

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 3 października 2018 roku (data wpływu 11 października 2018 roku) powódka (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. (KRS (...)) wniosła o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym i zasądzenie od pozwanych Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w R. oraz Miasta R. solidarnie na rzecz powódki kwoty 2.440.611,35 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych, liczonymi od dnia 14 sierpnia 2018 roku do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powódka (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. wskazała, że w dniu 10 maja 2018 roku zawarła z Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. z siedzibą w R. umowę o roboty budowlane nr (...), której przedmiotem była realizacja na nieruchomości w R. przy ul. (...) w ramach budowy parkingu wielopoziomowego prac polegających na wykonaniu projektu, wyprodukowaniu i dostarczeniu elementów żelbetonowych. Wskazała również, że inwestorem została jednostka budżetowa Miasta R. – (...).

Strona powodowa podkreśliła, że wykonała wszystkie obowiązki umowne prawidłowo, zaprojektowała, wyprodukowała i dostarczyła konkretne elementy żelbetowe, które zostały wmontowane w konstrukcję bez wad i usterek, co znalazło potwierdzenie w protokole odbioru wykonanych robót. Za wykonane prace zamawiający zobowiązał się do zapłaty na rzecz wykonawcy kwoty 4.562.529,00 zł netto, tj. 5.611.910,68 zł brutto. Inwestor został poinformowany o tym, że powodowa spółka jest podwykonawcą (...). W dniu 29 czerwca 2018 roku wykonawca wystawił fakturę nr (...) na kwotę brutto 3.657.236,49 zł z terminem płatności 20 lipca 2018 roku. Zamawiający dokonał częściowej płatności – 750.000 zł brutto po terminie płatności – 10 sierpnia 2018 roku. Powód w dniu 31 lipca 2018 roku wystawił fakturę nr (...) jako fakturę końcową, rozliczającą wpłacone zaliczki. W dniu 13 sierpnia 2018 roku, w związku z wezwaniami do zapłaty kierowanymi przez stronę powodową do pozwanej spółki, strony podpisały porozumienie, w którym uznały, że powód wykonał całość obowiązków umownych. Strony ustaliły, także warunki wypłaty wynagrodzenia. Dodatkowo, strona pozwana podpisała oświadczenie, w którym uznała dług w kwocie 2.665.611,35 zł brutto. Do chwili wytoczenia powództwa pozwana spółka zapłaciła pierwszą z ustalonych rat w kwocie 250.000,00 zł.

Strona powodowa jako podstawę prawną dochodzonego solidarnie od pozwanych roszczenia, wskazała przepisy art. 647¹§ 1 k.c. (pozew k.4-8 akt).

Zarządzeniem z dnia 16 października 2018 roku sprawa została skierowana do rozpoznania w postępowaniu zwykłym rozpoznawczym (zarządzenie k. 84 akt).

W odpowiedzi na pozew z dnia 31 października 2018 roku (data wpływu 6 listopada 2018 roku) **pozwany Miasto R.** wniosło o oddalenie powództwa w części odnoszącej się do Miasta R. oraz o zasądzenie od powoda na rzecz Miasta R. kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany wskazał, że Miasto R. – (...) w R. po przeprowadzonym postępowaniu o zamówienia publiczne zawarły w dniu 6 września 2017 roku z Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. jako wykonawcą umowę na budowę parkingu wielopoziomowego przy ul. (...) w R.. W dniu 10 maja 2018 roku Przedsiębiorstwo (...) przedłożyło (...) Służbom Komunalnym w R. kopię zawartej z powodem umowy nr (...) na dostarczenie towaru.

Pozwany podniósł, że umowa zawarta między powodem a Przedsiębiorstwem (...) **nie była umową o roboty budowlane, a na dostarczenie towaru – elementów żelbetonowych.** Elementy te zostały dostarczone na teren budowy, ale czynności montażowe wykonywała firma (...)M. (...) B. M. M. zatwierdzona przez (...) w R..

Pozwany wskazywał w odpowiedzi na pozew, również na różnice w zakresie przedmiotowym zobowiązania wykonawcy wyznaczonym przez pojęcia „roboty budowlane” oraz „obiekt” zgodnie z art. 3 pkt 7 prawa budowlanego oraz art. 2 pkt 8 prawa zamówień publicznych. Ani powód, ani pozwany – Przedsiębiorstwo (...) nie przedłożyli pozwanemu –

Miastu R. projektu umowy z dnia 10 maja 2018 roku. Przedsiębiorstwo (...) w dniu 10 maja 2018 roku złożyło Miastu R. poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy z (...) sp. z o.o.

Pozwany Miasto R. podniosło w odpowiedzi na pozew, że zgodnie z art. 143b ust. 8 ustawy prawo zamówień publicznych i § 10 pkt 9 umowy nr (...) powódka i pozwany (...) zastosowali procedurę zgłoszenia wykonawcy umów innych niż umowa o roboty budowlane. W związku z powyższym, pozwany Miasto R. traktowało powódkę jako zgłoszonego przez wykonawcę podwykonawcę umowy na dostawę (odpowiedź na pozew k. 91-94).

W odpowiedzi na pozew z dnia 31 października 2018 roku (data wpływu 6 listopada 2018 roku) **pozwany Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w R.** wniosło o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana spółka wskazała, że zarówno projekt jak i elementy żelbetonowe posiadają istotne wady, skutkujące szkodą dla pozwanej, oraz że powódka nie wykonała w całości przedmiotu umowy i przedłożyła tylko jeden protokół, co powoduje, że wystawione przez nią faktury są bezpodstawne i przedwczesne.

Pozwana spółka podniosła również, że zgodnie z umową tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy z każdej faktury VAT należy potrącić 5%, co skutkuje zawyżeniem kwoty roszczenia (odpowiedź na pozew k. 127 akt).

Powódka w piśmie z dnia 20 listopada 2018 roku (data wpływu 22 listopada 2018 roku) wskazała, że pozwana spółka niesłusznie kwestionuje wysokość roszczenia, bowiem zgodnie z § 7 ust. 2 umowy, zwrot 70% tak zatrzymanej kwoty nastąpić miał 60 dni po odbiorze końcowym inwestycji przez inwestora, tj. najpóźniej dnia 10 grudnia 2018 roku (replika powoda k. 188 akt).

Pozwana spółka w piśmie z dnia 18 stycznia 2019 roku złożonym na rozprawie w dniu 21 stycznia 2019 roku podniosła, iż wierzitelność dochodzona przez powódkę z mocy prawa objęta jest układem (zgodnie z art. 150 ust. 1 pkt 1 ustawy prawo restrukturyzacyjne), a więc pozwana spółka nie jest uprawniona do spełnienia świadczenia na rzecz powódki, tym samym powódka przedwześnie wytoczyła powództwo. Strona pozwana wniosła o umorzenie postępowania na podstawie art. 355 § 1 k.p.c., ewentualnie o jego zawieszenie do czasu postępowania restrukturyzacyjnego (pismo pozwanej k. 294 akt).

