

Sygn. akt I ACa 626/15

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 30 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Struzik
Sędziowie:	SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.) SSA Józef Wąsik
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 30 lipca 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Powiatu (...)

przeciwko A. C. i Z. C.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 4 lutego 2015 r. sygn. akt I C 826/13

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony powodowej na rzecz pozwanych łącznie kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Hanna Nowicka de Poraj SSA Andrzej Struzik SSA Józef Wąsik

**I ACa 626/15**

## UZASADNIENIE

**Powód Powiat (...)** domagał się zasądzenia od pozwanych A. C. i Z. C. solidarnie kwoty 289 521 zł. tytułem kary umownej naliczonej pozwany w związku z odstąpieniem z ich winy przez powoda od umowy łączącej strony.

W uzasadnieniu powód podał, że w dniu 1 marca 2012r. zawarł z pozwanymi (działającymi w ramach konsorcjum) umowę, na mocy której pozwani zobowiązali się do wykonania robót budowlanych przy realizacji zadania pn.: „(...)”: nr (...) S.- A.- S.- J.- D.- P. oraz nr (...) D.- K. w zakresie poprawy parametrów bezpieczeństwa ruchu drogowego i

pieszego- etap (...)”. Zgodnie z § 2 ust. 2 umowy odbiór końcowy robót miał nastąpić 28 września 2012r. Jednakże w toku wykonywania umowy doszło do znacznych opóźnień w realizacji prac, zawinionych przez pozwanych. Prace prowadzono niezgodnie z harmonogramem rzeczowo- finansowym. Na spotkaniu stron w dniu 11 maja 2012r, ustalono, że pozwani wyrównają poziom zaległych prac do dnia 31 maja 2012r. Przedstawiciel powoda uprzedził, pozwanych, że niespełnienie warunków harmonogramu rzeczowo- finansowego będzie skutkowało odstąpieniem przez zamawiającego od umowy. Ponieważ pozwani nadal nie realizowali przedmiotu umowy, powód, w dniu 31 maja 2012 r, odstąpił od niej, na podstawie na podstawie § 11 ust. 2 lit c.

W dniu 1 czerwca 2012r. dokonano komisyjnego obmiaru i oceny wykonanych przez pozwanych robót i ustalono ich wartość na 157 426,33 zł. brutto. Pismem z dnia 22 czerwca 2012r powód wezwał pozwanych do zapłaty kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, wynoszącej 20% wynagrodzenia umownego brutto, to jest kwoty 595 929,66 zł. Nadto poinformował, iż w konsekwencji dokonanego obmiaru robót na poczet kary umownej zalicza wartość należnego pozwanym wynagrodzenia z tytułu wykonanych prac w wysokości 157 426,33 zł. Po dokonaniu tego potrącenia do zapłaty z tytułu kary umownej pozostała kwota 438 503,33 zł. Poza tym zgodnie ze złożoną przez Z. C. gwarancją ubezpieczeniową z dnia 15 lutego 2012r, stanowiącą zabezpieczenie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez zobowiązanego, w dniu 4 lipca 2012r. powód zwrócił się do ubezpieczyciela o wypłatę sumy gwarancyjnej w kwocie 148 982,42 zł i kwota ta została przelana na konto powoda w dniu 24 września 2012r. Po dokonaniu powyższych rozliczeń, pismem z dnia 27 września 2012r. wezwał pozwanych do zapłaty pozostałej kwoty należnej z tytułu kary umownej w wysokości 289 520,91 zł.

**Pozwani A. C. i Z. C.** wnieśli o oddalenie powództwa. Pozwani wskazali, że na dzień odstąpienia przez powoda od umowy wykonali około 45 % robót przewidzianych harmonogramem na ten okres. Zarzucili, że nie istniały podstawy do odstąpienia od umowy, nie stanowił jej § (...) umowy stron, który reguluje jedynie kwestię kar umownych. Pozwani podnieśli, że w umowie strony nie ustaliły żadnych pośrednich terminów realizacji robót, z których dotrzymania mieliby być rozliczeni, w związku z czym wyznaczenie im dodatkowego terminu dla robót, których wykonanie nie zostało określone terminem nie wywołało żadnych skutków, a w szczególności nie dawało powodowi podstawy do odstąpienia od umowy z uwagi na niedotrzymania terminu wykonania umowy, który jeszcze nie nadszedł. Mimo złożenia oświadczenia o odstąpieniu pozwani byli gotowi do wykonania przedmiotu umowy w umówionym terminie. Zdaniem pozwanych Powiat (...) założył odstąpienie od umowy ze skutkiem ex nunc co przesądza o tym, że odstąpienie od umowy nie znajduje również oparcia w art. 635 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c.

Pozwani podnieśli też, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone przez powoda bez wykazania przyczyny określonej w art. 635 k.c., a zatem należy uznać, że oświadczenie to nastąpiło na podstawie art. 644 k.c. w związku z art. 656 k.c.

