło zdarzyć się tak, że pewne prace zostały dwukrotnie zafakturowane lub do rozbieżności pomiędzy należnościami od zamawiającego dla lidera i od lidera dla konsorcjantów i do tego rodzaju rozbieżności doszło z uwagi na charakter rozliczeń – dzielenia prac na małe odcinki. Praktyka była taka, że S. regulował należności dla konsorcjantów przed otrzymaniem środków od zamawiającego – stosując tzw. skonto, czyli przedpłaty, w wyniku czego powstawały różnice pomiędzy tym, co płacił zamawiający a tym, co otrzymywali konsorcjanci. W momencie zamknięcia kontraktu na podstawie tymczasowych świadectw płatności firma (...) ustaliła, że różnica pomiędzy pracami uznanymi przez zamawiającego a zafakturowanymi przez firmę (...) wynosi niecałe 5 mln. złotych na korzyść firmy (...). Poza zapłatą kwoty 2.500.500 złotych w notatce z dnia 28 marca 2011 roku firma (...) nie zobowiązywała się do zapłaty innych kwot na rzecz powoda. W szczególności nie było ustaleń, że po złożeniu gwarancji ubezpieczeniowych firma (...) otrzyma resztę zafakturowanych należności.

W dniu 27 października 2010 roku (...) spółka z o.o. zawarła z członkiem konsorcjum (...) porozumienie dotyczące rozliczenia prac wykonywanych przez konsorcjum. W treści porozumienia stwierdzono, że na dzień jego zawarcia członek konsorcjum uzyskał zawyżone wynagrodzenie o kwotę 4.322.026, 26 złotych plus VAT. Strony zawarły w porozumieniu również ustalenia, co do sposobu rozliczenia tej kwoty.

Podobnej treści porozumienie S. zawarł w dniu 27 października 2010 roku z kolejnym członkiem konsorcjum (...). W porozumieniu stwierdzono, że konsorcjant otrzymał wynagrodzenie zawyżone o kwotę 1. 339.325,18 złotych netto. Strony porozumienia również ustaliły w jego treści sposób rozliczenia tej kwoty.

W odniesieniu do faktur wystawionych przez powoda i załączonych do pozwu biegły z zakresu budownictwa K. Ś. po analizie dokumentacji wykonawczej zadania inwestycyjnego w siedzibie pozwanego stwierdził, co następuje:

- w odniesieniu do faktury numer (...) \W\08 z dnia 12 listopada 2008 roku dotyczącej wykonania kanału sanitarnego 73 m. do ulicy (...) w dzienniku budowy nr. 934\08 z dnia 5 września 2008 roku, jako wykonawca tego etapu robót wskazana jest firma Zakład (...) – Kanalizacyjnego B. Z. w Ł.,

- w odniesieniu do faktury numer (...) \W\08 z dnia 8 grudnia 2008 roku ulica (...) kanał sanitarny od istniejącej końcówki do ul. (...) podobnie, jako wykonawca robót w dzienniku budowy numer 934\08 z dnia 5 września 2008 roku wpisana jest firma Zakład (...) – Kanalizacyjnego B. Z. w Ł.,

- w odniesieniu do faktury numer (...) \W\09 z dnia 9 listopada 2009 roku – ulica (...) kanał deszczowy od ul. (...) do ul. (...) w Dzienniku Budowy nr 742 \08 z dnia 24 lipca 2008 roku, jako wykonawca robót wskazana jest firma (...) w K.,

- w odniesieniu do faktury numer (...) \W\10 z dnia 12 maja 2010 roku ul. (...) kanał sanitarny L- 73 od istniejącej końcówki do ul. (...) w Dzienniku Budowy nr 934\08 z dnia 5 września 2008 roku, jako wykonawca tego odcinka prac figuruje firma Zakład (...) – Kanalizacyjnego B. Z. w Ł.,

- faktura numer (...) \W\10 ul. (...) kanał sanitarny L 614 m od PS do granic miasta w Dziennikach Budowy o numerach 68\10 oraz 449 \10, jako wykonawca wskazana jest firma Zakład (...) – Kanalizacyjnego B. Z. w Ł..

Faktury o numerach (...) \W\08 21 \W\09, 02 \W\10 nie wykazują nieprawidłowości i rozbieżności, co do zakresu i ilości prac wykonanych przez powoda.