Na rozprawie w dniu 21 stycznia 2019 roku pozwany Miasto R. oświadczyło, iż strona powodowa była stroną umowy dostawy, a nie stroną umowy o roboty budowlane, wobec czego była podwykonawcą, ale w zakresie dostawy (protokół rozprawy k. 306 akt).

W piśmie powódki z dnia 23 marca 2019 roku złożonym na rozprawie w dniu 25 marca 2019 roku odnosząc się do oświadczenia pozwanego Miasta R. w przedmiocie statusu powoda i charakteru wykonanych przez niego prac, powódka podniosła, iż „umowa na dostarczenie towaru nr (...)” obejmująca zaprojektowanie, wyprodukowanie i dostarczenie elementów żelbetonowych oraz obsługę geodezyjną, stanowiła umowę o roboty budowlane (pismo powódki k. 338 akt). W tym samym piśmie powódka wskazała, że korespondencja mailowa prowadzona z M.M. (...), kierowana w najistotniejszej części, również do inwestora i generalnego wykonawcy wprost wskazuje na udział powódki w pracach montażowych prowadzonych przez M.M. (...).

Ustosunkowując się do wniosku o umorzenie postępowania oraz jego zawieszenie, zgłoszonego przez pozwaną spółkę, strona powodowa wskazała na art. 257 ustawy prawo restrukturyzacyjne oraz orzecznictwo, z których wynika, iż wszczęcie przyspieszonego postępowania układowego nie tylko nie ogranicza możliwości wszczęcia postępowań sądowych względem podmiotu objętego postępowaniem, ale także nie ma wpływu na toczące się już postępowanie (pismo powódki k. 352 akt).

Na rozprawie w dniu 25 marca 2019 roku pełnomocnik powoda wniosł o kontynuowanie postępowania powołując się na art. 257 ustawy prawo restrukturyzacyjne, jak również oświadczył, że pozwany wniosł o umorzenie postępowania restrukturyzacyjnego, ponieważ nie ma składników majątkowych i nie może zaspokoić wierzycieli.

Postanowieniem z dnia 25 marca 2019r. Sąd oddalił wniosek o zawieszenie postępowania, dzielając w tym zakresie w pełni argumentację podniesioną przez stronę powodową co do wykładni art. 257 ustawy prawo restrukturyzacyjne (postanowienie k. 487 akt).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powódka (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. (KRS (...)) rozpoczęła działalność gospodarczą w 2001 roku. Zajmuje się między innymi produkcją wyrobów budowlanych z betonu, produkcją masy betonowej, wykonywaniem robót budowlanych (dowód: KRS k. 65, 72-73 akt, zeznania prezesa zarządu reprezentującego stronę powodową e-protokół rozprawy z dnia 25 marca 2019r. czas 00:12:10).

Pozwana spółka rozpoczęła działalność w 2001 roku. Zajmuje się przede wszystkim robotami budowlanymi związanymi ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych (dowód: KRS k. 131, 134 v).

W dniu 6 września 2017 roku Miasto R. zawarło umowę nr (...) z Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. w R.. Przedmiotem niniejszej umowy była budowa parkingu wielopoziomowego w R. przy ul. (...). Inwestorem została jednostka budżetowa Miasta R. – (...). Umowa została zawarta po przeprowadzonym postępowaniu o zamówienia publiczne (dowód: umowa nr (...) k. 99-103 akt, zeznania świadka P. G. e-protokół rozprawy z dnia 19 listopada 2019r. czas 01:06:27- 01:06:50).

W § 10 pkt 9 umowy nr (...) zapisano, że wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane ma przedłożyć zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w SIWZ, jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi, a natomiast w pkt 10 zapisano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 9, jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia jest dłuższy niż 30 dni, zamawiający miał poinformować o tym wykonawcę i wezwać go do doprowadzenia do zmiany tej umowy pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej (dowód: umowa nr (...) k. 99-103 akt, zeznania świadka P. G. e-protokół rozprawy z dnia 19 listopada 2019r. czas 01:06:27- 01:06:50).

Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w R. w dniu **12 lutego 2018r.** wystosowało do powoda (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. jako podwykonawcy **zlecenie** nr (...) na zaprojektowanie, produkcję i dostawę konstrukcji prefabrykowanej żelbetowej oraz **na obsługę geodezyjną** (operat geodezyjny pionowości słupów po zastabilizowaniu pierwszego stropu). Elementy miały być przeznaczone na budowę parkingu wielopoziomowego w R. przy ul. (...) (dowód: zlecenie k. 42, protokoły negocjacji k. 39-41 akt, zeznania świadka M. K. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 00:16:07- 00:22:43).

Wycena projektu wykonanego zgodnie z modelem nr 5 C. D. M., wykonania oraz dostarczenia i montażu elementów żelbetowych według zestawienia prefabrykatów została wykonana **w dniu 12 lutego 2018r.** (dowód: wycena k. 18-21 akt).

Potwierdzenie zamówienia zostało wystawione **dnia 21 lutego 2018r.** nr (...) i odnosiło się do zlecenia z dnia 12 lutego 2018r. nr 9/U3/18.

Wskazano w zestawieniu rodzaje prefabrykatów i ich wartość, były to: płyty (...), słupy, belkościany typu RL i belki typu RT, ściany klatek schodowych, ściany szybów windowych, pokrycie klatek schodowych i szybów, biegi, spoczniki.

Wartość zamówienia za zakres wyniosła za elementy prefabrykowane z podkładkami i z transportem 4.562.529zł plus VAT (**PKWiU 23.61 i 49.41**). (dowód: potwierdzenia zamówienia k. 14-17 akt).

Powódka miała zawrzeć z (...) tylko umowę dostawy wyprodukowanych przez powódkę prefabrykatów. Montaż miała realizować firma należąca do M. M.. Powódka nie miała zawartej z nim żadnej umowy (dowód: zeznania świadka M. K. e-protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 00:16:07- 00:22:43).

W dniu 10 maja 2018 roku pozwane (...) sp. z o.o. z siedzibą w R. zawarło umowę na dostarczenie towaru nr (...) **z powodem** (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. (dowód: umowa nr (...) k. 9-13 akt, zeznania prezesa zarządu powodowej spółki e-protokół rozprawy z dnia 25 marca 2019r. czas 00:11:50-00:35:03, zeznania wiceprezesa zarządu powodowej spółki e-protokół rozprawy z dnia 25 marca 2019r. czas 00:59:58-01:045:57).