Ponadto pozwani zauważyli, że na dzień odstąpienia przez powoda od umowy pozostawali w niewielkim tylko opóźnieniu w stosunku do harmonogramu rzeczowo- finansowego. Ich zdaniem harmonogram ten nie stanowi jednak źródła ich zobowiązania wobec powoda. Zgodnie z (...) umowy, powód ma prawo do naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, w przypadku odstąpienia od umowy między innymi z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, a nie z tytułu niedotrzymania na pewnym etapie realizacji umowy terminów i zakresu robót wskazanych w harmonogramie rzeczowo- finansowym. Zdaniem pozwanych, wyciąganie przez powoda wniosków co do niemożności realizacji umowy, na tak wczesnym etapie robót, było całkowicie nieuzasadnione, w szczególności w sytuacji, gdy do umówionego terminu zakończenia prac pozostawały jeszcze cztery miesiące. Sam powód w harmonogramie rzeczowo- finansowym przyjmował, że znaczna intensyfikacja robót miała nastąpić dopiero od czerwca 2012r. Podnieśli, że zdając sobie sprawę z zakresu wykonanych robót i czekających ich prac poczynili znaczne przygotowania celem intensyfikacji robót i nagonienia powstałych niewielkich opóźnień. Dodali, że byli oni przygotowani na to aby od czerwca 2012r. skierować w tym celu na teren przedmiotowej budowy konieczny sprzęt oraz zasoby kadrowe.

**Wyrokiem z dnia 4 lutego 2015 r, sygn. IC 826/13** Sąd Okręgowy w Kielcach oddalił powództwo, zasądził od powoda na rzecz pozwanych solidarnie kwotę 7234 zł, tytułem kosztów procesu, nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa kwotę 5 213, 74 zł, tytułem niepokrytych kosztów sądowych.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy ustalił co następuje.

W wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego, w dniu 1 marca 2012r pomiędzy powodem, zwanym (...) a Konsorcjum: (...) Przedsiębiorstwo (...) i Przedsiębiorstwo (...), została zawarta umowa nr (...) (...) Przedmiotem zamówienia była realizacja zadania pod nazwą „(...)”: nr (...) S. – A. – S. – J. – D. – P. oraz nr (...) D. – K. w zakresie poprawy parametrów bezpieczeństwa ruchu drogowego i pieszego – etap (...)Projekt realizowany był w ramach Narodowego Programu P. (...) Etap(...)(...) Projekt finansowany był w 70% przez Powiat (...) i w 30% przez Skarb Państwa- Wojewodę (...).

W umowie zapisano, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót będących jej przedmiotem zgodnie, między innymi, z harmonogramem rzeczowo – finansowym, który stanowił załącznik do umowy. Termin zakończenia zadania strony ustaliły na 28 września 2012r., a wynagrodzenie wykonawcy na kwotę 2 979 648,31 zł. brutto. Ustalono też, że wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 148 982,42 zł. (5% wynagrodzenia brutto) w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W §(...)strony przewidziały kary umowne, między innymi, w pkt (...) przewidziano, że zamawiający będzie naliczał wykonawcy karę umowną za odstąpienie przez zamawiającego od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca lub odstąpienia przez wykonawcę z przyczyn niezależnych od zamawiającego – 20% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § (...)

Plac budowy został przekazany wykonawcy 15 marca 2012r. Do około połowy kwietnia 2012r. prace przebiegały w sposób prawidłowy. Po tym czasie na placu budowy pozostało około 2-3 pracowników, jedna mała koparka i jeden samochód ciężarowy, było znacznie mniejsze zaangażowanie prac, co zaczęło niepokoić przedstawicieli strony powodowej. W kwietniu sytuacja finansowa lidera konsorcjum – firmy (...) zaczęła być zła.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2012r. Z. C. powiadomił Powiat (...), że obowiązki wynikające z realizacji umowy z dnia 1 marca 2012r. będą wykonane w całości przez konsorcjanta Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w S.. W dniu 25 kwietnia 2012r. pozwani zawarli nową umowę konsorcjum, w której nowym liderem – pełnomocnikiem w celu realizacji przedmiotowego zadania ustanowili Przedsiębiorstwo (...). W dniu 30 kwietnia 2012r. powodowi została przesłana nowa umowa konsorcjum.

Kondycja finansowa firmy (...) była wówczas dobra, wynik za 2011 rok zakończył zyskiem ponad 600 000 zł. Zamierzał on kontynuować zadania wynikające z umowy z powodem, jednakże z uwagi jednak na zmianę umowy konsorcjum potrzebował około jednego miesiąca do tego aby podpisać nowe umowy z pracownikami i operatorami maszyn, podwykonawcami, dostawcami materiałów itp. Prowadził także rozmowy z bankami odnośnie zaciągnięcia kredytu, gdyby potrzebne mu były dodatkowe środki.

W dniu 11 maja 2012r. w siedzibie Starostwa Powiatowego w S. odbyło się spotkanie w sprawie omówienia postępu prac związanych z realizacją przedmiotowej umowy. W imieniu konsorcjum w spotkaniu tym uczestniczył A. C.. Na spotkaniu Starosta (...) wyraził zaniepokojenie związane z zagrożeniem terminowej realizacji umowy, tj. niskim – zdaniem inwestora – poziomem zaangażowania robót na poszczególnych odcinkach. Przedstawiciel Zarządu Dróg Powiatowych poinformował, że postęp robót na dzień 10 maja 2012r. wynosi 3,5%, co jego zdaniem stwarzało realne zagrożenie terminowej realizacji zadania. Zgodnie z harmonogramem, prace te powinny być wykonane na poziomie 20%. Pozwany A. C. poinformował, że nie widzi zagrożenia terminu realizacji inwestycji oraz że do końca maja postęp prac będzie znaczący. W drugiej części spotkania uczestniczył także Z. C., który poinformował, że jego firma (...) nie może być już liderem zadania, on również zapewnił, że nie będzie żadnych przeszkód natury technicznej, finansowej czy kadrowej aby nowy lider mógł realizować roboty.