- faktura numer (...) \W\09 ul. (...) kanał sanitarny (...), 30 od ulicy (...) do posesji numer (...) wyłączony z zakresu zadania numer 07, brak dokumentów potwierdzających wykonanie tego zadania w innym czasie,

- faktura numer (...) \W\10 z dnia 2 marca 2010 roku ul. (...) kanał deszczowy L 126 od ul. (...) do ul. (...) w Dzienniku Budowy numer 742\08, jako wykonawca wskazana jest firma Zakład (...) – Kanalizacyjnego B. Z. w Ł..

Sąd w oparciu o opinię biegłego ustalił, że strony nie prowadziły właściwie rozliczeń okresowych określających jednoznacznie zakres i procentowe wykonanie w danym okresie. Biegły zwrócił dodatkowo uwagę, że przy tak dużym zakresie i rodzaju prac wymagana była szczególna staranność przy bieżącym kontrolowaniu tzw. przerobu miesięcznego i narastającego rozliczenia prac. Wartość prac wykonanych przez innego wykonawcę, a uwzględnionych w fakturach wystawianych przez powoda wynosi netto 1.468.818, 81 złotych. Dodatkowo rozbieżności dotyczą faktur o numerach (...) \W\09, 42 \W\09, 04 \W\10.

Niezgodności dotyczą prac wykonywanych w ulicach (...) (wyłączona z zadania 07) ul. (...) i ul. (...).

W tym zakresie wartość prac wykonanych przez innego wykonawcę netto wynosi 492.874, 57 złotych

Prace zakwestionowane przez biegłego, jako wykonane zgodnie dokumentacją budowlaną przez innych wykonawców niż firma powoda zostały potwierdzone w protokołach odbioru robót partnera konsorcjum podpisanych przez Kierownika Kontraktu A. B. bądź Dyrektora Finansowego Ochrony (...)). Protokoły odbioru robót partnera konsorcjum mogły zawierać potwierdzenie wykonania robót wykonanych faktycznie przez innego konsorcjanta.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd Okręgowy oddalił powództwo jako nieudowodnione. Sąd uznał za zasadny zarzut strony pozwanej, że powód nie wykonał wszystkich prac ujętych w wystawionych i przesłanych pozwanemu fakturach.

Na podstawie opinii biegłego z zakresu budownictwa K. Ś. Sąd ustalił, że powód nie wykonał prac ujętych w załączonych do pozwu fakturach na kwotę ponad 1.961. 000 złotych, a zatem na kwotę wyższą niż dochodzona pozwem. W ocenie Sądu powód nie wykazał także, że w miejsce prac wskazanych w fakturach wykonywał inne zleczone mu prace w ramach podziału zadań konsorcjum, czy też wykonywał równocześnie z innym wykonawcą figurującym w dzienniku budowy ten sam zakres robót.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód, jako profesjonalista winien dolożyć należytej staranności dla zabezpieczenia swoich interesów już w trakcie procesu realizacji robót i zadbać o należyte udokumentowanie tych okoliczności poprzez dokonywanie wpisów w dziennikach budowy zgodnych z rzeczywistym przebiegiem robót i żądanie pisemnego polecenia zmiany zakresu wykonywanych prac. Skoro takich dokumentów strona powodowa nie przedstawiła Sąd uznał żądanie pozwu za nieudowodnione.

Sąd Okręgowy podkreślił, że w szczególności nie stanowią potwierdzenia wykonania prac przez powoda złożone do akt sprawy dokumenty w postaci tzw. Świadectw Przejęcia, gdyż dokumentują one wykonanie zadania przez konsorcjum jako całość, nie określają natomiast zakresu prac wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów.

Sąd odwołał się do postanowienia § 2 pkt. 8 porozumienia wykonawczego, zgodnie z którym stronom należy się wynagrodzenie w wysokości ustalonej w umowie za kompleksowe i zgodne z kontraktem wykonanie prac uznając, że skoro powód nie wykonał prac w zakresie ustalonym przez biegłego, to nie ma prawa domagać się za nie wynagrodzenia. Zdaniem Sądu bez znaczenia pozostaje przy tym okoliczność, z jakiego powodu pozwany dokonał zatrzymania części należności ujętych w fakturach i nie uregulował ich w całości, w szczególności, czy zatrzymanie to miało charakter gwarancji należytego wykonania kontraktu.

