

Sygn. akt **I AGa 222/20**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 kwietnia 2021 r.

Sąd Apelacyjny w (...) I Wydział Cywilny i Własności Intelektualnej

w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Marek Górecki

Sędziowie: Mikołaj Tomaszewski

Bogdan Wysocki

Protokolant: sekr. sąd. Ewelina Frąckowiak

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2021 r. w (...)

na rozprawie

sprawy z powództwa **(...) Spółki Akcyjnej w P.**

przeciwko **(...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w K.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w (...)

z dnia 27 marca 2020 r. sygn. akt IX GC 829/17

I. oddała obie apelacje;

II. koszty postępowania apelacyjnego rozdziela stosunkowo między stronami i na tej podstawie zasądza od pozwanej na rzecz powódki 4.739,80 zł

Mikołaj Tomaszewski Marek Górecki Bogdan Wysocki

I AGa 222/20

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w P. wniósł o zasądzenie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w G. kwoty 1.640.705,78 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 4 lipca 2017 r, do dnia zapłaty, a także kosztami procesu.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 27 marca 2020 r. Sąd Okręgowy w (...)zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.313.374,81 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia

4 lipca 2017 r. do dnia zapłaty i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Podstawą tego orzeczenia są następujące ustalenia faktyczne:

W związku z zamiarem rozpoczęcia inwestycji budowlanej pozwany prowadził z powodem od marca do maja 2016 r. negocjacje w celu zawarcia umowy o roboty budowlane. Dotyczyły one między innymi zapisów w zakresie naliczania kar umownych, w tym kar za opóźnienie w wykonaniu kamieni milowych, jak również wzoru na wyliczenie kary umownej. W trakcie negocjacji powód i jego przedstawiciele zwracali pozwanemu uwagę, że charakter obiektu, który miał być przedmiotem umowy, tj. hala przeładunkowa będzie wymagał uzyskania decyzji środowiskowej. Pozwany i jego przedstawiciele uważali jednak, że taka decyzja nie będzie konieczna, nakazując przyjęcie takiego założenia.

W dniu 31 maja 2016 r. strony zawarły umowę o generalne wykonawstwo (dalej: „umowa”), w której w § 2 ust. 1 pozwany jako zamawiający zlecił powodowi jako wykonawcy do wykonania zadanie kompleksowego zaprojektowania i wybudowania hali przeładunkowej, części biurowo-socjalnej, serwisu samochodowego oraz zbiorników i urządzeń budowlanych w miejscowości G. polegające na:

- a) wykonaniu projektu budowlanego z instalacjami oraz wykonawczego i innych opracowań, tj. kompleksowej dokumentacji projektowej dla inwestycji,
- b) uzyskaniu wszelkich koniecznych do realizacji inwestycji dokumentów, w tym uzgodnień i pozwoleń, ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę dla inwestycji, za wyjątkiem decyzji środowiskowej, która według najlepszej wiedzy stron nie jest wymagana. W razie konieczności uzyskania decyzji środowiskowej, wykonawca zobowiązał się do jej uzyskania na podstawie odrębnego zlecenia zamawiającego i po pisemnym ustaleniu jego warunków oraz ustaleniu nowego harmonogramu oraz terminów opisanych w § 3 ust. 2,
- c) wykonaniu obowiązków kompleksowego nadzoru autorskiego,
- d) wykonaniu kompletnych robót budowlanych, w tym wykonaniu kompleksowej dokumentacji powykonawczej,
- e) uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla inwestycji.

W § 2 pkt 6 umowy wskazano, że roboty budowlane składające się na przedmiot umowy realizowane będą w systemie generalnego wykonawstwa - zaprojektuj i wybuduj.

W § 3 ust. 1 umowy strony ustaliły termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy i uzyskania decyzji o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie do 31 stycznia 2017 r. W § 3 ust. 2 strony ustaliły następujące terminy częściowej realizacji umowy, tzw. kamienie milowe:

- 8 czerwca 2016 r. – przekazanie pozwanemu kompletnego projektu budowlanego, złożenie kompletnego wniosku o pozwolenie na budowę do odpowiedniego organu;
- 19 września 2016 r. – wykonanie i montaż konstrukcji prefabrykowanej żelbetowej hal (słupy, belki, dźwigary), bez biurowca;
- 14 października 2016 r. – szczelność dachu hall dystrybucyjnej i hali serwisowej;
- 4 listopada 2016 r. – wykonanie posadzki przemysłowej hali dystrybucyjnej i serwisowej, jednakże bez płyt w hali serwisowej;

- 29 listopada 2016 r. – stan surowy zamknięty biurowca;
- 15 grudnia 2016 r. – zamontowanie zbiornika przeciwpożarowego.

W § 3 ust. 3 stwierdzono, że terminy powyższe oraz wskazane w harmonogramie stanowiącym załącznik nr 2 do umowy pozostają wiążące dla strony o ile organy administracji publicznej nie wskażą, że dla celów zrealizowania Inwestycji niezbędne jest wydanie Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia.

W § 3 ust. 6 wskazano, że wykonawca ma prawo do złożenia pisemnego wniosku o przedłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy, przy czym zmiana taka może nastąpić w formie pisemnego aneksu do umowy pod rygorem nieważności

W § 4 ust. 1 określono wynagrodzenie na kwotę 21.156.000 zł, składające się z kwoty 17.200.000 zł (wartość netto) i kwoty 3.956,000 zł (podatek VAT).

W § 6 ust. 1 umowy strony przewidziały, że wykonawca może posługiwać się przy realizacji umowy podwykonawcami wymienionymi w załączniku nr (...) do umowy. Wskazano również procedurę zgłaszania innych podwykonawców, nie przewidziano natomiast wykonywania umowy przez dalszych podwykonawców. Wszelkie odstępstwa od tej zasady wymagały pisemnej zgody zamawiającego i zachowania określonego trybu.

W § 13 ust. 1 wskazano, że powód w terminie 21 dni od dnia zawarcia umowy przekaże pozwanemu oryginał nieodwołalnej, bezwarunkowej i płatnej na pierwsze żądanie gwarancji należytego wykonania umowy wystawionej przez bank zgodnie z zaakceptowanym przez pozwanego wzorem, stanowiącym załącznik nr 5 do umowy, wystawionej na kwotę równą 10 % wartości przedmiotu umowy netto. Gwarancja ta miała pozostać ważna przez cały okres realizacji przedmiotu umowy (do dnia dokonania odbioru końcowego + 14 dni) i umożliwiać wielokrotną wypłatę środków na rzecz zamawiającego. W § 13 ust. 3 umowy wskazano, że w przypadku gdyby gwarancja bankowa miała wygasnąć przed zakończeniem okresów, o których mowa w ust. 1 i 2, wykonawca najpóźniej na 14 dni przed okresem jej wygaśnięcia przedłoży gwarancję na dalszy okres, tak, aby zapewnić ciągłość zabezpieczenia.

Zgodnie z § 14 ust. 1 odbiór końcowy robót budowlanych miał zostać przeprowadzony po ich kompletnym wykonaniu. W ust. 2 wskazano, że powód jako wykonawca składa pisemny wniosek o odbiór końcowy robót. Zgodnie z ust. 3 po otrzymaniu wniosku zamawiający w terminie 7 dni miał przystąpić wspólnie z wykonawcą do robót odbiorowych. Według ust. 4 pozwany miał dokonać odbioru końcowego robót i przygotować protokół odbioru końcowego robót zawierający ewentualne uwagi w terminie 7 dni.