Przedmiotem tej umowy było **zaprojektowanie, wyprodukowanie oraz dostarczenie elementów żelbetowych** w ramach realizacji kontraktu „Budowa parkingu wielopoziomowego przy ul. (...) w R.”, na zlecenie inwestora, tj. (...) Służb (...). Elementy żelbetowe zostały określone w potwierdzeniu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy.

Do przedmiotu umowy nie wpisano usługi geodezyjnej.

Miejsce dostarczenia elementów na budowę to ul. (...) w R..

Do bieżących kontaktów wyznaczono kierownika budowy z ramienia inwestora W. P..

Wykonawca wyznaczył jako koordynatora projektu R. P..

W § 3 ust. 3 umowy wskazano, że zamawiający jest zobowiązany załączyć do umowy zgodę inwestora na zawarcie umowy i udział wykonawcy w realizacji inwestycji.

W §4 określono, że tytułu wykonania przedmiotu umowy, wykonawca otrzyma ryczałtowe wynagrodzenie w łącznej kwocie 4.562.529,00 zł netto.

Powyższa wartość miała być wartością netto, do której w przypadkach określonych prawem doliczony będzie podatek VAT w zakresie i wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury. Wykonawca zagwarantował stałą wartość wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy w całym okresie realizacji przedmiotu umowy, pod warunkiem, że do projektu nie zostaną wprowadzone żadne istotne zmiany względem pierwotnych założeń z wyceny, która stanowi załącznik nr. 2 do niniejszej umowy.

W §5 umowy określono formę płatności i to, że rozliczenie za przedmiot umowy będzie odbywało się fakturami częściowymi (wystawianymi nie częściej niż raz w miesiącu), dotyczącymi dostaw wykonanych w danym okresie rozliczeniowym. Faktury miały zostać wysłane drogą elektroniczną, a termin płatności- określono na 21 dni od daty dostarczenia faktury zamawiającemu przez e- mail. Płatność miała nastąpić przelewem na konto wykonawcy podane na fakturze. Za dzień zapłaty uważało się dzień obciążenia rachunku zamawiającego. Wynagrodzenie obejmowało zaliczkę w wysokości 15% wartości netto wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1. Zaliczka miała zostać wypłacona podwykonawcy na warunkach określonych w potwierdzeniu zamówienia Nr (...) stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej umowy.

Zaliczka podlegała rozliczeniu w ostatniej fakturze. Podstawą do wystawienia faktur były protokoły odbioru wystawiane każdorazowo po dostarczeniu towaru.

Termin realizacji umowy określono od dnia 21 maja 2018r. do dnia 7 lipca 2018r. (dowód: umowa nr (...) k. 9-13 akt, o.w.u. 22-33 akt, warunki techniczne wykonania prefabrykowanych elementów konstrukcji z betonu zbrojonego stałą statyczną i sprężoną k. 34-36, zeznania prezesa zarządu powodowej spółki e-protokół rozprawy z dnia 25 marca 2019r. czas 00:11:50-00:35:03, zeznania wiceprezesa zarządu powodowej spółki e-protokół rozprawy z dnia 25 marca 2019r.

czas 00:59:58-01:045:57, zeznania świadka A. P. (1) -protokół rozprawy z dnia 19 listopada 2019r. czas 00:35:12-00:39:83, zeznania świadka W. K. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 02:54:49-02:57:47, 02:13:52).

Integralną częścią umowy były ogólne warunki umów (...) spółka z o.o. (dowód: o.w.u. 22-33 akt).

Przedsiębiorstwo (...) w dniu 10 maja 2018 roku złożyło Miastu R. poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy z (...) sp. z o.o.

Wcześniej ani powód, ani pozwany Przedsiębiorstwo (...) nie przedłożyli pozwanemu - Miastu R. projektu umowy z dnia 10 maja 2018 roku.

Powód i pozwany (...) zastosowali procedurę zgłoszenia podwykonawcy umów innych, niż umowa o roboty budowlane. Pozwany Miasto R. traktowało powoda jako zgłoszonego przez wykonawcę podwykonawcę umowy na dostawy (dowód: pismo (...) z dnia 10 maja 2018r. k. 104 akt, zeznania świadka M. U. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 01:27:00, 01:46:12-01:53:15).

Główny wykonawca (...) sp. z o.o. zgłosiło następujących podwykonawców na inwestycji:

- (...) s.a. - wykonanie projektu,
- (...) sp. z o.o. - wynajem szalunków,
- Zakład (...) s.c. A. P. (2), K. P. - roboty ziemne, roboty brukarskie,
- Poziom K. A. - obsługa geodezyjna,
- (...) sp. z o.o. - zabudowa kanalizacji i przyłącza wodociągowego,
- (...) sp. z o.o. - wykonanie pali fundamentowych,
- (...) sp. z o.o. - wynajem siły roboczej,
- (...) sp. z o.o. - dostawa, montaż i rozruch dźwigów osobowych,
- **(...) sp. z o.o. - dostawa prefabrykowanych elementów konstrukcji budynku,**
- M.M. (...) - montaż prefabrykowanej konstrukcji budynku,
- (...) s.a. - dostawa, montaż i rozruch systemu parkingowego, dostawa, montaż i rozruch systemu zliczającego zajętość parkingu
- (...) sp. z o.o. - wykonanie instalacji elektrycznych, niskoprądowych, systemu antyoblodzeniowego,
- (...) sp. z o.o. - wynajem żurawia, wykonanie robót ciesielskich,
- Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe (...) - dostawa i montaż elementów konstrukcji stalowej oraz trejaży,
- (...) sp. z o.o. - wykonanie instalacji hydrantowej i wod. - kan. wewnątrz budynku,
- O. (...) R. Z. - wykonanie przewiertów pod sieć teletechniczną i projektu wykonawczego przyłącza teletechnicznego,
- (...) sp. z o.o. - dostawa, montaż i uruchomienie toalet publicznych,
- A. Usługi remontowe A. C. (1)-wykonanie prac malarskich,

- (...) sp. z o.o. - płytkowanie pomieszczeń - firma nie podjęła prac, zrezygnowała z realizacji umowy,
- Biuro Usługowo - Handlowe (...) nawierzchni z polimocznika na najwyższej kondygnacji i rampie najazdowej,
- A. A. (2) - wykonanie warstw nadbetonu na poszczególnych kondygnacjach,
- Firma (...) - produkcja, dostawa i montaż okien, drzwi i rolet,
- (...) Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe U. - dostawa i montaż drzwi stalowych,
- Technika diamentowa sp. z o.o. - wiercenia w betonie, roboty wykonywane bez umowy na podstawie zleceń, wartość robót poniżej 0,5% wartości umowy wiążącej inwestora i głównego wykonawcę (dowód: lista w k. 301, zeznania świadka M. U. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 01:42:45-01:46:12, rozliczenie z podwykonawcami k. 328-331).