W ocenie Sądu I instancji istotną dla rozstrzygnięcia niniejszego procesu jest okoliczność, że w świetle poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych pozwany nie był zobowiązany do zapłaty dochodzonej kwoty na rzecz powoda. Zdaniem Sądu wynagrodzenie członków konsorcjum nie miało charakteru ryczałtu niezależnego od faktycznego zakresu wykonanych robót.

Ustosunkowując się do roszczenia strony powodowej w zakresie kwoty 631.801,57 złotych dochodzonej z tytułu skapitalizowanych odsetek za zwłokę w zapłacie faktur wystawionych przez powoda Sąd również uznał je za nieudowodnione.

Wyliczenie należności z tytułu odsetek zamieszczone na k. 107 akt, w ocenie Sądu Okręgowego, jest nieprawidłowe i nie znajduje umocowania w treści zawartego przez strony porozumienia wykonawczego. Sąd odwołał się do treści art. 481 k.c. oraz § 2 pkt. 8 porozumienia, na mocy którego strony ustaliły, że lider konsorcjum dokonywał będzie płatności na rzecz konsorcjantów w terminie 7 dni od daty otrzymania płatności przez lidera od zamawiającego. Dopiero od tak określonego terminu płatności lider był zobowiązany do zapłaty odsetek za zwłokę.

Strona powodowa dochodząc odsetek za zwłokę w płatnościach nie wykazała, aby istotnie lider konsorcjum pozostawał w opóźnieniu w zapłacie należności wobec konsorcjanta od terminu płatności ustalonego w § 2 pkt. 8 porozumienia. Nie wykazał również, kiedy następowały płatności ze strony zamawiającego na rzecz lidera konsorcjum oraz, czy płatności te w ogóle miały miejsce w zakresie faktur, od których dochodzi odsetek za opóźnienie.

Orzekając o kosztach procesu, stosownie do treści przepisu art. 98 § 1 – 3 k.p.c. Sąd obciążył powoda, jako stronę przegrywającą proces, obowiązkiem zwrotu kosztów procesu na rzecz pozwanego obejmujących koszty zastępstwa procesowego strony pozwanej ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej z urzędu (Dz. U. 2002 poz. 163 poz. 1349) w wysokości 7.200 złotych, opłatę skarbową od pełnomocnictwa - 17 zł. oraz poniesione przez stronę pozwaną wydatki na koszty opinii biegłego - 2. 334 złotych łącznie z opinią ustną uzupełniającą wydaną na rozprawie w dniu 20 czerwca 2013 roku.

Powyższe rozstrzygnięcie zaskarżył w całości powód, zarzucając:

1) naruszenie prawa procesowego, to jest art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i nieuzasadnioną, nie mającą oparcia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym odmowę wiary zeznaniom powoda oraz świadka B. B. co do okoliczności, że pozwana zobowiązała się wobec powoda do zapłaty spornej kwoty czyniąc jedynym warunkiem zapłaty złożenie przez powoda gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu, jak również danie w tym zakresie wiary zeznaniom świadka Z. J. oraz błędne uznanie, iż zobowiązanie pozwanej do zapłaty spornej kwoty nie wynika z treści notatki sporządzonej w dniu 28 marca 2011 roku;

2) błędne ustalenie przez Sąd, że przyjęcie, zaakceptowanie, zaksięgowanie oraz zapłata do wysokości 90% należności wynikającej z każdej z faktur załączonych do pozwu nie powoduje uznania, iż kwota wynikająca z faktury winna być uznana za należną i nie rodzi po stronie pozwanej zobowiązania do zapłaty pozostałej części należności;

3) naruszenie prawa procesowego, to jest art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów i nieuzasadnione przyjęcie, że kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miała opinia biegłego sądowego K. Ś. wydana w sprawie, jak również, iż opinia ta nie została skutecznie zakwestionowana przez stronę powodową;

4) błędne przyjęcie przez Sąd, że nawet jeżeli dwaj pozostali uczestnicy konsorcjum przyznali w treści porozumień zawartych z pozwaną, że wystawili faktury na kwoty wyższe niż należne, to można w drodze analogii uznać, iż było tak także w przypadku powoda, a w samym procesie rozliczania konsorcjantów doszło do wielu nieprawidłowości, jak również, że zawarcie przez tych konsorcjantów dwustronnych porozumień z pozwaną stanowi dodatkowe potwierdzenie istnienia nieprawidłowości w zakresie fakturowania, dokumentowania oraz rozliczania robót;