Podsumowując spotkanie Starosta (...) poinformował, że dalsza współpraca pomiędzy Powiatem i konsorcjum uzależniona będzie od zintensyfikowania prac w stopniu pozwalającym na wyrównanie, w terminie do 31 maja 2012r, zakresu robót faktycznie wykonanych z zakresem robót przedstawionych w harmonogramie rzeczowo- finansowym. W przypadku stwierdzenia braku intensyfikacji prac i zwiększenia stopnia zaangażowania robót oraz niedostosowania zakresu prac wykonanych do zapisów harmonogramu rzeczowo- finansowego, zamawiający zmuszony będzie do rozwiązania umowy z winy wykonawcy.

W dniu 31 maja 2012r. w siedzibie Starostwa Powiatowego w S. odbyło się kolejne spotkanie dotyczące realizacji przedmiotowej inwestycji. W spotkaniu tym uczestniczyli przedstawiciele Powiatu oraz A. C. i kierownik budowy K. G.. Dyrektor (...) Powiatowych L. S. poinformował, że na dzień 31 maja 2012r. na placu budowy nie są prowadzone żadne prace, poziom zaawansowania prac jest bardzo niski, wynosi 4,3% zaangażowania robót na poszczególnych odcinkach realizacji zadania. Natomiast według harmonogramu rzeczowo- finansowego zaangażowanie robót w tym okresie powinno być na poziomie 12,58%. Kierownik budowy przyznał, że faktycznie na tę chwilę nie ma dużego postępu prac na tych odcinkach, stwierdził jednak, że nie widzi zagrożenia co do dotrzymania terminu realizacji zadania. Poinformował, że od 4 czerwca nastąpi intensyfikacja prac ze względu na przesunięcie sprzętu i zasobów kadrowych z innej budowy. A. C. podał, że podpisał umowę na kredyt konsumencki z wytwórcą kruszywa i nie było zagrożenia w dostawie materiałów na budowę.

Na tym samym spotkaniu Starosta Powiatu poinformował, że w związku z rażąco niskim stopniem zaangażowania robót, Powiat odstępuje od zawartej umowy.

Pismem z dnia 31 maja 2012r. Powiat (...) powiadomił A. C., że po przeprowadzeniu kolejnej wizji lokalnej w dniu 31 maja 2012r, stwierdzono, że stopień zaangażowania robót objętych umową z dnia 1 marca 2012r. wynosi według obmiaru inspektora nadzoru 128 687,89 zł., co stanowi 4,32% ogółu zaplanowanych robót. Natomiast według harmonogramu rzeczowo- finansowego zaangażowanie robót w tym okresie powinno wynosić 374 422,32 zł., co stanowi 12,56%. W związku z powyższym Starosta Powiatu wyraził pogląd, że zadanie nie jest realizowane zgodnie z zawartą umową oraz w wyznaczonym terminie, a wykonawca nie wykonał zakresu robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo- finansowym, dlatego zamawiający odstępuje od zawartej umowy. Poinformował też, że stosownie do treści §(...) umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłacenia kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto określonego w § (...) zawartej umowy.

W dniu 1 czerwca 2012r. dokonano inwentaryzacji wykonanych robót na dzień 31 maja 2012r. oraz protokolarnego odbioru zadania. Sporządzono także kosztorys powykonawczy. Wartość wykonanych dotychczas robót oceniono na 157 426,33 zł. brutto. Na taką też kwotę została wystawiona w dniu 8 czerwca 2012r. faktura VAT nr (...). Pismem z dnia 22 czerwca 2012r. Powiat (...) zawiadomił konsorcjum, że w związku z odstąpieniem od zawartej umowy z winy wykonawcy, wzywa pozwanych do zapłaty kary umownej stanowiącej 20% wynagrodzenia umownego brutto, to jest kwoty 595 929,66 zł. Jednocześnie poinformował, że wartość należnego wynagrodzenia dla wykonawcy z faktury VAT nr (...) z dnia 8 czerwca 2012r. na kwotę 157 426,33 zł. brutto wystawionej do protokołu odbioru robót spisanego w dniu 1 czerwca 2012r., a dotyczącego realizacji przedmiotowej inwestycji, zostanie zaliczona na poczet należnej kary umownej, zgodnie z § (...) umowy.

W odpowiedzi na powyższe pismo pełnomocnik A. C. pismem z dnia 5 czerwca 2012r. oświadczył, że pozwany i konsorcjum są gotowi do kontynuowania robót i gwarantują ich zakończenie w umówionym terminie. 28 czerwca 2012r. A. C. zwrócił Powiatowi nadesłaną notę księgową jako bezprzedmiotową.

W dniu 4 lipca 2012r. Powiat (...) wystąpił do (...) (...)Oddział w K.- zgodnie z § (...)gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek z dnia 15 lutego 2012r.- o zapłatę na jego rzecz kwoty 148 982,42 zł. stanowiącej sumę gwarancyjną z tytułu niewykonania umowy przez konsorcjum. Kwota ta została przelana na konto strony powodowej w dniu 24 września 2012r.