Projekt konstrukcyjny obiektu wraz z obliczeniami statystycznymi wykonała firma (...), powódka na podstawie ustalonych projektem danych dostosowała produkowane przez siebie elementy żelbetowe do założeń projektowych. Elementy żelbetowe zostały dostarczone na teren budowy, ale czynności montażowe (wmontowanie w konstrukcję) wykonywała firma (...). M. (...) B. M. M. - zatwierdzony przez (...) R. podwykonawca umowy na roboty budowlane pozwanego (...) (dowód: rysunki techniczne k. 216-219, dziennik montażu k. 220-237 akt, dziennik budowy k. 254-283, zeznania świadka M. K. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 00:33:37- 00:37:52, zeznania świadka J. P. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 01:01:14- 01:05:40, zeznania świadka M. M. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 02:36:26).

M.M. (...) B. M. M. od kilku lat współpracuje z powódką. Na tej inwestycji miała zawartą umowę bezpośrednio na roboty montażowe z pozwanym (...). Rozdzielenie świadczenia osobno na dostawę i na montaż elementów wynikało z konieczności prawidłowej kwalifikacji w oparciu o przepisy prawa podatkowego i rozliczenia Vat- u (dowód: zeznania świadka M. M. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 02:39:13).

J. P. kierownik- menager ze strony powódki (...) zarządzał wykonaniem projektu, a nie robotami budowlanymi, czy montażowymi. Nie było umowy na nadzór autorski. W razie błędów w odczycie rysunków i przy zarzutach, że element źle został wykonany kierownik projektu udzielał montażystom stosownych informacji i pomocy. Odpowiadał za dotrzymanie terminów dostaw i rozliczenie projektów finansowych. (...) nie miała nadzoru nad pracami montażowymi (dowód: zeznania świadka M. K. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 00:50:03- 00:53:50, (...) -01:00:07, zeznania świadka J. P. e- protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 01:01:14- 01:05:40).

W dniu 29 czerwca 2018 roku wykonawca wystawił fakturę nr (...) na kwotę brutto 3.657.236,49 zł z terminem płatności 20 lipca 2018 roku. Zamawiający dokonał częściowej płatności – 750.000 zł brutto po terminie płatności – 10 sierpnia 2018 roku. Powódka w dniu 31 lipca 2018 roku wystawiła fakturę nr (...) jako fakturę końcową, rozliczającą wpłacone zaliczki (dowód: k. 43-49 akt).

Pod koniec lipca 2018 r. pozwany (...) R. zostało poinformowane przez powódkę (...) o problemach w regulowaniu należności przez (...) sp. z o.o. Nastąpiło to po dacie zapłaty pozwanemu (...) faktur: VAT nr (...), nr (...), nr (...), nr (...) - obejmujących należności za dostawę elementów żelbetowych przez powoda (dowód: okoliczności bezsporne).

W dacie ich płatności pozwany (...) przedkładał pozwanemu Miastu R. oświadczenia (...) o braku zaległości wobec niego za strony generalnego wykonawcy (...) sp. z o.o.

M. U. kierownik działu (...) R. w dniu 31 lipca 2018 potwierdził, że uzyskał informację od powódki o braku płatności za podwykonawstwo od (...). Poinformował, że podjęto już kroki celem wyegzekwowania na wykonawcy inwestycji dokonania zaległych płatności wobec podwykonawców. Poprosił o podanie wysokości wystawianych faktur wraz z przewidywaną datą płatności oraz potwierdzeniem ich zapłaty, oraz wskazanie, które faktury nie zostały jeszcze zapłacone. Potwierdził, że inwestor posiada kopię umowy zawartej przez (...) z (...), jednakże nie wynika z niej,

jakie faktury będą wystawiane, ani ich wysokość. Poinformował, że inwestor zwrócił się do firmy (...) z pismem o wyjaśnienie zaistniałych sytuacji, oraz wstrzymał płatność wystawionych przez nich faktur za wykonane roboty (dowód: mail od M. U. k. 51 akt, zeznania świadka J. P. e-protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 01:13:32-01:15:31, 01:16:36).

Dnia 9 sierpnia 2018 roku przedstawiciele Miasta R. brali udział w spotkaniu w Ł. z K. C. i A. J., członkami zarządu (...), A. C. (2), prezesem (...) PARK sp. z o.o. (wspólnika (...)) i członkiem rady nadzorczej (...), B. B., prezesem (...) i P. G..

W jego trakcie strony ustaliły treść porozumienia. (...) zobowiązało się do spłaty istniejącego zobowiązania w ustalonych ratach; Miasto R. zaś, w razie niewykonania zobowiązania przez (...), do wstrzymania kolejnych płatności na rzecz wykonawcy i uiszczenia wynagrodzenia bezpośrednio (...). Miasto R. wskazało, że warunkiem odblokowania płatności na rzecz (...), a tym samym uzyskania przez ten podmiot środków na zapłatę wynagrodzenia należnego (...), jest złożenie przez powódkę oświadczenia o braku wymagalnych zaległości finansowych (...) wobec (...) (dowód: korespondencja mailowa 201-202, 205,208-215 akt, zeznania świadka M. K. e-protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 00:43:44- 00:48:48, zeznania prezesa zarządu powodowej spółki e-protokół rozprawy z dnia 25 marca 2019r. czas 00:11:50-00:35:03).

Pozwany Miasto R. w związku z informacją o braku uregulowania należności powodowi przez pozwanego (...) wstrzymał płatność faktury VAT nr (...) z dnia 19.07.2018 r. z terminem płatności na 09.08.2018r. Dnia 13.08.2018 r. pozwany (...) przedłożył (...) w R. oświadczenie wykonawcy- powódki o braku wymagalnych należności na dzień 13.08.2018 r. Oświadczenie to obligowało inwestora do zapłaty (...) wymagalnego wynagrodzenia wynikającego z faktury VAT nr (...). **Płatnością z dnia 14.08.2018 r. pozwany Miasto R. rozliczył się w całości z generalnym wykonawcą i uregulował w całości należność za dostawy zrealizowane przez (...)** (dowód: faktura VAT nr (...) z dnia 17.05.2018 r. wraz z protokołem zaawansowania robót nr 4, dowód zapłaty z dnia 06.06.2018 r., faktura (...) nr (...) z dnia 29.05.2018 r., wraz z protokołem zaawansowania robót nr 5, dowód zapłaty z dnia 18.06.2018 r., faktura (...) nr (...) z dnia 19.06.2018 r., wraz z protokołem zaawansowania robót nr 6, dowód zapłaty z dnia 09.07.2018 r., faktura VAT nr (...) z dnia 29.06.2018 r., wraz z protokołem zaawansowania robót nr 7, dowód zapłaty z dnia 20.07.2018 r., faktura (...) nr (...) z dnia 19.07.2018 r., wraz z protokołem zaawansowania robót nr 9, dowód zapłaty z dnia 14.08.2018 r. oświadczenie powoda z dnia 30.05.2018 r. oświadczenie powódki z dnia 30.06.2018 r., oświadczenie wykonawcy z dnia 13.08.2018 r., protokoły z protokołami zaawansowania robót k. 105-119 akt, oświadczenia k. 120-124 akt, zeznania świadka P. G. e-protokół rozprawy z dnia 19 listopada 2019r. czas 01:01:41- 01:02:10, zeznania świadka M. U. e-protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 02:03:41, 02:23:49).