5) błędną interpretację łączącej strony umowy w postaci porozumienia wykonawczego z dnia 27 marca 2007 roku przez błędne uznanie, że wynagrodzenie należne powodowi nie miało charakteru ryczałtu w rozumieniu art. 632 § 1 k.c. oraz przyjęcie, że skoro powód nie wykonał prac w zakresie ustalonym przez biegłego nie ma prawa domagać się za nie wynagrodzenia,

6) błędną interpretację łączącej strony umowy w postaci porozumienia wykonawczego z dnia 27 marca 2007 roku przez błędne przyjęcie terminu wymagalności należności wynikających z faktur wystawianych przez powoda i w konsekwencji uznanie, iż powód nie wykazał należności odsetkowych dochodzonych w niniejszej sprawie;

7) błędną interpretację treści notatki sporządzonej w dniu 28 marca 2011 roku oraz ustaleń poczynionych w toku postępowania dowodowego co do faktów mających miejsce przed i po jej sporządzeniu.

Wskazując na powyższe apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie powództwa oraz o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za instancję odwoławczą według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpatrzenia.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest w przeważającej części zasadna.

Pozew jest pismem procesowym, które zawiera powództwo, tj. skierowany do sądu wniosek o udzielenie sądowej ochrony prawnej dokładnie określonemu żądaniu, uzasadnionemu i skonkretyzowanemu przytoczonymi okolicznościami faktycznymi. Pozew musi w swej treści odpowiadać wymogom formalnym przewidzianym dla każdego pisma procesowego (art. 126 k.p.c.), a ponadto zawierać obligatoryjną treść pozwu określoną w art. 187 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. Owa obligatoryjna część pozwu obejmuje dokładne określenie żądania, przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie, oznaczenie wartości przedmiotu sporu w sprawach o prawa majątkowe oraz przytoczenie w miarę potrzeby okoliczności uzasadniających żądanie. Dwa pierwsze elementy składają się na roszczenie procesowe, które stanowi przedmiot procesu. Ciążący na powodzie obowiązek dokładnego określenia

żądania oraz wskazania uzasadniających je okoliczności faktycznych ma dla przebiegu procesu znaczenie podstawowe. W ten bowiem sposób konkretyzuje się zakres prawa przedmiotowego poddanego przez powoda ochronie sądowej, a także zostają wytyczone granice rozpoznania sprawy oraz w konsekwencji granice orzekania, poza które sąd meriti wychodzić nie może (H. Pietrkowski Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych. Warszawa 2006 str.244).

W rozpoznawanej sprawie powód czyniąc zadość powyższym wymogom sformułował roszczenie procesowe poddane pod osąd, wskazując jako podstawę faktyczną żądania zapłaty kwoty 1.750.391,57 zł zwrot zatrzymanych przez stronę pozwaną kwot tytułem gwarancji należytego wykonania kontraktu. Tymczasem Sąd Okręgowy, kierując się stanowiskiem pozwanej Spółki, potraktował pozew M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Projektowanie, Wykonawstwo i Konserwacja (...)K. M. B., jako żądanie rozliczenia inwestycji pod nazwą „Rozbudowa sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej Ł. dla dzielnic B. i W. – zadanie 07”. Natomiast powód w istocie żądał zbadania przez Sąd zasadności odmowy zwrotu zatrzymanej przez pozwaną Spółkę sumy stanowiącej 10% kwot objętych wystawionymi przez powoda, a przyjętymi przez pozwaną fakturami celem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W tym stanie rzeczy, wobec żądania wyartykułowanego w pozwie, nieprawidłowe było dokonywanie przez Sąd I instancji rozliczenia wyżej wymienionego kontraktu wykonywanego przez konsorcjum, w skład którego wchodził również powód, w sposób przyjęty przez Sąd Okręgowy, to jest bez uwzględnienia postanowień łączących strony umów i błędnej interpretacji charakteru należnego powodowi wynagrodzenia. Sąd a quo przyjął bowiem, że wynagrodzenie należne powodowi nie miało charakteru wynagrodzenia ryczałtowego, który to wniosek, w przekonaniu Sądu Apelacyjnego był nieuprawniony, a w konsekwencji prowadził do błędnych konkluzji.