Pismem z dnia 27 września 2012r. Starosta (...) wezwał pozwanych do zapłaty kary umownej w wysokości 289 520,91 zł. w terminie 14 dni od otrzymania pisma. Wezwanie ponowiono pismem z dnia 14 lutego 2013r. W dniu 30 kwietnia 2013r. A. C. działając jako pełnomocnik konsorcjum wystąpił do Sądu Okręgowego w Kielcach przeciwko Powiatowi (...) z pozwem o zapłatę kwoty 157 426,33 zł. tytułem wynagrodzenia za wykonane prace.

Harmonogram rzeczowo- finansowy stanowiący załącznik do umowy stron z dnia 1 marca 2012r. przewidywał wykonanie prac oddzielnie dla każdej z dwóch dróg objętych tą umową. Dlatego ocena zaawansowania prac powinna być dokonana przez stronę powodową z uwzględnieniem tego harmonogramu dla każdej drogi oddzielnie, a nie do całej wartości umowy. Na dzień odstąpienia od umowy, tj. na 31 maja 2012r, stan zaawansowania robót wynosił: 1/ droga nr (...) - wykonano 18,09%; 2/ droga nr (...) kanalizacja deszczowa- w stosunku do zakresu planowanego – nie wykonano 55,62%; 3/ droga nr (...) (do dnia 31 maja 2012r. nie planowano żadnych robót)- wykonano wyprzedzająco w stosunku do harmonogramu całości robót 13,95% robót. Opóźnienie przez pozwanych wykonania robót przewidzianych harmonogramem na dzień 31 maja 2012r. wynosiło 57,95% w stosunku do zakresu planowanego i nie uniemożliwiało wykonania przedmiotu umowy w umówionym terminie, to jest do dnia 28 września 2012r. Możliwe było nadrobienie zaległych prac na drodze nr (...) wraz z odwodnieniem i wykonanie przedmiotu umowy w terminie. Wymagało to zaangażowania: -środków finansowych (na kwotę 2 294 489,71 zł. netto); - zaangażowania robocizny, materiałów i sprzętu.

Pozwani dysponowali wystarczającymi środkami finansowymi, materiałowymi, w zakresie sprzętu i kadry pracowniczej celem dokończenia umówionych prac w terminie.

Powyższe ustalenia faktyczne doprowadziły Sąd Okręgowy do wniosku o bezzasadności powództwa.

W rozpoznawanej sprawie spornym było czy odstąpienie przez powoda od umowy łączącej strony wynikało z przyczyn zawinionych przez pozwanych, jako wykonawców inwestycji i czy w związku z tym powód zasadnie domaga się zasądzenia na jego rzecz kary umownej wynikającej z § (...) umowy stron. Powód twierdził konsekwentnie, że przyczyną odstąpienia były znaczne opóźnienia realizacji umowy zawinione przez pozwanych, zarzucając, że pozwani prowadzili prace niezgodnie z harmonogramem rzeczowo- finansowym. Jako podstawę prawną odstąpienia od umowy wskazał §(...) umowy stron. Pozwani konsekwentnie twierdzili, że nie było podstaw do odstąpienia od umowy przez powoda. Takiej podstawy nie może stanowić § (...) umowy. Strony nie ustaliły żadnych pośrednich terminów realizacji robót, z których dotrzymania mieliby być rozliczeni, w związku z czym wyznaczenie pozwany dodatkowego terminu nie wywołało żadnych skutków prawnym i nie dawało powodowi podstawy do odstąpienia od umowy z przyczyn niedotrzymania terminu jej wykonania, który jeszcze nie nadszedł. Konsekwentnie zgłaszali oni gotowość wykonania robót w umówionym terminie.

Zdaniem Sądu Okręgowego w pierwszej kolejności należało rozważyć jaka mogła być i była podstawa prawna odstąpienia przez stronę powodową od przedmiotowej umowy. Pozwani słusznie bowiem zarzucili, że taką podstawą nie mógł być zapis zawarty w § (...) umowy stron, który wskazuje podstawy naliczenia kar umownych. Prawdą jest też, że sama umowa nie regulowała kwestii odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron. Dlatego Sąd Okręgowy rozważył uprawnienia powoda do odstąpienia od umowy na gruncie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego. Przedmiot umowy to roboty budowlane, zastosowanie znajdują więc przepisy art. 647 i nast. k.c. Ponieważ w piśmie z dnia 31 maja 2012r. zawierającym oświadczenie o odstąpieniu, jako jedyną tego podstawę wskazano opóźnienie w realizacji zadania i niski stopień zaangażowania robót objętych umową w porównaniu z harmonogramem rzeczowo- finansowym, należało przyjąć, że podstawą prawną odstąpienia mógł być art. 635 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c.

Sąd przytoczył in extenso oba w/w przepisy. Z art. 635 k.c. wynika, że wypadku gdy opóźnienie przyjmującego zamówienie w rozpoczęciu lub wykończeniu dzieła (zawinione lub niezawinione) przybiera rozmiar kwalifikowany, tj. jest na tyle istotne, że wyklucza prawdopodobieństwo ukończenia dzieła w terminie wynikającym z umowy (albo z art. 455 k.c.), zamawiający może doprowadzić do wygaśnięcia umowy o dzieło ex tunc przez złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy na warunkach określonych w art. 635 k.c. Gdyby jednak okazało się, że przyjmujący zamówienie mógł w normalnym toku czynności dokończyć dzieło w przepisany terminie, oświadczenie o odstąpieniu

od umowy nie wywoła skutku odstąpienia. Zamawiający, który w takiej sytuacji odmawia dalszego współdziałania z przyjmującym zamówienie, popada w zwłokę, z wszelkimi tego konsekwencjami. Ciężar dowodu okoliczności faktycznych z art. 635 k.c., uzasadniających odstąpienie spoczywa na zamawiającym.