Prace zlecone (...) zostały przez nią wykonane w całości. **W dniu 13 sierpnia 2018r.** (...) w imieniu, którego działał R. P. i (...) w imieniu, którego działał W. P. podpisali protokół odbioru wykonanych robót. Generalny wykonawca (...) nie zgłosił żadnych zastrzeżeń do jakości prefabrykatów i prac montażowych (dowód: protokół odbioru wykonanych robót z dnia 13 sierpnia 2018 roku k. 53 akt, zeznania świadka W. P. e-protokół rozprawy z dnia 19 listopada 2019r. czas 00:28:29- 00:30:53, zeznania świadka M. K. e-protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 00:16:07- 00:30:32, 00:37:52, 00:41:36, zeznania świadka M. M. e-protokół rozprawy z dnia 21 stycznia 2019r. czas 02:39:13-02:44:31).

W porozumieniu z dnia 13 sierpnia 2018 roku (...) oświadczył, że (...) wykonało „wszystkie obowiązki umowne prawidłowo”, w szczególności dostarczyła „kompletne elementy żelbetowe – bez żadnych wad i usterek”. Z tytułu prawidłowego i kompletnego wykonania zakresu umowy zamawiający zobowiązał się do zapłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenia w kwocie 4.562 529,00 złotych netto, tj. 5.611.910,68 zł brutto zł. Wykonawca w dniu 29.06.2018 r. wystawił fakturę nr (...) na kwotę brutto 3.657.236,49 zł z terminem płatności na dzień 20.07.2018r. W porozumieniu zapisano, że zamawiający uznał fakturę za wystawioną prawidłowo i dokonał częściowej jej płatności w kwocie 750.000 zł brutto w dniu 10.08.2018r. Wykonawca w dniu 31.07.2018 wystawił fakturę nr (...) na kwotę brutto minus 61.226,94 zł jako fakturę końcową rozliczającą wpłacone zaliczki. Strony ustaliły, że wynagrodzenie pomniejszone o 5% wartości netto faktury zgodnie z par.7 pkt 7 umowy, płatne będzie zgodnie z harmonogramem:

- kwota 250.000,00 zł brutto stanowi kwotę wymagalną na dzień 16.08.2018r.
- kwota 250.000,00 zł brutto stanowi kwotę wymagalną na dzień 27.08.2018r.
- kwota 1.175.000,00 zł brutto stanowi kwotę wymagalną na dzień 10.09.2018r.,
- kwota 990.611,35 zł brutto stanowi kwotę wymagalną na dzień 10.10.2018r.

Zamawiający uznał powyższe wynagrodzenie w całości i w ramach porozumienia zobowiązał się do jego uregulowania bez wezwania do zapłaty wynagrodzenia w nieprzekraczalnych terminach określonych w pkt 6. W przypadku braku środków na koncie wykonawcy w dniu wynikającym z terminów określonych w pkt 6, wykonawca miał poinformować o tym fakcie inwestora, tj. (...). Strony zgodnie ustaliły, że wszelkie zmiany i uzupełnienia niniejszego porozumienia wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Porozumienie zostało w części wykonane przez pozwaną spółkę, która zapłaciła na rzecz powódki pierwszą ratę świadczenia w kwocie 250.000,00 złotych (dowód: porozumienie z dnia 13 sierpnia 2018 roku k. 50-51, potwierdzenia wykonania operacji k. 54-59 akt, oświadczenie wykonawcy k. 52, zeznania prezesa zarządu powodowej spółki e-protokół rozprawy z dnia 25 marca 2019r. czas 00:11:50-00:35:03, zeznania wiceprezesa zarządu powodowej spółki e-protokół rozprawy z dnia 25 marca 2019r. czas 00:59:58-01:04:57).

Po upływie terminu zapłaty drugiej raty zobowiązania (...) zwróciło się do (...) z prośbą o prolongatę terminu uiszczenia kolejnej raty zaległego wynagrodzenia, powołując się na okoliczność nieuiszczenia płatności przez Miasto R.. Powódka wobec niedotrzymania przez (...) warunków porozumienia, ponownie poinformowała Miasto R. o zaległościach (...) w zakresie płatności.

W odpowiedzi na pismo powoda z dnia 11.09.2018r. (...) poinformowały go, że jako zamawiający zapłaciły firmie (...) jako wykonawcy zadania „Budowa parkingu wielopoziomowego przy ul. (...) w R.” wynagrodzenie za elementy konstrukcyjne zakupione u powoda i zabudowane przy realizacji wyżej wymienionego zadania. Wynagrodzenie zostało zapłacone w dniu **20.07.2018r.** W związku z powyższym, wszelkich należności z tytułu wykonanych dostaw objętych wezwaniem z dnia 11.09.2018 r. powód powinien dochodzić od (...) (dowód: pismo pozwanego Miasta R. k. 62 akt).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania na okoliczność wadliwości projektu i elementów żelbetonowych wykonanych przez powódkę, złożony przez pozwanego (...), Sąd oddalił jako bezzasadny. Pozwany odebrał wykonanie świadczenia powódki bez zastrzeżeń, nie zgłaszał żadnych wad przy odbiorze, nie korzystał z rękojmi, czy z gwarancji. (...) nie zgłosił (...) żadnych wad ani usterek w sposób przewidziany w umowie z dnia 10 maja 2018 roku nr (...). Nadto, zobowiązał się w porozumieniu do spłaty zadłużenia. Zatem, wniosek dowodowy został złożony jedynie celem wydłużenia postępowania.

Wykazywanie przez powódkę, że zawarła porozumienie z (...) i złożyła żądane oświadczenie, uzyskując jednocześnie zapewnienie ze strony Miasta R., że złożenie oświadczenia zapewni uregulowanie zobowiązania z tytułu prac wykonanych przez (...) i tym samym została wprowadzona przez pozwanego inwestora w błąd, zasadniczo nie ma znaczenia przy podstawie prawnej dochodzonego roszczenia wskazywanej w pozwie, ani przy podstawie prawnej rozstrzygnięcia przyjętej przez Sąd. Podstawą powództwa nie są wady oświadczenia woli, a uruchomienie środków dla generalnego wykonawcy miało dać podstawy do zaspokojenia roszczeń powódki. To generalny wykonawca przeznaczył uzyskane sumy na inne cele niż rozliczenie się z (...), zaś pozwane Miasto R. nie mogło spełnić bezpośrednio świadczenia na rzecz powódki, bowiem konsekwentnie traktowała ją jako wprawdzie podwykonawcę, ale nie na roboty budowlane.