Podpisanie protokołu miało nastąpić niezwłocznie po wydaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

W § 15 ust. 1 umowy strony uregulowały kwestię kar umownych. Powód jako wykonawca miał zapłacić pozwanemu karę umowną:

- w przypadku opóźnienia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wykonywaniu przez niego poszczególnych części przedmiotu umowy w stosunku do terminów określonych w § 3 ust. 2 (kamienie milowe) - w wysokości 0,04% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia (pkt a),
- w przypadku opóźnienia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy w terminie końcowym określonym w § 3 ust. 1 - w wysokości 0,08% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia (pkt b),

- w przypadku zawarcia z podwykonawcą przez wykonawcę umowy o podwykonawstwo bez uprzedniego uzyskania zgody zamawiającego na jej zawarcie zgodnie z postanowieniami § 6 umowy - w wysokości 10.000 złotych za każde naruszenie; w przypadku pierwszego naruszenia nałożenie kary wymaga uprzedniego pisemnego pod rygorem nieważności wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków i bezskutecznego upłynięcia terminu (nie krótszego niż 5 dni), w pozostałych przypadkach nałożenie kary nie wymaga dodatkowego wezwania (pkt d),
- w przypadku nieprzedłożenia (lub nieprzedłożenia w terminie wskazanym w umowie) poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii podpisanej umowy o podwykonawstwo w wysokości 1.000 zł za każdy taki przypadek (pkt e),
- w przypadku faktycznego wykonywania przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jakichkolwiek robót w ramach realizacji inwestycji bez zgody zamawiającego, wyrażonej zgodnie z postanowieniami § 6 umowy - w wysokości 1.000 złotych za każdy dzień wykonywania robót przez takiego podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę (pkt f),
- w przypadku nieprzedłożenia lub nieprzedłużenia okresu obowiązywania zabezpieczenia zgodnie z § 13 umowy - w kwocie 5.000 zł za każdy dzień opóźnienia (pkt i).

W § 15 ust. 2 umowy wskazano, że kary umowne liczone są od wartości netto wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1. Według ust. 3 łączna wartość kar umownych nałożonych na wykonawcę nie może przekroczyć 12% wartości wynagrodzenia wykonawcy netto. W ustępie 4 wskazano, że kary umowne podlegają sumowaniu, z tym że w przypadku podstaw do jednoczesnego naliczenia kar za przekroczenie terminu końcowego (ust. 1 b) oraz za przekroczenie terminów częściowych (ust. 1 a), podlegająca sumowaniu kara dla terminu pośredniego (...) obliczona jest według wzoru: (...), gdzie: (...) to opóźnienie w terminie częściowym (w dniach), (...)to opóźnienie w terminie całkowitym (w dniach), a (...) to stawka kary umownej za dzień opóźnienia.

Wzór ten miał być stosowany o ile (...) jest wyższe lub równe niż (...). Jeżeli (...) jest niższe niż (...) sumowaniu podlega kara umowna za przekroczenie terminów częściowych oraz kara umowna za przekroczenie terminu końcowego.

W ust. 6 zastrzeżono, że rozwiązanie, wygaśnięcie lub odstąpienie od umowy nie wyłącza możliwości naliczenia kar umownych za zdarzenia przed ustaniem umowy.

W dniu 8 czerwca 2016 r. powód uzyskał od banku (...) S.A. w W. w formie pisemnej gwarancję dobrego wykonania nr (...), w której tenże bank zobowiązał się na rzecz pozwanego nieodwołalnie i bezwarunkowo, niezależnie od ważności i skutków prawnych umowy z dnia 31 maja 2016 r. o generalne wykonawstwo do zapłaty pozwanemu kwoty w maksymalnej wysokości 1.720.000 zł. Płatność miała być dokonana w ciągu 7 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania stwierdzającego, że zleceniodawca nie wywiązał się ze swoich zobowiązań wynikających umowy i nie uregulował roszczeń pozwanego wynikających z nienależytego wykonania warunków umowy. W gwarancji wskazano, że jest ona ważna do dnia 28 lutego 2017 r. Dokument gwarancji powód doręczył pozwanemu w dniu 14 czerwca 2016 r.

Pismem z dnia 1 lipca 2016 r. skierowanym do powoda, pozwany wskazał, że powód nie przedłożył gwarancji należytego wykonania, informując, że przekazany dokument został podpisany przez dwie osoby, z których żadna nie figuruje w Krajowym Rejestrze Sądowym jako uprawniona do działania w imieniu banku i nie dołączono pełnomocnictw, co sprawia, że złożony dokument jest nieważny i nieskuteczny.

W odpowiedzi powód - po 7 dniach - przesłał pozwanemu dokumenty pełnomocnictw poświadczonych przez radcę prawnego. Pismem z dnia 9 sierpnia 2016 r. pozwany poinformował powoda, że w dalszym ciągu nie dostarczono

prawidłowej gwarancji, gdyż pełnomocnictwa zostały poświadczane jedynie przez radcę prawnego. Powód na żądanie pozwanego doręczył pozwanemu dokumenty pełnomocnictw w dniu 26 sierpnia 2016 r.

W piśmie z dnia 1 września 2016 r. pozwany poinformował powoda, że dostarczona przez niego gwarancja jest kompletna.

Po zawarciu umowy powód przystąpił do jej realizacji, rozpoczynając od opracowania stosownej dokumentacji w celu złożenia wniosku o uzyskanie pozwolenia na budowę. Dokumentacja ta została przygotowana na zlecenie powoda przez firmę (...) spółka z o.o.

w P.. Dokumentacja projektowa i inna w celu wydania pozwolenia została wykonana zgodnie z opisem obiektu w umowie, a więc jako hala przeładunkowa - magazynowa.

Projekt budowlany w celu uzyskania pozwolenia na budowę został złożony przez powoda do Starostwa Powiatowego w P. w terminie zastrzeżonym w umowie, tj. w dniu 8

czerwca 2016 r. Również tego dnia powód złożył pozwanemu kompletny projekt w wersji papierowej i elektronicznej.

Postanowieniem z dnia 20 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt

(...) Starosta (...) zobowiązał pozwanego do usunięcia braków poprzez: przedłożenie technologii omawianego obiektu zgodnie ze wskazanymi przepisami

i stosownie do przeznaczenia oraz przyjętych rozwiązań przedłożenia decyzji

o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia, co miało umożliwić sprawdzenie zgodności projektu budowlanego z wymaganiami ochrony środowiska. W decyzji wskazano termin 7 dni na uzupełnienie dokumentacji.

Powód otrzymał powyższą decyzję w dniu

20 czerwca 2016 r.

Po jej otrzymaniu odbyły się konsultacje e-mailowe przedstawicieli stron.

Uczestniczyli oni również w spotkaniach z Starostwem Powiatowym w celu uzyskania wytycznych i wskazówek odnośnie rozwiązania problemu tak, by nie było konieczności uzyskania decyzji środowiskowej. W tym celu w ramach uzgodnień z przedstawicielem pozwanego i zgodnie z przekazaniem przez niego zmienionym opisem technologii obiektu, zmieniono przeznaczenie obiektu z magazynowo - przeładunkowego, który wymagał decyzji środowiskowej na charakter usługowo - szkoleniowy, który jej nie wymagał.

W związku z powyższymi zmianami przedstawiciel (...) sp. z o.o. R. J.

w piśmie z dnia 29 czerwca 2016 r. przekazał do Starostwa Powiatowego w P. zmieniony projekt budowlany. Po uzupełnieniu dokumentacji Starosta (...) decyzją

nr (...) z dnia 4 lipca 2016 r. sygn. akt (...) zatwierdził projekt budowlany i udzielił pozwolenia na budowę.

Po uzyskaniu pozwolenia na budowę powód przystąpił do realizacji inwestycji.