Uregulowanie zawarte w art. 635 k.c. ma charakter szczególny w stosunku do ogólnych unormowań dotyczących skutków niewykonania umów wzajemnych (w tym w szczególności wobec art. 491 k.c.), a więc wyłącza stosowanie wskazanych przepisów ogólnych w zakresie odrębnie unormowanym.

W niniejszej sprawie powód twierdził, że pozwani na dzień 31 maja 2012r. opóźniali się z robotami tak dalece, że nie było prawdopodobnym, iż zdołaliby wykonać wszystkie prace w umówionym terminie. Powód winien był te okoliczności udowodnić (art. 6 k.c.). W ocenie Sądu Okręgowego powód nie spełnił tego wymogu. Co prawda przesłuchani na jego wniosek świadkowie, jak też sam Starosta, twierdzili, że ich zdaniem stopień zaangażowania środków i sprzętu na dzień 31 maja 2012r. był bardzo niski, w związku z czym pozwani nie byłiby w stanie wykonać prac w terminie, to jednak dowód z opinii biegłego ds. budownictwa drogowego, E. F., obalił to twierdzenie. Biegły zauważył przede wszystkim, że stanowiący załącznik do umowy stron harmonogram rzeczowo- finansowy przewidywał oddzielną kolejność prac (co do wartości prac i co do terminu realizacji) dla każdej z dwóch dróg – nr (...) i nr (...), dodatkowo oddzielne prace przewidywał dla kanalizacji deszczowej – droga nr (...). Dlatego też Sąd Okręgowy podzielił stanowisko biegłego, iż ocena zaawansowania prac powinna być dokonana przez powoda zgodnie z uwzględnieniem harmonogramu rzeczowo- finansowego dla każdej drogi oddzielnie, a nie co do całej wartości umowy, ponieważ wykonanie niektórych robót miało nastąpić dopiero po dniu 31 maja 2012r. A zatem przy ocenie zaawansowania wykonanych robót według ich wartości powód powinien był wyłączyć te roboty, tj. ich wartość- które w harmonogramie przewidziane były do wykonania po dniu 31 maja 2012r.

Jak wynika z ustaleń faktycznych dokonanych na podstawie opinii biegłego, na dzień odstąpienia od umowy, tj. 31 maja 2012r stan zaawansowania robót wynosił: 1/ droga nr (...) - wykonano 18,09%; 2/ droga nr (...) kanalizacja deszczowa- w stosunku do zakresu planowanego – nie wykonano 55,62%; 3/ droga nr (...) (do dnia 31 maja 2012r. nie planowano żadnych robót)- wykonano wyprzedzająco w stosunku do harmonogramu całości robót 13,95% robót. Z opinii biegłego wynika, że powód, w piśmie zawierającym odstąpienie od umowy, błędnie wyliczył stan zaawansowania robót, ponieważ kwotę netto wykonania według obmiaru inspektora nadzoru inwestorskiego podał w wartość 128 687,89 zł., a procent wykonania obliczył od kwoty brutto. Zdaniem biegłego wyliczenie to powinno być następujące:  $128\ 687,89\ \text{zł.} : 2\ 422\ 478,30\ \text{zł.} = 5,31\%$ . Sąd Okręgowy przyjął za biegłym, że odniesienie wykonania do całości umowy jest błędne, ponieważ powinno być to odniesienie do zakresu na dzień 31 maja 2012r. Według wyliczenia biegłego do wykonania do dnia 31 maja 2012r. była kwota 235 265,62 zł. + 69 142,79 zł. = 304 408,41 zł. netto, co po doliczeniu podatku VAT (1,23) daje kwotę 374 422,20 zł. brutto. Biegły obliczył zatem, że pozwani wykonali 42,05% prac w stosunku do prac planowanych na ten dzień, a zatem do wykonania pozostało jeszcze 57,95% prac. Opóźnienie to nie uniemożliwiało wykonania przedmiotu umowy w umówionym terminie, to jest do dnia 28 września 2012r. Możliwe było nadrobienie zaległych prac na drodze nr (...) wraz z odwodnieniem i wykonaniem przedmiotu umowy w terminie. Prace na drodze (...) miały być rozpoczęte dopiero w czerwcu a do dnia 31 maja 2012r. były już wykonane wyprzedzająco w 13,95%. Pozwany A. C. oświadczył, że dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zadań na drogach nr (...) oraz że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej prawidłowe i terminowe wykonanie zadania. Pozwany oświadczył też, że podpisał umowę na kredyt konsumencki z wytwórcą kruszywa, dlatego nie widział zagrożenia w dostawie materiałów na budowę.