Nie jest zatem przedmiotem rozpoznania działanie powódki pod wpływem błędu, ani rozliczenia pozwanego Miasta R. z innymi podwykonawcami bowiem taką analizę zaproponowała powódka w piśmie z dnia 21 stycznia 2019r.

dołączając dokumenty dotyczące rozliczeń z innymi podwykonawcami k. 299-304, i kolejne przy pismach 20 marca 2019 k. 362-480.

Poza sporem powinno być to, że powódka wykonała należycie umowę, nie dostała za wykonane świadczenie wynagrodzenia. Spór skoncentrował się zasadniczo wokół zagadnień prawnych, a mianowicie kwalifikacji materialnoprawnej umowy zawartej między powódką a generalnym wykonawcą i poszukiwania ewentualnych podstaw odpowiedzialności inwestora z uwagi na tryb umowy zawartej między inwestorem a generalnym wykonawcą (zamówienia publiczne).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo okazało się bezzasadne wobec pozwanego Miasta R., a wobec pozwanego Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w R., Sąd uznał je za w pełni zasadne.

Zgodnie z art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. W zakresie nieuregulowanym w prawie zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy więc stosować wprost (a nie odpowiednio) przepisy kodeksu cywilnego. W wyroku z dnia 3 lipca 2007 r., (...) SA/Wa 172/07, LEX nr 368193, WSA w Warszawie orzekł, że:

"Jakkolwiek stronami przy udzielaniu zamówień publicznych są zamawiający i wykonawcy, jednak do ich czynności o charakterze cywilnoprawnym stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121) tylko wówczas, gdy stosownie do art. 14 i art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (...) przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej".

Kwalifikując umowę na gruncie kodeksu cywilnego, poza sporem jest, że doszło do zawarcia między pozwanym Miastem R. a pozwanym Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. z siedzibą w R. umowy o roboty budowlane.

Umowa o roboty budowlane, choć oparta jest na schemacie charakterystycznym dla umowy o dzieło i historycznie wywodzi się z tej umowy (wyr. SN z 12.12.1991 r., III CRN 500/90, OSNCP 1992, Nr 7-8, poz. 137), to jednak stanowi ona odrębny typ umowy, nie zaś jedynie podtyp umowy o dzieło. Przepis art. 656 k.c. odsyła w sprawach nieuregulowanych przepisami odnoszącymi się do umowy o roboty budowlane do odpowiedniego stosowania niektórych przepisów kodeksu cywilnego normujących umowę o dzieło. Podstawy odstąpienia od umowy o roboty budowlane uwzględniać muszą różnice wynikające z jej specyfiki, co umożliwi "odpowiednie" stosowanie przepisów o umowie o dzieło. Odpowiedniemu stosowaniu podlegać będzie reżim normujący prawne konsekwencje: opóźnienia z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu (art. 635 k.c.), wadliwego lub sprzecznego z umową wykonywania prac budowlanych (art. 636 k.c.), rękojmi za wady wykonanego obiektu (art. 638k.c.), odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu (art. 644 k.c.) oraz odstąpienia przez wykonawcę z powodu braku współdziałania (art. 640 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.

Strony w umowie o roboty budowlane mogą zawrzeć klauzule umowne. Zgodnie z bowiem z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Uregulowanie z art. 353¹ k.c. dotyczy swobody kształtowania treści stosunku prawnego. Jednakże swoboda umów obejmuje również inne jeszcze elementy, a mianowicie: **swobodę decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta, swobodę formy**, w jakiej ma być umowa zawarta (por. uzasadnienie do uchw. SN(PSIC) z 28.4.1995 r., III CZP 166/94, OSN 1995, Nr 10, poz. 135. . M. Safjan, Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ KC), PiP 1993, Nr 4, s. 12 i nast.; tenże, Umowy związane z obrotem gospodarczym jako najważniejsza kategoria czynności handlowych, PPH 1998, Nr 2, s. 1 i nast.; J. Guś, O właściwości (naturze) stosunku prawnego, PiP 1997, Nr 4, s. 16 i nast.; E. Traple, Ochrona słabszej strony umowy a kontrola treści umowy ze względu na przekroczenie granic swobody umów i sposób zawarcia umowy, KPP 1997, Nr 2, s. 227 i nast.; C. Żuławska, Wokół zasady wolności umów (art. 353¹ KC i wykładnia zwyczaju), AUWr 1994, Nr 238, s. 175–176; R. Trzaskowski, Właściwość (natura) zobowiązaniowego stosunku prawnego jako ograniczenie zasady swobody kształtowania treści umów, KPP 2000, Nr 2, s. 349 i nast.; tenże, Granice swobody kształtowania treści; tenże, Zasada swobody umów jako problem kodyfikacyjny, w: Czterdzieści lat Kodeksu cywilnego. Materiały z Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Rzeszowie (8–10 października 2004 r.) (red. M. Sawczuk), Kraków 2006; J. Okolski, J. Modrzejewski, Ł. Gasiński, Natura stosunku korporacyjnego spółki akcyjnej, PPH 2000, Nr 8, s. 2 i nast.; A. Szumański, Ograniczona wolność umów w prawie spółek handlowych, GSP 1999, Nr 5, s. 414; M. Olechowski, Porządek publiczny jako ograniczenie swobody umów, PiP 1999, Nr 4, s. 60 i nast.; P. Machnikowski, Rodzaje ustawowych ograniczeń swobody kształtowania treści zobowiązania, MoP 2005, Nr 24; tenże, Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna, Warszawa 2006; P. Tomala, Swoboda kształtowania umów w umowie spółki z o.o., Pr.Sp. 2005, Nr 7–8; Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane (red. B. Gnela), Warszawa 2010.).

W przypadku umów o roboty budowlane swoboda umów doznaje jednak znacznych ograniczeń. Artykuł 139 ust. 1 potwierdza cywilistyczny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepisy dotyczące umów w sprawach zamówień publicznych (art. 139-151a) stanowią ograniczenie określonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody zawierania umów ("Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego"). Ograniczenia zasady swobody zawarcia lub niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierają m.in.: art. 142 ust. 1 i 2 (zawarcie umowy na okres 4 lat i warunki zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata), art. 143 ust. 1 (ograniczenia zawarcia umowy na czas nieoznaczony), art. 144 ust. 1 (warunki zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy).