W trakcie wykonywania prac okazało się, że zachodzi konieczność wykonania robót dodatkowych, albowiem pozwany zwiększał zakres prac. W związku z tym strony w dniu 8 września 2016 r. zawarły protokół konieczności nr 001, w którym przewidziały konieczność wykonania wskazanych robót dodatkowych i zamiennych związanych z wykonaniem hali serwisu, w tym m.in. z wykonaniem i przesunięciem stóp fundamentowych, zwiększeniem powierzchni dachu, płyt warstwowych i posadzki oraz konstrukcji stalowej. W protokole wskazano również koszt robót różnicowych na 44.831,55 zł netto plus Vat, a koszt robót dodatkowych miał zostać rozliczony na podstawie aneksu do umowy. Strony wskazały,

że wpływ na termin realizacji umowy protokołu konieczności zostanie przez nie określony.

W toku wykonywania prac strony sporządzały kolejne protokoły konieczności od

nr (...) do 011. Wskazywano w nich wartość prac dodatkowych oraz wpływ na realizację umowy, W dniu 27 października 2017 r. strony sporządziły cztery protokoły konieczności. Protokoły nr (...) nie wskazywały, że prace w nich określone mają wpływ na realizację umowy. Protokół konieczności nr 010 z dnia 27 października 2016 r., który dotyczył prac dodatkowych w zakresie rozbudowy hali serwisu o stację kontroli pojazdów wskazywał,

że prace dodatkowe w nim określone mają wpływ na termin realizacji umowy, ale nie

wskazano w jakim zakresie. W wiadomości e-mail z dnia 19 października 2016 r. prezes zarządu pozwanego wskazał, że określa wartość prac dodatkowych oraz wyraził zgodę na dodatkowy 4-tygodniowy okres na dokończenie prac budowlanych. Następnie w dniu 27 października 2016 r. strony sporządziły protokół konieczności nr 011, w którym uzgodniły zmianę terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy i uzyskania decyzji o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie z dnia 31 stycznia 2017 r. na 28 luty 2017 r. Strony nie uzgodniły przesunięcia terminów wykonania kamieni milowych określonych w umowie.

W korespondencji e-mailowej z dnia 16 grudnia 2016 r. przedstawiciel powoda przesłał pozwanemu projekt aneksu do umowy, przewidujący zwiększenie wynagrodzenia oraz przedłużenie terminu do dnia 28 lutego 2017 r.

Powodowa spółka, działająca przez kierownika budowy F. M., odnotowała w dzienniku budowy, że w dniach 3-5 października 2016 r. występowały warunki atmosferyczne utrudniające prace na dachu budynku. W dniu 19 października 2016 r. odbyła się narada koordynacyjna, podczas której stwierdzono, że szczelność dachu zostanie osiągnięta do dnia 20 października 2016 r., jeśli warunki atmosferyczne na to pozwolą.

W dniu 21 października 2016 r. doprowadzono dach do stanu szczelności. W protokole zaawansowania z dnia 31 października 2016 r. w poz. od (...) do (...) dotyczących dachu procent zaawansowania prac określono na 70 % i 85 %. Kolejny termin milowy w postaci wykonania posadzki przemysłowej hali dystrybucyjnej i serwisowej został przez powoda dotrzymany.

W dniu 25 stycznia 2017 r. na budowie zamontowano zbiornik przeciwpożarowy.

W dniu 31 stycznia 2017 r. zbiornik przeciwpożarowy był ukończony w 80 %. Natomiast powód ukończył montaż zbiornika przeciwpożarowego w dniu 28 lutego 2017 r. Zbiornik nie został jedynie uruchomiony i poddany rozruchowi, albowiem instalacje przyłączeniowe do zbiornika i jego uruchomienie miało nastąpić w terminie późniejszym w ramach wykonania harmonogramu co do pozycji dotyczących instalacji mechanicznych i elektrycznych. Uruchomienie zbiornika i jego podłączenie odbywa się na końcu inwestycji, gdy wykonane są już wszystkie instalacje. W protokole zaawansowania robót z dnia 28 lutego 2016 r. stan zaawansowania wykonania zbiornika określono na 90%, gdyż do momentu odbioru wartość fakturowania nie mogła przekroczyć tej wysokości.

W związku ze zbliżającym się terminem zakończenia umowy, który upływał w dniu 28 lutego 2017 r. strony prowadziły negocjacje w zakresie jego przedłużenia i podpisania aneksu w tym zakresie, Do dnia 28 lutego 2017 r. aneks taki nie został uzgodniony i podpisany przez strony. Powód podjął również działania w celu uzyskania od banku przedłużenia gwarancji bankowej do czasu zakończenia inwestycji. Bank w tym zakresie oczekiwał od powoda przedłożenia dokumentu przedłużającego umowę. Ostatecznie pomimo braku aneksu wydłużającego termin umowy, Bank aneksem nr (...) do gwarancji dobrego wykonania wystawionym w dniu 27 lutego 2017 r., przedłużył termin ważności gwarancji do dnia 30 kwietnia 2017 r.

W wiadomości e-mail z dnia 7 marca 2017 r. pozwany poinformował powoda, że nie otrzymał gwarancji od 1 marca 2017 r., zgodnie z § 13 umowy. Powód w piśmie z 28 lutego 2017 r. poinformował pozwanego, że przesyła oryginał aneksu do gwarancji dobrego wykonania nr (...), a także pełnomocnictwo dla M. B. (2). Zaznaczył, że oryginał pełnomocnictwa dla D. Ź. został przekazany wcześniej. Pismo wraz z załączonymi dokumentami wpłynęło do pozwanego w dniu 10 marca 2017 r.

W korespondencji e-mailowej z dnia 21 marca 2017 r. przedstawiciel powoda przesłał pozwanemu propozycję aneksu uzgodnionego pomiędzy stronami i porozumienia datowanych na dzień 21 marca 2017 r. Porozumienie dotyczyło cofnięcia przez powoda, złożonego w dniu 22 lutego 2017 r. żądania przedłożenia bankowej gwarancji płatności

i innych ustaleń w tym zakresie. Propozycja aneksu dotyczyła natomiast zmiany zakresu przedmiotu umowy, zwiększenia wynagrodzenia oraz zakończenia realizacji przedmiotu umowy do dnia 30 kwietnia 2017 r. Pomimo tego, że strony w ustnych uzgodnieniach doszły do porozumienia w zakresie treści aneksu, to procedura jego podpisania się przedłużała.

W dniu 16 maja 2017 r. przedstawiciel powoda - L. Ż. przekazał pozwanemu aneks nr (...) do umowy z dnia 31 maja 2016 r., porozumienie z dnia 28 marca 2017 r.

i protokół konieczności nr (...). W dniu 25 maja 2017 r. w siedzibie pozwanego pojawili się przedstawiciele powoda - L. Ż. i P. G. w kwestii uzyskania informacji co do podpisania aneksu. Prezes zarządu pozwanego wskazał wówczas, że podpisany aneks zostanie odesłany następnego dnia.

Pismem z dnia 29 maja 2017 r., doręczonym powodowi w dniu 30 maja 2017 r.

pozwany poinformował o podpisaniu aneksu i odesłał jego podpisany egzemplarz. W ten sposób doszło do zawarcia pomiędzy stronami aneksu nr (...) do umowy o (...) z 31 maja 2016 r. Aneks był datowany na dzień 28 marca 2017 r.

Strony w jego § 1 rozszerzyły zakres umowy poprzez powierzenie powodowi robót dodatkowych oraz zamiennych, wskazanych w protokołach konieczności nr (...). W § 2 ust. 1 zmieniły termin wykonania przedmiotu umowy na 27 kwietnia 2017 r. Jednakże do

21 kwietnia 2017 r. powód miał zakończyć wykonywanie robót i umożliwić rozpoczęcie przeprowadzki. W ust. 2 uzgodniono, że zmiana terminu końcowego określona w ust. 1 następuje bez winy stron. W § 3 aneksu zmieniono wartość wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy z kwoty 21.156.000 zł brutto (17.200.000 zł netto), na kwotę 22.333.318,77 zł brutto (18.157.169,74 zł netto). W § 5 powód zobowiązał się w terminie 21 dni przedłożyć aneks do bankowej gwarancji należytego wykonania przedmiotu umowy podwyższający jej wartość z 1.720.000 zł na 1.815.716,97 zł i wydłużyć okres jej obowiązywania do 30 czerwca 2017 r.