W oparciu o opinię biegłego Sąd Okręgowy uznał, że pozwani mogli nadrobić opóźnienia w wykonaniu prac w terminie uzgodnionym przez strony. Co za tym idzie, odstąpienie przez stronę powodową od umowy z powodu opóźnienia prac było nieuzasadnione, nie zostały bowiem spełnione przesłanki określone w art. 635 k.c. Nadto wyliczenia powoda co do stopnia zaawansowania prac na dzień 31 maja 2012r. wynikające z protokołu odbioru zadania i protokołu z inwentaryzacji były nieprawidłowe, bowiem, jak wynika z opinii biegłego, pozwani wykonali 42,05% prac w stosunku do prac planowanych na ten dzień. O tym, że pozwani mogli nadrobić te prace oraz wykonać dalsze roboty wynikające z harmonogramu rzeczowo- finansowego świadczy również fakt, że jak zeznał świadek L. Ś., nowy wykonawca wykonał

wszystkie prace w terminie (a na pewno nie wszedł na teren budowy już 31 maja 2012r.), a zatem cztery miesiące były wystarczające do ich nadrobienia.

Powód, w końcowym etapie postępowania przed Sądem I instancji, poddał w wątpliwość okoliczność, czy pozwani, a zwłaszcza nowy lider konsorcjum- (...), rzeczywiście byli w stanie finansowo podolać temu zadaniu i na tę okoliczność wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu księgowości Sąd Okręgowy oddalił ten wniosek, wskazując, że w piśmie z dnia 31 maja 2012r., zawierającym odstąpienie od umowy, powód w ogóle nie wskazywał jako przyczyny swojej decyzji sytuacji finansowej konsorcjum; nie to było przyczyną odstąpienia od umowy. Nadto pozwany A. C. przedstawił dokumenty w postaci sumarycznego zestawienia księgi podatkowej, bilansu firmy i faktur VAT, z których wynika dobra kondycja finansowa jego firmy, a których strona powodowa nie kwestionowała. A zatem nie było żadnych racjonalnych podstaw do stwierdzenia, iż oświadczenie A. C., że dysponował odpowiednimi środkami finansowymi, materiałowymi, w zakresie sprzętu i kadry roboczej do dokończenia przedmiotowych robót w umownym terminie- było nieprawdziwe.

Ostatecznie więc Sąd Okręgowy uznał, że pozwani nie opóźniali się z wykonaniem na rzecz powoda robót drogowych tak dalece, że nie było prawdopodobnym, żeby zdołali je ukończyć w czasie umówionym, wprost przeciwnie mogli je ukończyć w tym czasie. Dlatego twierdzenia strony powodowej, iż przyczyny odstąpienia od umowy były zawinione przez pozwanych są niezasadne. W takiej sytuacji należy się zgodzić w pozwany, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone przez powoda bez wykazania przyczyny określonej w art. 635 k.c.; należy więc uznać, że oświadczenie to nastąpiło na podstawie art. 644 k.c. w związku z art. 656 k.c. W takiej jednak sytuacji pozwani nie są zobowiązani do zapłaty kary umownej przewidzianej w §(...) umowy stron.

Reasumując powyższe- Sąd uznał, że żądanie powoda jest nieuzasadnione i powództwo oddalił. Orzeczenie o kosztach procesu Sąd oprzął na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Wyrok Sadu Okręgowego **zaskarżył w całości apelacją powód**, zarzucając:

1/ naruszenie art. 65 § 1i2 k.c. w zw. z art. 395§ 1 k.c. przez dokonanie jego błędnej wykładni z pominięciem literalnego brzmienia oświadczenia o odstąpieniu od łączącej strony umowy, w sytuacji, gdy w piśmie zawierającym takie oświadczenie powód stwierdził, że przyczyną odstąpienia jest to, że zadanie nie jest realizowane zgodnie z zawartą umową i wykonawca nie wykonał zakresu robót zgodnego z harmonogramem rzeczowo-finansowym, a nie – jak błędnie przyjął Sąd I instancji – opóźnienie się z wykonaniem tak dalece, że nie jest prawdopodobne zakończenie robót w umówionym terminie;

2/ naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego polegający na bezzasadnym pominięciu zeznań każdej ze stron, po przypisaniu im pełnej wiarygodności, w których to strony zgodnie przyznały, że w trakcie wykonywania umowy pozwani nie przestrzegali wiążącego ich harmonogramu, a zatem nie przestrzegali postanowień łączącej ich umowy, a także brak jakiegokolwiek odniesienia się przez Sad w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do tych okoliczności;

3/ naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i nieuwzględnienie w ustalonym stanie faktycznym tego, że obaj pozwani, przesłuchani w charakterze stron, potwierdzili, że umowa była wykonywana sprzecznie z jej postanowieniami, a przyczyną tego faktu było niewykonywanie umowy przez przedsiębiorstwo (...) z uwagi na trudną sytuację finansową jak również wewnętrzna reorganizacja przedsiębiorstwa (...), w sytuacji, gdy Sad uznał zeznania pozwanych za wiarygodne w całości;

4/ błąd w ustaleniach faktycznych polegający na nieuwzględnieniu w ustalonym stanie faktycznym faktu wykonywania umowy niezgodnie z jej postanowieniami (w tym z harmonogramem rzeczowo-finansowym) w sytuacji, gdy pozwani przyznali tę okoliczność (art. 229 k.p.c.) i powinna ona stanowić podstawę ustaleń faktycznych w niniejszej sprawie, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego niezastosowania prawa materialnego – art. 636 k.c., w zw. z art. 656 k.c. – w sytuacji gdy przeprowadzone dowody potwierdziły, że pozwani wykonywali umowę sprzecznie z jej treścią, a powód wezwał pozwanych do prawidłowego wykonywania umowy, wyznaczając odpowiedni termin, w związku z czym miał

prawo od umowy odstąpić, z równoczesnym żądaniem zapłaty kary umownej, z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, zgodnie z §(...)łączącej strony umowy.