Artykuł 139 ust. 1 nakazuje stosowanie wprost przepisów kodeksu cywilnego, natomiast wyłączenie stosowania tych przepisów uzależnia od istnienia w prawie zamówień publicznych odrębnej regulacji ("**jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej**"). Do umów w sprawach zamówień publicznych mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy sprzedaży, umowy dostawy, umowy o roboty budowlane, umowy o dzieło, a także przepisy prawa bankowego w odniesieniu do umów kredytu, pożyczki i rachunku bankowego (art. 142 ust. 4 pkt 1 i 2) oraz przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej w odniesieniu do umów ubezpieczenia (art. 142 ust. 4 pkt 3) oraz gwarancji ubezpieczeniowych (art. 45 ust. 6 pkt 4, art. 148 ust. 1 pkt 4 oraz art. 151a ust. 5). W celu ustalenia rzeczywistej treści zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego art. 139 nie wyłącza dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego może być uznana za sui generis umowę adhezyjną. Zamawiający, działając w interesie publicznym, określa bowiem istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach (art. 36 ust. 1 pkt 16), przy przestrzeganiu przepisów p.z.p. (np. art. 7 ust. 1). Ponadto: "Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy" (zob. wyrok (...) z dnia 25 maja 2012 r., KIO/UZP 974/2012, (...)) Jeżeli wykonawca uzna, że istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego,

ogólne warunki umowy albo wzór umowy, naruszają jego interesy, może on nie ubiegać się o udzielenie zamówienia (zob. wyrok (...) z dnia 16 czerwca 2009 r., KIO/UZP 694/09, (...) Przepisy art. 139 i 144 nie wyłączają możliwości dokonania wykładni umowy na podstawie art. 65 k.c. (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 18 kwietnia 2013 r., I ACA 1226/12, orzeczenia.ms.gov.pl).

W wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r., KIO 109/13, (...) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamówienia publiczne pozostają umowami zawieranymi pomiędzy równoprawnymi podmiotami - zamawiającym oraz wykonawcą, i jako takie stanowią przykład zwykłych stosunków cywilnoprawnych regulowanych w kodeksie cywilnym, z zastrzeżeniem wszelkich - materialnych czy proceduralnych - szczególnych wymagań, przewidzianych w przepisach prawa zamówień publicznych, co do ich treści i sposobu nawiązywania. Podobnie wypowiedział się SO w Warszawie w wyroku z dnia 20 stycznia 2004 r., V CA 2344/03, niepubl., w którym stwierdził, że: "Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować" (zob. postanowienia (...): z dnia 10 marca 2009 r., KIO/UZP 231/09; z dnia 4 listopada 2010 r., KIO/UZP 2328/10; wyrok (...) z dnia 20 czerwca 2012 r., KIO 1183/12, (...)

W wyroku z dnia 5 grudnia 2006 r., II CSK 327/06, LEX nr 238947, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że **umowa o roboty budowlane zawarta przez jednostkę sektora publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje umową o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 i n. k.c. Do umowy o roboty budowlane zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zatem zastosowanie również przepis art. 649 k.c., który stanowi o zakresie umówionych prac wykonawcy oraz zawiera domniemanie dotyczące obowiązków wykonawcy robót budowlanych. W przypadku, gdy postanowienia umowy o roboty budowlane dotyczące zakresu robót (zakresu umówionych prac wykonawcy robót budowlanych) objętych zobowiązaniem wykonawcy są na tyle niejednoznaczne, że budzą wątpliwości uzasadniające rozbieżną ich wykładnię, ma zastosowanie wyrażona w art. 649 k.c. reguła interpretacyjna.**

Artykuł 139 ust. 2 wymaga, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na jej wartość oraz tryb udzielania zamówienia publicznego, była zawierana w formie pisemnej, pod rygorem nieważności (ad solemnitatem), chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. Zwykła forma pisemna jest zachowana, gdy na dokumencie sporządzonym w dowolny sposób pod treścią oświadczenia woli złożony zostanie przez stronę własnoręczny podpis (konstytutywny element formy pisemnej). Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany (art. 78 § 1 zdanie drugie k.c.). Strony mogą wymienić między sobą dokumenty, z których każdy zawiera treść oświadczenia woli jednej z nich i jest przez nią podpisany. Elementem konstytuującym własnoręczny podpis jest nazwisko wystawcy oświadczenia lub dokumentu. Wymóg własnoręczności podpisu wynika z art. 78 § 1 zdanie pierwsze k.c.

Hipoteza przepisu art. 139 § 1 p.z.p., dotyczącego stosowania przepisów kodeksu cywilnego na gruncie prawa zamówień publicznych, odnosi się do każdej z tych faz, albowiem w kontekście art. 56 k.c. już na etapie ferowania treści umowy, jej postanowienia muszą co najmniej pozostawać zgodne z przepisami o charakterze kogentnym (wyrok S.A. w Szczecinie IAcA 358/14- LEX nr 1544953).

Poza sporem powinno być to, że między pozwanymi Miastem R. a pozwanym Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. z siedzibą w R. doszło do zawarcia umowy o roboty budowlane w trybie ustawy o zamówieniach

publicznych, natomiast, w ocenie Sądu, między powodem (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. a Przedsiębiorstwem (...) sp. z o.o. z siedzibą w R. doszło **do zawarcia umowy dostawy i powód był podwykonawcą generalnego wykonawcy w zakresie dostawy elementów budowlanych, nie zaś podwykonawcą w zakresie umowy o roboty budowlane**. Pozwany Miasto R. traktowało powódkę (...) jako podwykonawcę ale w zakresie umowy dostawy (art. 605 k.c.), nie zaś umowy o roboty budowlane.

Należy wskazać, że przy umowie dostawy, składnikami przedmiotowo istotnymi jest rzecz, która ma zostać wytworzona i cena. Ograniczenia przedmiotowe dostawy jest wyraźne: tylko rzeczy ruchome i to oznaczone gatunkowo. Składniki podmiotowo istotne są w przepisach o umowie dostawy podkreślone poprzez odwołanie się do zastrzeżenia stosowania własnych surowców odbiorcy i dostarczania własnej dokumentacji technologicznej. Ma to wpływ na odpowiedzialność dostawcy za wady rzeczy, będącej przedmiotem umowy.

Zgodnie z art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego robotami budowlanymi są budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Przedmiotem umowy zawartej między stronami było **zaprojektowanie, wyprodukowanie oraz dostarczenie elementów żelbetowych** w ramach realizacji kontraktu „Budowa parkingu wielopoziomowego przy ul. (...) w R.”, na zlecenie inwestora, tj. (...) Służb (...). Zatem, na gruncie prawa budowlanego i kodeksu cywilnego przedmiot świadczenia powódki nie był robotą budowlaną.