W związku z tym, aneksem nr (...) do gwarancji dobrego wykonania jej termin został przedłużony do dnia 15 czerwca 2017 r.

Powód w trakcie wykonywania prac zgłaszał pozwanemu zgodnie z procedurą określoną w umowie podwykonawców, z którymi zawierał umowy o podwykonawstwo w zakresie prac budowlanych i wykończeniowych. Jednym z takich podwykonawców, którego powód zgodnie z procedurą określoną w umowie zgłosił pozwanemu była firma Ł. J. Firma (...) z T.. Firma ta wykonywała prace m.in. w zakresie instalacji wentylacji. Firma ta od grudnia 2016 r. bez wiedzy i zgody powoda zawarła umowę w zakresie podwykonawstwa instalacji wentylacji na budynku biurowym, hali (...), hali przeładunkowej, serwisie samochodowym z firmą (...) sp. j. (...). B. Ż.

w T.. Następnie w związku z problemami finansowymi firmy (...) zawarte zostało w dniu 6 lutego 2017 r. porozumienie pomiędzy powodem, Firmą (...) oraz I. T., na podstawie którego uzgodniono, że powód przejmie zobowiązania na rzecz I. T., a I. T. dalsze prace na inwestycji będzie wykonywać już na rzecz powoda w ramach umowy o podwykonawstwo. Powód odnośnie tego podwykonawcy nie dochował umownej procedury jego zgłoszenia do pozwanego. Przedstawiciel pozwanego obecny na budowie wiedział jednak o wykonywaniu prac przez I. T. na rzecz powoda w ramach podwykonawstwa.

Powód w ramach realizacji inwestycji zawarł również umowę z podwykonawcą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) w (...)

w zakresie prac elektrycznych, sieci technologicznej, kontroli dostępu, monitoringu. Firma ta została pozwanemu zgłoszona jako podwykonawca. Następnie firma (...) bez wiedzy

i zgody powoda zawarła umowę o podwykonawstwo z firmą (...). B. C. wykonywał na budowie prace od listopada 2016 r. Zarówno przedstawiciele powoda, jak i przedstawiciel pozwanego na budowie B. M. (1) nie wiedzieli, że B. C. wykonuje prace w ramach własnej firmy i umowy

o podwykonawstwo. Zarówno na naradach, jak i w dokumentach sporządzanych w toku inwestycji występował on zawsze jako przedstawiciel EL-E., a nie w ramach własnej firmy. Kwestie problemowe na budowie B. C. wyjaśniał i uzgadniał z (...)E.,

a nadto nie przedstawiał się na budowie jaką firmę prowadzi. B. C. w trakcie realizacji prac przysyłał do powoda korespondencję e-mailową dotyczącą wykonanych prac, nie wskazując, że na budowie reprezentuje własną firmę. Jego pracownicy nie posiadali odrębnych oznaczeń wyróżniających firmę.

Do dnia 31 marca 2017 r. powód nie zakończył wykonywania prac budowlanych na inwestycji. Pomimo tego w dniu 31 marca 2017 r. kierownik budowy powoda dokonał

w dzienniku budowy wpisu o zakończeniu prac związanych z budową hali wielofunkcyjnej z częścią biuro-socjalną, halą serwisu oraz zbiornikami technicznymi i urządzeniami technicznymi. Po dniu 31 marca 2017 r. na inwestycji wciąż trwały prace budowlane. Prace wykonywała firma (...) z K. w zakresie robót w branży kanalizacji deszczowej. Nadto prace wykonywała firma (...) sp. j. (...). B. Ż. w T.

w zakresie instalacji wentylacji na obu halach i firma (...) w zakresie instalacji elektrycznej. Z protokołu zaawansowania prac nr 10 z dnia 31 marca 2017 r. wynikało,

że ogólny zakres zaawansowania prac wynosił 90 %, jednakże w przypadku niektórych robót wynosił jedynie 10 % (sufity podwieszane), 50 % (kabiny sanitarne), 70-75 % (instalacje mechaniczne i elektryczne oraz techniczne). Z protokołu z narady koordynacyjnej z dnia 5 kwietnia 2017 r. wynikało, że na ten dzień nie zostały wykonane prace związane z kanalizacją deszczową, zbiorniki do myjni, prace brukarskie. Nie zostały również wykonane wszystkie prace w hali serwisu i biurowcu. W kwietniu 2017 prace wykonywała również firma (...)

M.. Były to roboty ziemne i układ drogowy. Prace zostały zakończone przed 21 kwietnia 2017 r.

Pozwanemu zależało na zakończeniu wykonywania prac w uzgodnionym przez strony ostatecznym terminie, tj. do dnia 27 kwietnia 2017 r., albowiem do końca kwietnia 2017 r. pozwany musiał opuścić swoją dotychczasową siedzibę i przeprowadzić się do obiektu zbudowanego przez powoda.

W piśmie z dnia 10 kwietnia 2017 r. zawierającym stanowisko (...)

Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej w P. wskazano, że nie wnosi on sprzeciwu oraz uwag w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie inwestycji będącej przedmiotem postępowania.

W opinii sanitarnej z dnia 14 kwietnia 2017 r. (...)

Sanitarny w P. stwierdził zgodność wykonania inwestycji z przedstawioną dokumentacją projektową.

W dniu 21 kwietnia 2017 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego dla powiatu (...) dokonał kontroli obowiązkowej zakończenia budowy obiektu budowlanego.

Decyzją z dnia 21 kwietnia 2017 r. Powiatowy (...)

udzielił pozwolenia na użytkowanie hali wielofunkcyjnej z częścią biurowo-socjalną, halą serwisu samochodowego oraz zbiorników technicznych i urządzeń budowlanych.

W piśmie z dnia 21 kwietnia 2017 r. powód poinformował pozwanego o zakończeniu prac określonych w umowie i złożył wniosek o przeprowadzenie odbioru końcowego.

W dniach 20-21 kwietnia 2017 roku pozwany wprowadził się do obiektu biurowego i zaczął użytkować halę przeładunkową. Pozwany wprowadził urządzenia do hali serwisu.

W piśmie z dnia 25 kwietnia 2017 r. pozwany stwierdził, że prace nie zostały jeszcze ukończone, uznając wezwanie do odbioru prac za bezpodstawne.

W piśmie z dnia 27 kwietnia 2017 r. powód stwierdził, że wraz ze swoimi podwykonawcami zakończył wszystkie prace. Jednakże powód przyznał, że na terenie pozwanego wciąż są obecni jego pracownicy i podwykonawcy. Powód tłumaczył to koniecznością usuwania usterek i sprzątnięcia całości obiektu.

W dniu 27 kwietnia 2017 r. nastąpiło przekazanie kluczy do obiektów.

Po dniu 27 kwietnia 2017 r. na obiekcie wciąż toczyły się prace budowlane. Prace były kontynuowane w zakresie robót drogowych, budynku serwisu, w tym również prac brukarskich związanych z dojazdem do hali serwisu (brak ułożenia nawierzchni z kostki pozbrukowej, co uniemożliwiało wjazd do serwisu), niektórych instalacji, w tym kanalizacji deszczowej i wentylacji. Nie była wywieziona ziemia, ani też zbudowane płyty. Po dniu 27 kwietnia 2017 r., w tym również w maju 2017 r. nie zostały wykonane prace w hali serwisu, więc korzystanie z niej nie było możliwe. W kanałach brak było stopni, w ścianach były dziury, nie zostały prawidłowo położone płytki i instalacje w hali serwisu. Przed halą nie została ułożona odpowiednia nawierzchnia. Powodowało to, że ciężarówki powoda musiały być kierowane do zewnętrznych serwisów.