Dla oceny zasadności powództwa złożonego w niniejszej sprawie koniecznym było przeanalizowanie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, w tym przede wszystkim umowy konsorcjum z dnia 27 marca 2007 roku, porozumienia wykonawczego z dnia 27 marca 2007 roku, kontraktu z dnia 27 sierpnia 2007r. na rozbudowę sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej Ł. dla dzielnic B. i W. zawartej pomiędzy (...) sp. z o.o. i Konsorcjum oraz notatki ze spotkania z dnia 28 marca 2011 roku, albowiem konflikt pomiędzy stronami zrodził się na tle interpretacji postanowień zawartych we wskazanych wyżej dokumentach.

Z umowy konsorcjum wynika, że strony tej umowy, to jest S. sp z o.o. w W., S. A. w S./D., M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Projektowanie, Wykonawstwo i Konserwacja (...)K. M. B., B. Z. Zakład (...) w Ł. oraz P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...) w K. postanowiły przygotować i wspólnie złożyć w (...) Sp. z o.o. w Ł. ofertę przetargową na rozbudowę sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej Ł. dla dzielnic B. i W. i wspólnie wykonać ewentualny kontrakt. S. Polska został ustanowiony liderem konsorcjum zarówno na czas przetargu, jak i realizacji kontraktu.

W porozumieniu wykonawczym z dnia 27 marca 2007 roku strony określiły między innymi zakres prac konsorcjantów w ujęciu procentowym i kwotowym. Z § 2 ust. 2 porozumienia wynika, że udział powoda w konsorcjum został określony na 22,2247 %. Zgodnie z zapisem § 2 ust.3 umowy ustalony udział procentowy partnerów stanowić miał podstawę do wszelkich rozliczeń pomiędzy stronami, chyba że strony inaczej uzgodnią. Natomiast w § 2 ust.8 ustalono wysokość wynagrodzenia przysługującego konsorcjantom za kompleksowe i zgodne z kontraktem wykonanie prac, które w przypadku powoda wynosiło 51.326.875,00 złotych netto. Jednocześnie z zapisów kontraktu z dnia 27 sierpnia 2007r. jednoznacznie wynika, że zamawiający ((...) sp. z o.o.) w uznaniu zaprojektowania, wykonania i wykończenia robót oraz usunięcia w nich wad przez wykonawcę (Konsorcjum) w terminach i sposób określony w kontrakcie zobowiązał się zapłacić wykonawcy wynagrodzenie w kwocie 60.456.808 Euro netto, tj. 73.757.305,76 Euro brutto.

Z powyższych postanowień umownych jednoznacznie wynika, że uzgodnione pomiędzy zamawiającym i wykonawcą wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy. Analogicznie ustalenia dokonane pomiędzy konsorcjantami w porozumieniu wykonawczym także określało należne powodowi wynagrodzenie, jako ryczałtowe.

Niewątpliwie na ryczałtowy sposób rozliczania się przez strony, wskazywali nie tylko powód oraz świadek B. B., ale także świadek A. B., pracownik pozwanej Spółki w okresie realizacji umowy, pełniący funkcję kierownika kontraktu i dyrektora technicznego, który przyznał, że przesuwał konsorcjantów, w tym powoda na zadania przypisane innym

wykonawcom, bacząc jedynie, by ogólna wysokość przerobu odpowiadała przypadającej na powoda wartości prac. Świadkowie Z. J. (dyrektor finansowy pozwanej), jak i A. B. w swych zeznaniach przedstawili bardzo rozbudowany i złożony system przyjmowania, weryfikacji i sprawdzania faktur wystawianych przez konsorcjantów przed ich ujęciem w księgach rachunkowych. W systemie tym brało udział wiele osób, a faktury były nie tylko wnikliwie sprawdzane, ale stworzona została dokładna podstawa do ich wystawienia w postaci okresowych protokołów odbioru robót partnera konsorcjum. To właśnie w tej procedurze fakt wykonania określonego „przerobu robót” potwierdzany był przez kierownika kontraktu, dając wykonawcy podstawę do wystawienia faktury.