Odnosząc się do wskazanej podstawy prawnej powództwa należy wskazać, że zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 2009 r. (P 105/08, OTK-A 2009, nr 11, poz. 168) Art. 647 k.c., art. 647¹ § 4 k.c. i art. 658 k.c. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.) są zgodne z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W myśl art. 647¹ § 1 k.c. w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 k.c., zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. 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 (art. 647¹ § 2 k.c.). Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio (art. 647¹ § 3 k.c.).

Umowy, o których mowa w § 2 i 3 art. 647¹ k.c. powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

W myśl 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.

Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne (art. 647¹ § 5 k.c.).

Orzecznictwo sądów powszechnych i Sądu Najwyższego co do interpretacji art. 647¹ § 5 k.c. jest jednoznaczne. Zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów SN z dnia 29 kwietnia 2008 r. (III CZP 6/08, OSNC 2008, nr 11, poz. 121) do zgody wymaganej przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.); niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c.

W wyroku SN z dnia 24 stycznia 2014 r., (V CSK 124/13, Biul. SN 2014, nr 3, s. 12) czytamy, jeżeli inwestor zrezygnował z wglądu do dokumentacji lub z żądania informacji od wykonawcy, skuteczność jego zgody na zawarcie umowy z

podwykonawcą nie jest uzależniona od przedstawienia umowy lub projektu umowy oraz wiedzy o jej postanowieniach (art. 647¹ § 1 i 2 zdanie pierwsze k.c.).

Dorozumiana zgoda inwestora na zawarcie umowy wykonawcy i podwykonawcy (art. 647¹ § 2 zdanie pierwsze k.c.) wyrażona w sposób czynny jest skuteczna, gdy dotyczy umowy, której istotne postanowienia, decydujące o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy są znane inwestorowi albo z którymi miał możliwość zapoznania się (por. wyrok SN z dnia 6 października 2010 r., II CSK 210/10, OSNC 2011, nr 5, poz. 59).

W wyroku SN z dnia 20 czerwca 2007 r. (II CSK 108/07, Biul. SN 2007, nr 11, s. 14) podkreślono, że zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą (art. 647 § 1 k.c.) może być wyrażona w każdy sposób (art. 60 k.c.), bez konieczności przedstawiania inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu z odpowiednią dokumentacją. Tym samym SN wycofał się z uprzednio wyrażonego poglądu, iż skuteczność zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o wykonanie zadań wchodzących w zakres umowy o roboty budowlane wymaga przedstawienia mu umowy z podwykonawcą lub jej projektu oraz odpowiedniej dokumentacji (por. uchwała SN z dnia 28 czerwca 2006 r., III CZP 36/06, OSNC 2007, nr 4, poz. 52).

Inwestor odpowiada solidarnie wraz z wykonawcą wobec podwykonawcy na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. tylko wtedy, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane (por. wyrok SN z dnia 17 października 2008 r., I CSK 106/08, OSNC-ZD 2009, nr 3, poz. 64).

Jedynie ubocznie można wskazać, że inwestor nie może zwolnić się od wypłaty całego wynagrodzenia należnego wykonawcy, powołując się na to, że zapłacił wynagrodzenie należne podwykonawcom (art. 674¹ § 5 k.c.) (por. wyrok SN z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 179/07, OSNC-ZD 2008, nr 4, poz. 100).

Jak wynika z powyższego, inwestor i generalny wykonawca odpowiada solidarnie wobec podwykonawcy jedynie za wynagrodzenie w ramach ***umowy o roboty budowlane. Skoro pozwanego (...) i powódkę (...) nie łączyła umowa o roboty budowlane, to pozwany inwestor Miasto R. nie może odpowiadać z tej podstawy prawnej, gdyby nawet stan faktyczny kwalifikować w oparciu jedynie o przepisy kodeksu cywilnego.***

Powód jednak przeoczył, że oparł swoje roszczenie wobec pozwanego Miasta R. na art. 647¹ § 1 k.c., gdy tymczasem sam tryb zawierania umowy wymusza zastosowanie szczególnych regulacji ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawa zamówień publicznych.

W myśl cytowanego już art. 139 ust 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 143b ust. 1 tej ustawy, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, do przedłożenia zamawiającemu ***projektu tej umowy***, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.

Zgodnie z art. 143b ust 8 Pzp wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi. Wyłączenie, o którym mowa w zdaniu

pierwszym, nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł. Zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo. Powyższe przepisy zostały powtórzone w umowie zawartej pomiędzy pozwanymi.

Zgodnie z art. 143c ust. 8 Pzp do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, **jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej**. Tryb zgłaszania podwykonawców określony w art. 647¹ k.c. nie ma zatem zastosowania do zamówień realizowanych w ramach zamówień publicznych, gdzie wymagane jest zgłoszenie podwykonawcy na warunkach i trybie ustawy Pzp.

Trafnie zauważa pozwane Miasto R., że ani powódka (...), ani pozwany (...) nie przedłożyli pozwanemu Miastu R. projektu umowy z dnia 10.05.2018 r.. Pozwany (...) złożył pozwanemu Miastu R. w dniu 10.05.2018 r. jedynie poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię umowy z firmą (...) sp. z o.o. **Zgodnie z art. 143b ust. 8 Pzp i § 10 pkt 9 umowy nr (...), powódka i pozwany (...) zastosowali procedurę zgłoszenia podwykonawcy umów innych, niż umowa o roboty budowlane.** W związku z powyższym, pozwany Miasto R. traktował powódkę (...) jako zgłoszonego przez wykonawcę- podwykonawcę umowy na dostawę.

Nadto, art. 143c ust.1 ustawy o zamówieniach publicznych na datę zawarcia umowy z (...) dawał zamawiającemu możliwość dokonania bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane, ale tylko w przypadku, gdy nie doszło do spełnienia świadczenia na rzecz generalnego wykonawcy. Na gruncie wskazanej regulacji, podwójna zapłata za świadczenie generalnemu wykonawcy i podwykonawcy nie może mieć miejsca chociażby z uwagi na wydatkowanie pieniędzy najczęściej jednostek sektora publicznego lub samorządowego.

Mając na uwadze powyższe, Sąd oddalił powództwo wobec pozwanego Miasta R. jako bezzasadne. Zasadne jest natomiast powództwo wobec Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w R. na podstawie umowy dostawy (art. art. 605 k.c.). Sąd zasądził od tego pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.440.611,35 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych, liczonymi od dnia 14 sierpnia 2018 roku do dnia zapłaty.

O kosztach procesu Sąd orzekł wobec obu pozwanych orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., natomiast ich rozliczenie co do wysokości pozostawił referendarzowi sądowemu po prawomocnym zakończeniu sprawy (art. 108 k.p.c.).

ZARZĄDZENIE

1. **odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron,**
2. **uzasadnienie sporządzone przez sędziego,**
3. **sprawdzić rozliczenie kosztów stawiennictwa świadków.**