Na początku maja 2017 r. na terenie budowy zalegał także niewywieziony gruz i ziemia (humus). W związku z tym powód nawiązał współpracę z firmą (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w P.. Powód wynajmował od niej maszyny wraz z operatorem. Na zlecenie powoda firma ta zajmowała się wywiezieniem z terenu budowy gruzu i ziemi (humusu) w okresie od dnia 10 do 11 maja 2017 r.

W dniu 18 maja 2017 r. odbyło się uroczyste otwarcie obiektu.

W maju 2017 r. firma (...)pl sp. z o.o. w P. wykonywała prace związane z podłączeniem drzwi elektrycznych. W dniu 19 maja 2017 r. wciąż toczyły się prace związane ze stolarką drzwiową. Powód wezwał B..pl sp. z o.o. w P. do usunięcia usterek.

W dniu 17 maja 2017 r. na budowie montowane były centrale wentylacyjne na dachu obiektu przez firmę (...) sp. j. (...) B. Ź. w T.. K. Ź., działając jako wspólnik I. T. sp. j. (...). B. Ź. w T., w wiadomości e-mail z dnia 24 maja 2017 r. poinformował przedstawiciela pozwanego B. M. (2), że wykonuje prace na terenie inwestycji, a także, że całość robót zostanie zakończona do 28 maja 2017 r.

W dniu 22 maja 2017 r. zostały odebrane prace budowlane wykonane przez J. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa (...) i Melioracji (...).

W dniu 22 maja 2017 r. powód przekazał pozwanemu dokumentację budowlaną.

Pismem z dnia 23 maja 2017 r. pozwany wezwał powoda do zakończenia robót budowlanych. Pismem z tej samej daty powód wezwał pozwanego do dokonania odbioru końcowego, W dniu 23 maja 2017 r. przedstawiciele powoda w osobach T. S., L. Ź. oraz A. K. dokonali jednostronnego odbioru robót budowlanych.

W piśmie z dnia 24 maja 2017 r. pozwany wezwał powoda do uzupełnienia braków w zakresie zgłoszenia podwykonawcy T., wywożącej humus z terenu budowy.

W piśmie z dnia 5 czerwca 2017 r. powód odpowiedział, że firma ta nie wykonywała żadnych robót budowlanych na budowie, a umowa dotyczyła wynajęcia sprzętu budowlanego.

W dniu 24 maja 2017 r. pozwany wystawił noty obciążeniowe, w których obciążył powoda karami umownymi.

W nocie nr 16/2017 obciążył powoda karą umowną w kwocie 330.000 zł za

opóźnienie w przedłożeniu prawidłowej gwarancji bankowej, zgodnie z § 13 umowy. Jako podstawę prawną wskazał § 15 ust. 1 lit. i) umowy. Kara stanowiła iloczyn 66 dni opóźnienia i 5.000 zł.

W nocie (...) obciążono powoda karą umowną w kwocie 200.000 zł za opóźnienie w przedłożeniu przedłużonej prawidłowej gwarancji bankowej, zgodnie z § 13 umowy. Jako podstawę prawną wskazano § 15 ust. 1 lit. i) umowy. Kara umowna stanowiła iloczyn 40 dni opóźnienia i 5,000 zł.

W nocie nr (...) obciążono powoda karą w kwocie 152.523 zł za opóźnienie w przekazaniu kompletnego projektu budowlanego i złożenia kompletnego wniosku o pozwolenie na budowę, zgodnie z § 3 ust. 2 tiret 1 umowy. Jako podstawę prawną wskazano § 15 ust. 1 lit. a umowy. Kara umowna stanowiła iloczyn 21 dni opóźnienia i stawki 0,04% z 18.159.169 zł.

W nocie nr (...) obciążono powoda karą umowną w kwocie 43.582 zł za opóźnienie w zapewnieniu szczelności dachu hali dystrybucyjnej i hali serwisowej, określonego w § 3 ust. 2 tiret 3 umowy, w okresie od 14 października 2016 r. do 20 października 2016 r. Jako podstawę prawną wskazano § 15 ust. 1 lit. a umowy. Kara umowna stanowiła iloczyn 6 dni opóźnienia i stawki 0,04% z 18.159.169.

W nocie nr (...) obciążono powoda karą umowną w kwocie 203.364 zł za opóźnienie w zamontowaniu zbiornika przeciwpożarowego, zgodnie z § 3 ust. 2 tiret 6 umowy. Jako podstawę prawną wskazano § 15 ust. 1 lit. a umowy. Kara umowna stanowiła iloczyn 28 dni opóźnienia i stawki 0,04% z 18.159.169.

W nocie (...) obciążono powoda karą umowną w kwocie 406.756 zł za zawinione opóźnienie w dochowaniu terminu końcowego określonego w § 3 ust. 1 umowy, w okresie od 27 kwietnia 2017 r. do 24 maja 2017 r. Jako podstawę prawną wskazano § 15 ust. 1 lit. b umowy. Kara umowna stanowiła iloczyn 28 dni opóźnienia i stawki 0,08% z 18.159.169 zł.

W nocie nr (...) obciążono powoda karą umowną w kwocie 82.000 zł za niezgłoszenie obecności podwykonawcy (...) B. C. na terenie budowy i wykonywanie przez niego prac. Jako podstawę prawną wskazano § 15 ust. 1 lit. d, e, f umowy.

W nocie nr (...) obciążono powoda karą umowną w kwocie 260.000 zł za niezgłoszenie, obecność i wykonywanie robót przez spółkę (...). Jako podstawę prawną wskazano § 15 ust. 1 pkt d, e oraz f umowy.

Termin płatności tych kar wyznaczono na 29 maja 2017 r.

Noty obciążeniowe wraz z pismami zostały powodowi doręczone w dniu 25 maja 2017 r. W pismach z dnia 1 i 5 czerwca 2017 r. powód nie zgodził się z nałożonymi karami.

W wiadomości e-mail z dnia 25 maja 2017 r. pozwany wezwał powoda do dokonania odbioru w dniu 29 maja 2017 r.

W dniu 25 maja 2017 r. powód podjął bezskuteczną próbę doręczenia pisma o odstąpieniu od umowy w miejscu zamieszkania prezesa zarządu pozwanego.

W dniu 26 maja 2017 roku na obiekcie pozwanego wciąż były prowadzone prace. W budynku stacji obsługi pojazdów w kanałach trwały prace płytkarskie, w związku z tym stacja ta nie była zdatna do użytkowania.

W dniu 29 maja 2017 r. przedstawiciele pozwanego stawili się na obiekcie w celu dokonania jednostronnego odbioru.

Pozwany pismem z dnia 30 maja 2017 r. wyznaczył ostateczny termin odbioru na 31 maja 2017 r. W dniach 31 maja 2017 r. - 10 czerwca 2017 r. dokonał jednostronnego odbioru.

W piśmie z dnia 30 maja 2017 r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu następujących wierzytelności: 189.000 zł z tytułu kary umownej objętej notą obciążeniową nr (...) z dnia 24 maja 2017 r. i 152.523 zł z tytułu kary umownej objętej notą obciążeniową nr (...) z dnia 24 maja 2017 r. z wierzytelnością powoda w kwocie 227.019,22 zł z tytułu pozostałego wynagrodzenia za roboty budowlane z tytułu faktury VAT nr (...). Według pozwanego kwota 189.000 zł została umorzona w całości, natomiast kwota 152.523 zł została umorzona w taki sposób, że do zapłaty pozostała kwota 114.503,78 zł.

W piśmie z dnia 28 czerwca 2017 r. pozwany sprostował, że umorzenie nastąpiło na podstawie faktury (...) z dnia 16 marca 2017 r.