Podnosząc powyższe zarzuty powód domagał się zmiany zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie uchylenia tego wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania – w obu przypadkach z zasądzeniem na ich rzecz od pozwanych kosztów postępowania apelacyjnego.

### **SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE.**

Apelacja jest bezzasadna.

Jakkolwiek zarzuty apelacji wskazują na naruszenie przez Sąd Okręgowy przepisów prawa procesowego, w tym art., 233 § 1 k.p.c., to spór stron ma w rzeczywistości charakter materialnoprawny.

Ustalenia faktyczne Sądu I instancji są prawidłowe – Sąd Apelacyjny uznaje je za własne. Ustalenia te obejmują okoliczności faktyczne między stronami bezsporne(z jednym wyjątkiem), znajdujące odzwierciedlenie nie tylko w zeznaniach świadków i stron, ale – przede wszystkim – w treści przedłożonych do akt sprawy dokumentów. W oparciu o ten materiał Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, fakt zawarcia i treść umowy o roboty budowlane, której integralną część stanowił tzw. harmonogram rzeczowo finansowy. Umowa określała termin zakończenia wszystkich zakontraktowanych robót, harmonogram zaś określał ramy czasowe wykonania poszczególnych etapów zadania. Jest też poza sporem, że umowa nie określała konsekwencji niedotrzymania ostatecznego terminu jej wykonania, czy też niewykonania w terminie poszczególnych etapów prac. Bezsporny był również sam przebieg wykonywania robót, z naruszeniem przez pozwanych terminów określonych w harmonogramie rzeczowo finansowym, jak też przebieg spotkań z dnia 11 maja 2012 r i 31 maja 2012 r i wreszcie fakt odstąpienia od umowy przez powoda – wszystkie te okoliczności wynikały z dokumentów i nie były przez strony kwestionowane.

Sporne – na etapie apelacji – jest to, jaka była przyczyna odstąpienia przez powoda od umowy. Sąd Okręgowy przyjął, powód odstąpił od umowy w związku z tym, że pozwani dopuścili się opóźnień w realizacji robót. Ponieważ umowa nie regulowała zasad odstąpienia, jego skuteczność Sąd Okręgowy badał na gruncie przepisu art. 635 k.c., w zw. z art. 656 § 1 k.c. Przepis ten daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem, bądź wykonaniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, by zdołał go ukończyć w czasie umówionym. Zamawiający ma wówczas szczególne w stosunku do zasady z art. 491 § 1 k.c. – uprawnienia, gdyż nawet bez popadnięcia kontrahenta w zwłokę i bez konieczności wyznaczenia mu dodatkowego terminu do rozpoczęcia lub kontynuowania i ukończenia dzieła, może od umowy odstąpić.

Powód w apelacji wywodzi, że przyczyną odstąpienia przez niego w dniu 31 maja 2012 r od umowy z pozwanymi nie było opóźnienie w wykonaniu umowy lecz wykonywanie prac niezgodnie z umową, w szczególności z jej harmonogramem rzeczowo – finansowym. Konsekwencją tego, zdaniem powoda, jest konieczność dokonania oceny skuteczności jego odstąpienia na gruncie art. 636 § k.c. w zw. z art. 565 § 1 k.c. a nie – jak błędnie przyjął Sąd I instancji – art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Art. 636 § 1 k.c. daje zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy jeżeli przyjmujący zamówienie wykonuje dzieło wadliwie lub sprzecznie z umową i mimo wezwania i wyznaczenia mu dodatkowego terminu, nie zmienia sposobu wykonania. W ocenie Sądu Apelacyjnego wykonywanie dzieła „w sposób sprzeczny z umową” to wykonywanie jej w sposób, który zagraża określonemu w umowie rezultatowi, bądź też, jeśli rezultat nie jest zagrożony, w sposób który narusza umowę, ale inaczej, niż przez dopuszczenie się opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu, gdyż taką sytuację normuje wyczerpująco przepis art. 635 k.p.c. Przykładem sytuacji „wykonywania dzieła w sposób sprzeczny z umową” jest wykonywanie prac przez osoby trzecie, wbrew zapisanemu w umowie osobistego wykonania dzieła przez przyjmującego zamówienie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy prawidłowo zastosował w niniejszej sprawie przepis art. 635 k.p.c. Sama treść pozwu Powiatu (...) jednoznacznie identyfikowała przyczynę odstąpienia powoda od umowy, jako opóźnienia w realizacji robót. Powód wskazywał, że celem spotkania stron w dniu 11 maja 2012 r było ustalenie czy nadal jest możliwa terminowa realizacja zadania inwestycyjnego. Wspominał też o niespełnieniu wymagań harmonogramu