W tych okolicznościach, chcąc dokonać rozliczenia kontraktu, dla ustalenia należnego powodowi wynagrodzenia, konieczne było ustalenie, czy kontrakt zrealizowany został w całości, dając podstawę do uzyskania przez konsorcjum przewidzianego w kontrakcie wynagrodzenia oraz, czy prace wykonane przez powoda odpowiadały procentowemu udziałowi firmy powoda w całości wykonanych robót, określonego w porozumieniu wykonawczym na 22,2247 %. W oparciu o umowę powód miał prawo oczekiwać wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 51.326.875 zł netto, nawet zatem jeżeli nie wykonano całości robót objętych kontraktem to należało ustalić, jaka była wartość tych robót i o jaką kwotę zmniejszała należne konsorcjum wynagrodzenie, a następnie obliczyć w tym wynagrodzeniu udział powoda. Bez znaczenia przy tym było, czy powód wystawił fakturę na niewielką ilość prac na swoim zadaniu, których w rzeczywistości nie wykonał, w sytuacji gdy wykonał prace o tej wartości na odcinkach innych konsorcjantów, których nie zafakturował, tym bardziej gdy działo się tak z polecenia kierownika kontraktu i pod pełną kontrolą lidera konsorcjum w ramach złożonego systemu aprobowania zakresu i wartości wykonanych robót. Nie przeprowadzenie przez Sąd Okręgowy takiego rozumowania, przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, niesłusznie kwestionowanym przez Sąd a quo, doprowadziło w konsekwencji ten Sąd do nieprawidłowych wniosków i przyjęcia, że powodowi nie należy się dochodzona pozwem, a zatrzymana przez pozwaną część wynagrodzenia..

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy strona powodowa wystawiła faktury VAT załączone do pozwu, które zostały zaakceptowane oraz zaksięgowane przez pozwaną Spółkę. Wszystkie faktury pozwana zaliczyła do kosztów podatkowych całości oraz odliczyła podatek VAT od pełnych kwot uwidoczonych na fakturach. Natomiast zapłata ze strony pozwanej następowała do wysokości 90% wysokości należności wynikającej z każdej z faktur. Na fakturach widniała adnotacja poczyniona przez pozwaną „- 10% (...)” oraz kwota do zapłaty pozostała po potrąceniu owych 10% należności. Jak prawidłowo ustalił Sąd pierwszej instancji i jak to już podniesiono, w praktyce rozliczenia pomiędzy liderem konsorcjum a firmą powoda wyglądały w ten sposób, że lider wystawiał protokół wykonanych robót w okresie rozliczeniowym na podstawie dokumentów sporządzonych przez przedstawiciela zamawiającego. Zamawiający wystawiał Przejściowe Świadczenie Płatności obejmujące wykonane prace, które stanowiło podstawę wystawienia faktury przez wykonawcę (firmę powoda) Przed wystawieniem faktury prace musiały być zweryfikowane pod względem technicznym i finansowym. Powyższe świadczy o tym, że pozwana Spółka stosowała złożoną i rozbudowaną procedurę przyjmowania oraz weryfikacji faktur przed ich ujęciem w księgach rachunkowych. W procedurę tą było zaangażowanych wiele osób. A zatem gdyby istniały jakieś nieprawidłowości w fakturach wystawionych przez powoda strona pozwana z pewnością podjęłaby stosowne kroki w celu wyjaśnienia zastrzeżeń i ewentualnej korekty kwestionowanych faktur. Bezsprzeczne jest, że taka sytuacja w niniejszej sprawie nie miała miejsca. Pozwana Spółka akceptowała faktury, nie kwestionując ani zakresu robót wykonanych przez stronę powodową, ani wartości faktur przejściowych, a następnie wypłacała powodowi jedynie 90% należności z nich wynikających, zatrzymując pozostałe 10% tytułem gwarancji należytego wykonania umowy. Tym samym pozwana potwierdzała fakt wykonania przez powoda określonego zakresu robót, jak i ich wartości.

W tym miejscu przejść należy do analizy notatki ze spotkania pomiędzy przedstawicielami firmy (...), w tym Dyrektora A. K. i Dyrektora finansowego Z. J. oraz firmy powoda, które miało miejsce w dniu 28 marca 2011 roku. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że w notatce tej, w pkt II, określono wartość robót wykonanych i zafakturowanych przez firmę (...) na dzień 31.12.2010r. Wynika to wprost ze sformułowania „wartość robót wykonanych i zafakturowanych przez Firmę (...) na dzień 31.12.2010r. wynosi 45.672.379,67 złotych. Oznacza to, że pozwana Spółka przyznała, że powód wykonał roboty o wartości 45.672.379,67 złotych netto, to jest w zasadzie takiej, jaka wynikała z wystawionych przez niego faktur (kwota z faktur to 45.612.447,05 zł netto, tj. 55.647.185,41 zł brutto).