Pismem z dnia 30 maja 2017 r. pozwany złożył do (...) Bank (...) S.A. wniosek o realizację gwarancji bankowej. Bank w piśmie z dnia 1 czerwca 2017 r. o powyższym wniosku zawiadomił powoda. W piśmie z dnia 6 czerwca 2017 r. powód nie zgodził się z roszczeniami pozwanego. W piśmie z dnia 9 czerwca 2017 r. pozwany wezwał bank do natychmiastowej realizacji gwarancji bankowej. W piśmie z dnia 27 czerwca (...). bank wezwał powoda do zapewnienia na dzień 28 czerwca 2017 r. na rachunku bieżącym środków do wypłaty z gwarancji w kwocie 1.640.205,78 zł wraz ze środkami na prowizję w wysokości 500 zł, W piśmie tym bank wskazał, że w przeciwnym przypadku brakująca kwota staje się w dniu wypłaty gwarancji zadłużeniem przeterminowanym. Powód zapewnił środki zgodnie z w/w wezwaniem i w dniu 28 czerwca 2017 r. wypłacono pozwanemu kwotę 1.640.205,78 zł z tytułu realizacji gwarancji.

Kwota wypłacona pozwanemu tytułem gwarancji bankowej obejmowała roszczenia pozwanego z tytułu not obciążeniowych o nr (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) oraz (...) w części, której nie pokrywało oświadczenie o potrąceniu z dnia 30 maja 2017 r.

Pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 1,640.705,78 zł jako zgłoszonej bezprawnie i zrealizowanej przez (...) Bank (...) S.A. w dniu 28 czerwca 2017 r. gwarancji, w terminie do 3 lipca 2017 r.

Na gruncie ustalonych okoliczności Sąd Okręgowy uznał powództwo za częściowo zasadne.

W niniejszej sprawie powód domagał się od pozwanego zwrotu kwoty 1.640.705,78 zł wypłaconej na jego rzecz z gwarancji bankowej - jako rozliczenie bezpodstawnie naliczonych kar umownych.

W przypadku bezzasadnej realizacji przez beneficjanta gwarancji, usprawiedliwione jest żądanie przez dłużnika ze stosunku podstawowego (wykonawcę) zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia na podstawie art. 405 k.c., jeżeli dłużnik był jednocześnie zleceniodawcą gwarancji. Świadczenie gwaranta z umowy gwarancyjnej, mimo że stanowi spełnienie jego samodzielnego zobowiązania wobec gwarantariusza i służy umorzeniu jego własnego długu, jest jednocześnie zarachowywane przez wierzyciela ze stosunku podstawowego na poczet świadczenia dłużnika z tego stosunku prawnego.

Nie ma zatem znaczenia w niniejszej sprawie, że powód na żądanie banku zobowiązany był do zapewnienia środków niezbędnych do wypłaty gwarancji na rachunku bieżącym i że to z jego rachunku bank wypłacił pozwanemu środki w ramach udzielonej gwarancji. To nie powód spełniał bowiem świadczenie na rzecz pozwanego, przelewając na żądanie banku środki na rachunek bieżący. W takim stanie rzeczy

nie znajduje w sprawie zastosowania przepis art. 411 pkt 1 k.c., zwalniający pozwanego z obowiązku zwrotu kwoty bezpodstawnego wzbogacenia.

Istotą sporu było ustalenie, czy pozwany uprawniony był w świetle stosunku podstawowego do żądania od powoda kwoty pobranej z gwarancji bankowej. K.

stało się zatem zbadanie, czy w świetle stosunku podstawowego – czyli umowy stron o generalne wykonawstwo – pozwany był uprawniony do żądania od powoda kwoty w wysokości 1.640.205,78 zł z tytułu naliczonych kar umownych oraz czy odmowa jej zapłaty przez powoda uprawniała pozwanego do skorzystania z gwarancji bankowej.

W pierwszym rzędzie należało ustalić, czy powód wykonał umowę w terminie uzgodnionym w aneksie nr (...), tj. do dnia 27 kwietnia 2017 r. Strony bowiem były zgodne,

że w przypadku gdyby powodowy wykonawca dochował końcowego terminu wykonania prac do dnia 27 kwietnia 2017 r., to zgodnie z mechanizmem kontraktowym określonym w § 15 ust. 4 umowy przekroczenie terminów kamieni milowych nie wiązałoby się z naliczeniem kar umownych. W ocenie Sądu pierwszej instancji powód nie udowodnił zgodnie z regułą z art. 6 k.c., by do dnia 27 kwietnia 2017 r. zakończył prace przewidziane umową i wykonał przedmiot umowy. Wbrew jego twierdzeniom, nie świadczy o tym decyzja Starostwa (...) w P. o pozwoleniu na użytkowanie obiektu wydana w dniu

21 kwietnia 2017 r. Decyzja taka nie dowodzi wykonania prac w zakresie zgodnym z umową i wydania obiektu w stanie zgodnym z umową. Przedmiotem badania organu są jedynie kwestie bezpieczeństwa i te wynikające z przepisów prawa. Wskazuje na to art. 59a Prawa budowlanego, zgodnie z którym organ nadzoru budowlanego przeprowadza kontrolę budowy w celu stwierdzenia prowadzenia jej zgodnie z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę (ust. 1), a kontrola obejmuje ściśle określone zagadnienia (ust. 2).

Dodatkowo, pomimo uzyskania pozwolenia na użytkowanie, obiekt nie nadawał się do użytkowania w sposób określony w umowie, a po dniu 27 kwietnia 2017 r. na budowie toczyły się prace, które w części zaliczyć należy do zasadniczego i istotnego przedmiotu umowy. Prace budowlane były kontynuowane w zakresie robót drogowych, budynku

serwisu, w tym również prac brukarskich związanych z dojazdem do hali serwisu (brak ułożenia nawierzchni), niektórych instalacji, w tym kanalizacji deszczowej i wentylacji. Powyższe prace miały istotny wpływ na możliwość użytkowania hali serwisu pojazdów przez pozwanego, gdyż jak wynika z zeznań świadków, w tym P. D. hala serwisu nie

była zdatna do użytku po dniu 27 kwietnia 2017 r. Jak wynika z dokumentacji zdjęciowej przedłożonej przez pozwanego po tym dniu w hali serwisu toczyły się prace związane z wykonaniem kanałów samochodowych i podłogi w hali serwisu. Co więcej trwały prace

związane z ułożeniem nawierzchni przed halą serwisu, której brak uniemożliwiał bezpieczny wjazd do hali jakiegokolwiek pojazdu, a tym bardziej samochodu ciężarowego. Jak wynika z korespondencji e-mailowej przesłanej przez P. D., brak wykonania tychże prac przez powoda uniemożliwiał korzystanie z hali serwisu w maju 2017 r., co prowadziło z kolei do konieczności korzystania przez niego z serwisów zewnętrznych.

Jak wynika z materiału dowodowego, w dniu 17 maja 2017 r. na budowie montowane były centrale wentylacyjne na dachu obiektu przez firmę (...) sp. j. Z. B. (...)

Ż. w T., a całość robót w zakresie instalacji wentylacji miała zostać zakończona do 28 maja 2017 r. Brak wykonania istotnych części instalacji wentylacyjnej prowadził do tego,

że nie była ona zdatna do użytku. Tym samym niemożliwe było chociażby korzystanie z hali serwisu samochodowego, gdyż instalacja ta niezbędna była do odprowadzania spalin. Zresztą sam fakt, że instalacja wentylacji w dniu 27 kwietnia 2017 r. nie była zamontowana,

a stanowiła istotny element obiektu i przedmiotu umowy, prowadzi do wniosku, że obiekt w

dniu 27 kwietnia 2017 r. nie był w stanie kompletnym, zgodnym z umową, a co za tym idzie nie nadawał się do wydania przez powoda, a następnie do odbioru przez pozwanego.