rzeczowo finansowego ale wyłącznie w kontekście terminowości wykonania prac. Powód w pozwie jednoznacznie wywodził, że pozwani wbrew swoim zapewnieniom nie dawali realnych gwarancji prawidłowego wykonania umowy – tj. w umówionym terminie. Ponieważ, mimo zapewnień pozwani nie zniwelowali opóźnień, powód odstąpił od umowy. Z treścią pozwu koreluje treść pisma z dnia 31 maja 2012 r, którym powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Jako przyczynę odstąpienia wskazano „.....nierealizowanie zadania zgodnie z umową oraz w wyznaczonym terminie a wykonawca nie wykonał zakresu robót, zgodnego z harmonogramem rzeczowo finansowym”. Treść tego pisma musi być interpretowana łącznie z protokołem spotkania stron, które odbyło się w tym samym dniu, bezpośrednio przed złożeniem na piśmie oświadczenia o odstąpieniu. Treść tego dokumentu (k. 35-36), zaświadcza jednoznacznie, że problemem, który wystąpił przy realizacji umowy z dnia 1 marca 2012 r, było nieprzyjęcie przez powoda deklaracji pozwanych, iż mimo opóźnień w realizacji poszczególnych etapów robót – w relacji do terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo finansowym – terminowość realizacji całej umowy nie jest zagrożona. Wykonywanie prac „niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym”, co powód określa jako wykonywanie ich niezgodnie z umową, to w realiach niniejszej sprawy wykonywanie z opóźnieniem. Żadnego innego naruszenia umowy przez pozwanych, zwłaszcza jak chodzi o sposób wykonania dzieła (art. 636 § 1 k.c.), powód nie wskazał ani w toku postępowania przed Sądem I instancji ani w apelacji.

Dlatego też zastosowanie przez Sąd Okręgowy art. 635 k.c., do oceny skuteczności oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy z pozwanymi, było prawidłowe. Należało zatem zbadać, czy zostały spełnione przesłanki odstąpienia wskazane w tym przepisie. Sąd Okręgowy dopuścił w tym celu dowód z opinii biegłego ds. budownictwa drogowego i na jego podstawie ustalił, zakres i wymiar opóźnień w poszczególnych etapach robót, który jest inny, niż wskazywany przez powoda w pozwie. Okoliczność ta nie jest jednak istotna, gdyż pomiędzy stronami nie było sporu co do tego, że istniało opóźnienie pozwanych w wykonaniu umowy. Istotne jest to, że Sąd Okręgowy, w oparciu o opinię biegłego E. F., ustalił, że mimo opóźnień w realizacji poszczególnych etapów prac, wykonanie całej umowy w terminie było organizacyjnie możliwe. W postępowaniu przed Sądem I instancji powodowi nie udało się skutecznie zakwestionować prawidłowości powyższych ustaleń. Wszelkie wątpliwości zostały wyjaśnione przez biegłego E. F. w opinii uzupełniającej, zawierającej odpowiedź na zarzuty powoda. Prawidłowość opinii biegłego F. nie jest też kwestionowana w apelacji, co jest zrozumiałe w sytuacji, gdy jak wynika z niekwestionowanych ustaleń Sądu, kolejny wykonawca, który mógł rozpocząć prace dopiero po wyczerpaniu procedury przetargowej, dokończył dzieło w terminie przewidzianym w umowie Powiatu z pozwanymi.

W końcowej fazie procesu powód podniósł, że brak możliwości terminowego wykonania umowy przez pozwanych, wynika ze złej kondycji finansowej konsorcjanta A. C.. Wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. księgowości, finansów i ekonomii na okoliczność sytuacji finansowej firm prowadzonych przez pozwanych w okresie od 15 marca 2012 r do 31 marca 2012 r oraz oceny sytuacji finansowej pozwanego A. C. z punktu widzenia wykonania umowy w terminie. Sąd Okręgowy oddalił ten wniosek uznając, że rozmiya się on z podstawą faktyczną powództwa, gdzie zła sytuacja finansowa pozwanych w ogóle nie była podnoszona. Sąd ten uznał ponadto, że pozwany A. C., przedkładając dokumenty finansowe, w sposób dostateczny wykazał, że posiada środki wystarczające do dokończenia prac w terminie określonym umową. Wniosek ten można zaaprobować. Dokumenty finansowe pozwanego stanowią dostateczny dowód co najmniej na to, że pozwany mógł uzyskać kredyt i sponżytkować go na dokończenie robót.

W apelacji brak jest zresztą zarzutów dotyczących tego zagadnienia, w szczególności brak wskazania jakie przepisy prawa procesowego naruszył Sąd I instancji oddalając wniosek dowody powoda. Zawarte w uzasadnieniu apelacji zastrzeżenia powoda w tym przedmiocie są ogólnikowe, powód nie składa też wniosku o dopuszczenie dowodu przez Sąd Apelacyjny; z kolei w postępowaniu przed Sądem Okręgowym nie złożył zastrzeżenia z art. 162 k.p.c. Wszystko to prowadzi do wniosku, że powodowi nie udało się w sposób skuteczny zakwestionować ustalenia przez Sąd I instancji, że pozwani mieli możliwość terminowego dokończenia robót, gdyż nie było po temu przeszkód, ani organizacyjnych ani finansowych.

Mając powyższe na względzie należało w całości zaaprobować zarówno ustalenia faktyczne jak i rozważania prawne Sądu I instancji, zaś apelację powoda oddalić, jako bezzasadną. Podstawę rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w tym

przedmiocie stanowi przepis art. 385 k.p.c., zaś co do kosztów postępowania apelacyjnego – art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.

SSA Hanna Nowicka de Poraj SSA Andrzej Struzik SSA Józef Wąsik