W pkt V tegoż dokumentu zawarto zapis, zgodnie z którym w zakresie wniesienia gwarancji należytego wykonania umowy, zdaniem firmy (...), na dzień 31.12.2010 roku obowiązywała gwarancja dobrego wykonania w wysokości 10% wykonanych i zafakturowanych prac, to jest 4.567.238,00 złotych, co także potwierdza ustalenie z pkt II. W zakresie wniesienia gwarancji usunięcia wad i usterek strony ustaliły, że obowiązującą formą zabezpieczenia będzie gwarancja wystawiona przez (...) SA.

W sytuacji, gdy powyższe ustalenia czynione były już po zakończeniu robót, które trwały do 31 grudnia 2010r. logicznym wydają się zeznania świadka B. B. i twierdzenia powoda, według których celem czynionych ustaleń było zastąpienie gwarancji należytego wykonania umowy, które przestały mieć znaczenie, gwarancjami usunięcia wad i usterek, co z kolei umożliwiało zwolnienie zatrzymanych kwot, o co powód zabiegał. Rozumowanie przeciwne, na co słusznie zwrócił uwagę skarżący klóciłoby się z zasadami logiki i zdrowego rozsądku.

Konsekwencją powyższego porozumienia było uzyskanie przez powoda gwarancji ubezpieczeniowych właściwego usunięcia wad i usterek, które w dniu 21 kwietnia 2010r. przekazane zostało pozwanej wraz z wezwaniem do zwrotu kwoty 2.135.483,49 zł zatrzymanej przez pozwaną tytułem zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu. Fakt otrzymania i uznania powyższych gwarancji, firma (...) potwierdziła pismem z dnia 10 maja 2011 roku.

Oceniając zatem znajdującą się w aktach sprawy notatkę w kontekście działań podjętych przez stronę powodową, zaakceptowanych przez pozwaną Spółkę, podzielić należy argumentację apelującego, że przedmiotowe gwarancje zostały udzielone przez powoda celem zwolnienia środków zatrzymanych uprzednio przez pozwaną tytułem gwarancji należytego wykonania umowy. Tym samym uznać należy, że po uzyskaniu gwarancji zabezpieczenia należytego usunięcia wad i usterek strona pozwana winna przekazać powodowi środki odpowiadające 10% wartości należności wynikających z załączonych do pozwu sprawy faktur, tym bardziej, że ostatecznie w dniu 28 marca 2011r. potwierdziła fakt wykonania przez powoda robót o wartości 45.672.379,67 złotych netto i otrzymała gwarancje na okres po wykonaniu umowy.

W niniejszej sprawie powód wystawił faktury na łączną kwotę 55.647,185,41 złotych brutto, zaś pozwana dokonała zapłaty kwoty 53.511.699,93 złotych brutto, zatrzymując część należności w wysokości 2.135.485,48 złotych brutto. Powód odliczył od niezapłaconej kwoty podatek VAT, dokonując w tym zakresie korekty podatkowej i dochodził z tego tytułu zapłaty jedynie kwoty netto w wysokości 1.750.391,57 zł, którą to kwotę pozwany winien powodowi zwrócić, tytułem części należnego wynagrodzenia.