Dlatego pozwany słusznie odmówił przystąpienia do odbioru końcowego z uwagi na brak zakończenia prac zgodnie z umową. Wniosku tego nie podważa fakt, że w dniach 20-21 kwietnia 2017 roku pozwany wprowadził się do obiektu biurowego i zaczął go częściowo użytkować w takim zakresie, w jakim było to możliwe oraz że pozwany zaczął użytkować halę przeładunkową. Wynikało to z konieczności opuszczenia przez pozwanego poprzedniej siedziby pozwanej spółki. Również fakt, że w dniu 18 maja 2017 r. odbyło się uroczyste otwarcie obiektu nie dowodzi, że powód wykonał przedmiot umowy do dnia 27 kwietnia 2017 r.

Zatem po stronie pozwanego powstało na podstawie art. 483 k.c. uprawnienie do naliczenia kary umownej zgodnie z § 15 ust. 1 pkt b) w wysokości 0,08% wynagrodzenia netto wynikającego z § 4 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia. Ostateczne wynagrodzenie ustalono w § 3 aneksu z 28 marca 2017 r. na kwotę 18.157.169,74 zł netto i takie winno zostać przyjęte do naliczenia kary umownej. Trafnie pozwany wyliczył karę przyjmując 28 dni opóźnienia, tj. do dnia 25 maja 2017 r.

Odnośnie wysokości zarachowanej z tego tytułu kary (406.720,72 zł) za zasadny Sąd uznał zarzut jej miarkowania podniesiony przez powoda. Przesłankami miarkowania kary umownej zgodnie z art. 484 § 2 k.c. są: wykonanie w znacznej części zobowiązania, z którym powiązana jest kara umowna oraz rażąco wygórowana wysokość kary.

Przede wszystkim, choć z opóźnieniem, to jednak powód wykonał swoje zobowiązanie w całości i z tej już tylko przyczyny mógł się domagać obniżenia kary. Poza tym opóźnienie powodowej spółki w wykonaniu obiektu było nieznaczne, wynosiło bowiem jedynie 28 dni. Dodatkowo pozwany w ogóle nie powoływał się na wystąpienie u niego konkretnej szkody z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy. Kara umowna jest tymczasem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Zdaniem Sądu karą rekompensującą nieterminowe wykonanie umowy jest kwota 203.360,36 zł (połowa sumy naliczonej). Kara umowna w takiej wysokości będzie miała odpowiedni dla pozwanego walor ekonomiczny i nie będzie prowadziła do oczywistego wzbogacenia się wierzyciela w sytuacji wykonania przez dłużnika zobowiązania w całości.

Z uwagi na niedochowanie przez powoda umownego terminu zakończenia robót po stronie pozwanego aktualizowało się uprawnienie do naliczenia kar umownych za przekroczenie terminów częściowych, tj. kamieni milowych.

Za bezzasadną Sąd Okręgowy uznał karę umowną wynikającą z noty obciążeniowej nr (...) za opóźnienie w przedłożeniu prawidłowej gwarancji bankowej, zgodnie z § 13 umowy, naliczoną na podstawie § 15 ust. 1 lit. i umowy. Nie budziło sporu, iż sam dokument gwarancji bankowej dobrego wykonania nr (...) został przedłożony przez powoda w terminie umownym. Strona pozwana naliczyła karę umowną wyłącznie z powodu niezłączenia do dokumentu gwarancji pełnomocnictw dla przedstawicieli banku, którzy go podpisali. Jednak umowa łącząca strony nie zawierała zapisów dotyczących konieczności przedłożenia przez powoda pełnomocnictw od przedstawicieli banku wystawiającego gwarancję. Takie wymogi, jak wynika z zeznań świadków, nie były również stawiane w toku negocjacji umowy. Co więcej załącznika w postaci pełnomocnictw nie przewidywał także wzór gwarancji bankowej stanowiącej załącznik do umowy. Żądanie przez pozwanego pełnomocnictw uznać należy zatem zbędny i niepotrzebny formalizm, wykorzystany w celu naliczenia ogromnej kwoty kary umownej.

Tak samo Sąd ocenił też karę umowną z noty nr (...), w kwocie 200.000 zł za opóźnienie w przedłożeniu przedłużonej prawidłowej gwarancji bankowej, zgodnie z § 13 umowy. Przede wszystkim, umowa, a w szczególności § 15 ust. 1 pkt i) nie przewidywał możliwości nałożenia kary umownej za nieprzedłożenie dokumentu w postaci przedłużenia okresu obowiązywania zabezpieczenia. Zgodnie bowiem z § 15 ust. 1 pkt i) umowy kara umowna została zastrzeżona

za nieprzedłużenie okresu obowiązywania zabezpieczenia, a nie za opóźnienie w przedłożeniu przedłużonej gwarancji bankowej. Z uwagi na restrykcyjny charakter zapisów o karze umownej, zapis powyższego paragrafu winien być

wykładany ściśle i zawężająco. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika natomiast, że przez cały okres obowiązywania umowy o generalne wykonawstwo powód zapewnił pozwanemu ciągłość zabezpieczenia. Jak nadto wynika z zeznań świadków L. Ż. i A. K., to pozwany przyczynił się do przedłużenia okresu oczekiwania na gwarancję, albowiem pomimo prowadzonych rozmów o przedłużeniu okresu trwania umowy, nie doszło do podpisania aneksu w tym zakresie. Natomiast bank oczekiwał od powoda przedstawienia dokumentu przedłużającego umowę dla celów przedłużenia gwarancji.

Za niezasadną Sąd uznał również karę umowną z noty obciążeniowej nr (...), na kwotę 152.523 zł, naliczoną za opóźnienie w przekazaniu kompletnego projektu

budowlanego i złożenia kompletnego wniosku o pozwolenie na budowę, zgodnie z § 3 ust. 2 tiret 1 umowy. Powód wykazał bowiem, że opóźnienie w złożeniu kompletnego wniosku o pozwolenie na budowę w stosunku do terminu zastrzeżonego w umowie, wynikało z winy pozwanego.

Zgodnie z § 3 ust. 2 umowy termin na dostarczenie tych dokumentów określony został na 8 czerwca 2016 r. W tym terminie powód przekazał pozwanemu projekt budowlany i złożył wniosek o pozwolenie na budowę do odpowiedniego organu. Projekt ten zgodnie z zapisami i przedmiotem umowy dotyczył hali przeładunkowej - magazynowej. Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności zeznań świadków L. Ż. i A. K., a także korespondencji e-mailowej z dnia 18 lutego 2016 r. od przedstawiciela pozwanego B. M. (1), w toku negocjacji nad zapisami umowy powód wskazywał, że w celu wykonania przedmiotu umowy (hali przeładunkowej - magazynowej), niezbędne będzie uzyskanie decyzji środowiskowej, z czym pozwany się nie zgadzał polecając przyjęcie założenia, że nie będzie ona konieczna.

W związku z tym strony w umowie wyraźnie w § 3 ust. 3 wskazały, że terminy określone w umowie pozostają wiążące dla strony, o ile organy administracji publicznej nie wskażą, że dla celów zrealizowania inwestycji niezbędne jest wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia. Co więcej, jak wynika z zapisu § 2 ust. 1 pkt b umowy, ewentualna konieczność uzyskania decyzji środowiskowej dla hali przeładunkowej nie była objęta przedmiotem umowy. W postanowieniu z dnia 20

czerwca 2016 r. organ administracji potwierdził przypuszczenia powoda, gdyż zażądał właśnie decyzji środowiskowej, co miało umożliwić sprawdzenie zgodności projektu budowlanego z wymaganiami ochrony środowiska.