Jednocześnie niezasadnie strona pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu kwoty 586.924,15 zł z tytułu wynagrodzenia, jakie przysługiwało pozwanej za pełnienie funkcji lidera (k-139). Jak bowiem wynika z § 3 ust.3 umowy – porozumienia wykonawczego pozwanej Spółce należało się wynagrodzenie za pełnienie funkcji lidera, w tym od powoda w wysokości 1.251.875 zł, co stanowiło 2,439% wynagrodzenia partnera netto, przy czym kwota ta miała być zapłacona w oparciu o fakturę VAT wystawioną przez lidera z terminem płatności o 5 dni dłuższym od terminu płatności faktury wystawionej liderowi. Oznacza to, że najpierw miała nastąpić zapłata wynagrodzenia za wykonane roboty przez lidera na rzecz partnera, a dopiero później zapłata przez partnera wynagrodzenia na rzecz lidera. W sytuacji, gdy pozwana odmówiła zapłaty należnego powodowi wynagrodzenia, wobec sporu co do wysokości tegoż, po pierwsze nie sposób było ustalić wysokości należnego wynagrodzenia za liderowanie, które miało wynosić 2,439 % wynagrodzenia partnera netto, a po wtóre by roszczenie z tego tytułu stało się wymagalne. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że w notatce ze spotkania z dnia 28 marca 2011r. strony ustaliły, że na dzień 31.12.2010r. wartość wynagrodzenia za liderowanie należnego pozwanej wynosi 603.532,80 zł, a wartość faktur wystawionych z tego tytułu przez pozwaną wynosi 633.619,39 zł. Strony uzgodniły także, że wartości opłaty za liderowanie należnej firmie (...) zostanie rozliczona zgodnie z treścią umowy, do wartości wykonanych prac.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny, działając na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił wyrok Sądu pierwszej instancji w ten sposób, że zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 1.750.391,57 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 maja 2011 roku do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części.

Na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację w pozostałym zakresie, jako bezzasadną.

W szczególności w ocenie Sądu Apelacyjnego nietrafnie skarżący zarzuca Sądowi I instancji nieprawidłowe oddalenie powództwa w zakresie kwoty 631.801,57 zł. Wbrew bowiem stanowisku apelującego Sąd Okręgowy trafnie wskazał na zapis łączącej strony umowy (porozumienia wykonawczego) według, której pozwany (lider) zobowiązany był do dokonywania płatności na rzecz partnerów nie według terminów określonych w przedkładanych przez partnerów fakturach, jak usiłuje twierdzić powód, a w terminie 7 dni od daty otrzymania przez lidera konsorcjum płatności od zamawiającego, a za datę tej płatności uważało się datę obciążenia rachunku lidera. Dopiero w przypadku opóźnienia w płatnościach przez lidera w stosunku do powyższych ustaleń Lider zobowiązany był zapłacić partnerom ustawowe odsetki za każdy dzień zwłoki. Tym samym aby móc skutecznie domagać się od pozwanej Spółki zapłaty odsetek za nieterminowe regulowanie faktur, powód winien wykazać, że strona pozwana jest w zwłóce ze spełnieniem świadczenia, bowiem otrzymała środki od zamawiającego w określonej dacie i w terminie 7 dni nie dokonała płatności. Ustaleń takich, wobec braku aktywności dowodowej powoda w tym zakresie Sąd Okręgowy nie poczynił, a tym samym powód roszczenia w tej części nie udowodnił i podlegało ono oddaleniu.

Częściowe uwzględnienie apelacji miało wpływ na rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed Sądami obu instancji. Podstawę prawną tego rozstrzygnięcia stanowi przepis art.100 k.p.c. i zasada stosunkowego rozdzielenia kosztów, przy ustaleniu, że powód wygrał proces w obu instancjach w 73%. W pierwszej instancji powód poniósł koszty w wysokości 107.217 zł, zaś pozwany w kwocie 9.551 zł. Łączne koszty postępowania przed Sądem I instancji wyniosły wobec tego 116.768 zł, z czego 73%, tj. 85.240,64 zł winna ponieść strona pozwana, a 27%, tj. 31.527,36 zł powód. Ponieważ powód poniósł koszty w wysokości 107.217 zł, a powinien je ponieść w wysokości 31.527,36 zł, winien otrzymać zwrot części kosztów od strony pozwanej w kwocie 75.689,64 zł.

Z kolei rozliczenie kosztów postępowania apelacyjnego przedstawia się następująco. W drugiej instancji powód poniósł koszty w wysokości 105.400 zł, zaś pozwany w kwocie 5.400 zł. Łączne koszty postępowania przed Sądem II instancji wyniosły wobec tego 110.800 zł, z czego 73%, tj. 80.884 zł winna ponieść strona pozwana, a 27%, tj. 29.916 zł powód. Ponieważ powód poniósł koszty w wysokości 105.400 zł, a powinien je ponieść w wysokości 29.916 zł, winien otrzymać zwrot części kosztów od strony pozwanej w kwocie 75.484 zł.