Istotne znaczenie ma fakt, że po otrzymaniu tego wezwania odbyły się konsultacje i rozmowy przedstawicieli stron, w tym również z przedstawicielami organu administracyjnego, które doprowadziły do zmiany opisu technologii obiektu i jego przeznaczenia z magazynowo – przeładunkowego, który wymagał decyzji środowiskowej na charakter usługowo – szkoleniowy, który jej nie wymagał. Okoliczność, iż w sprawie ostatecznie nie zachodziła konieczność uzyskania decyzji środowiskowej, nie może obciążać powoda. Organ administracyjny wskazał bowiem początkowo, że taka decyzja jest wymagana. Odpowiedzialność za to ponosił pozwany, który określał w umowie przeznaczenie budowanego obiektu.

Za zasadną Sąd uznał karę umowną naliczoną przez pozwanego w notce obciążeniowej nr (...) w kwocie 43.582 zł za opóźnienie w zapewnieniu szczelności dachu hali dystrybucyjnej i hali serwisowej. Zgodnie z § 3 ust. 2 tiret 3 umowy szczelność dachu hali dystrybucyjnej i hali serwisowej miała zostać zapewniona do dnia 14 października 2016 r. Faktycznie, zarówno z twierdzeń powoda, jak i pozwanego wynika, że tenże kamień milowy został wykonany w dniu 21

października 2016 r., a więc 6 dni po terminie. Powód nie udowodnił natomiast w toku procesu, że termin wykonania tego kamienia milowego został przedłużony przez strony o 4 tygodnie - w trybie przewidzianym umową, tj. w postaci pisemnego aneksu zgodnie z § 17 ust. 3 umowy. Aneks z dnia 28 marca 2017 r. przedłużający końcowy termin realizacji prac nie zawierał żadnych zapisów odnośnie przedłużenia terminu wykonania kamieni milowych. Również protokół konieczności nr 001 z dnia 8 września

2016 r., na który powoływał się powód nie zawiera zapisów odnośnie przedłużenia terminu wykonania szczelności dachu.

Powstało zatem uprawnienie do naliczenia kary umownej za 6 dni opóźnienia według przyjętej w umowie stawki, tj. $x 0,04 \%$ wynagrodzenia netto czyli 7.262,87 zł (18.157.169,74

zł $x 0,04 \%$). Kara umowna z powyższego tytułu wyniosła zatem 43.577,22 zł. Jednocześnie również w przypadku naliczenia tejże kary umownej za zasadny Sąd uznał zarzut powoda

w zakresie miarkowania kary umownej, z powołaniem na przytoczoną już argumentację (nieznaczne opóźnienie w wykonaniu tegoż kamienia milowego i brak szkody po stronie pozwanego). I w tym przypadku za odpowiednią Sąd uznał karę w wysokości połowy

obciążenia naliczonego (21.788,61 zł).

Z kolei karę umowną, wynikającą z noty obciążeniowej nr (...) w kwocie 203.364

zł za opóźnienie w zamontowaniu zbiornika przeciwpożarowego. Sąd uznał w części za zasadną. Zgodnie z § 3 ust. 2 tiret 6 umowy zamontowanie zbiornika przeciwpożarowego

miało zostać wykonane do dnia 15 grudnia 2016 r., a nastąpiło w dniu 28 lutego 2017 r.

Termin ten odnosił się przy tym do montażu zbiornika, a nie jego uruchomienia. Zatem okres opóźnienia wynosił 75 dni. Skoro jednak ilość dni opóźnienia wykonania tego kamienia milowego była większa niż ilość dni opóźnienia w wykonaniu całej umowy, kara umowna

winna zostać wyliczona zgodnie ze wzorem wskazanym w § 15 ust. 4 umowy i wynosić 403.089,28 zł [75 dnia x (...), tj. (...) $x 0,08\% x 18.157.169,74$ zł = 403.089,28 zł].

Pozwany jednakże z powyższego tytułu naliczył karę umowną w mniejszej kwocie, tj.

w wysokości 203.364 zł, do czego był uprawniony.

Jednocześnie za zasadny Sąd uznał zarzut miarkowania w/w kary umownej uznając podobnie jak w przypadku dwóch poprzednich kar, że zasadne jest jej obniżenie o połowę, tj.

do kwoty 101.682 zł.

Za bezzasadne w całości Sąd uznał kary umowne naliczone przez pozwanego w notach obciążeniowych nr (...) i (...).

W nocie obciążeniowej nr (...) pozwany obciążył powoda karą umowną w kwocie 82.000 zł za korzystanie z nieuprawnionego podwykonawcy, tj. (...) B. C. na podstawie § 15 ust. 1 lit. d, e, f umowy o generalne wykonawstwo. Jednak firma ta

wykonywała na budowie prace instalacyjne jako podwykonawca firmy (...) w Komornikach, będącej podwykonawcą powoda zgłoszonym pozwanemu

w trybie umowy. Firma (...) bez wiedzy i zgody powoda zawarła umowę

o podwykonawstwo z firmą (...), który na budowie nigdy nie występował pod własną firmą, a jako przedstawiciel firmy (...), Zarówno przedstawiciele powoda, jak i przedstawiciel pozwanego na budowie B. M. (1) nie wiedzieli, że B. C. wykonuje prace w ramach własnej firmy i umowy

o podwykonawstwo. Zarówno na naradach, jak i dokumentach sporządzanych w toku

inwestycji B. C. występował zawsze jako przedstawiciel EL-E., kwestie problemowe na budowie B. C. wyjaśniał i uzgadniał z EL-E., a nadto nie przedstawiał się na budowie jaką firmę prowadzi. Ponadto jego pracownicy nie posiadali odrębnych oznaczeń wyróżniających firmę. Racjonalne i logiczne są zatem twierdzenia

powoda, że nie wiedział on o tym dalszym podwykonawcy, którego nie zgłosił mu jego podwykonawca.

Odpowiedzialność z tytułu kary umownej oparta jest na odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania na gruncie art. 471 k.c., czyli na zasadzie winy domniemanej. Powód nie był natomiast w stanie spełnić warunków umowy odnośnie podwykonawców, co do których nie miał wiedzy.

Nie zaszły zatem podstawy do naliczenia kar z § 15 ust. 1 pkt d, e i f w odniesieniu do tego podwykonawcy, przewidziane odpowiednio za zawarcie umowy bez zgody zamawiającego (skoro umowa taka nie była zawarta), ani tym bardziej za jej nieprzedłożenie (skoro takowa nie istniała), czy za faktyczne wykonywanie robót przez podwykonawcę (w braku co do tego wiedzy).

Odnosząc się natomiast do kary umownej naliczonej przez pozwanego w nocie obciążeniowej nr (...) w kwocie 260.000 zł za niezgłoszenie, obecność i wykonywanie robót przez spółkę (...) sp. j. Z. B. Ż. w T. Sąd wskazał, że w przypadku tej firmy pozwany nie wyczerpał procedury zastrzeżonej w pkt d dotyczącej pierwszego naruszenia, tj. pisemnego wezwania do uzupełnienia braków. Spółka ta wykonywała początkowo prace jako podwykonawca firmy (...)

z T., a następnie na podstawie porozumienia z dnia 6 lutego 2017 r. jako podwykonawca powoda. Powód odnośnie tego podwykonawcy nie dochował umownej procedury jego zgłoszenia do pozwanego. Jednakże w niniejszej sprawie nie zachodziły podstawy do naliczenia przez pozwanego kary umownej z tego tytułu wskazanej w § 15 ust.

1 pkt d, e i f. Był to bowiem pierwszy przypadek niezgłoszenia przez powoda podwykonawcy. Nie sposób bowiem zgodzić się z argumentacją pozwanego, że pierwszym niezgłoszonym pozwanemu podwykonawcą była firma (...) sp. z o.o. sp.k. w P.. Firma ta nie była podwykonawcą powoda w zakresie wykonania prac budowlanych, czy też wykonania części prac związanych z budową lub wykończeniem obiektu, bowiem na zlecenie powoda wykonywała jedynie usługi wywozu gruzu i humusu. Nie sposób uznać jej zatem za podwykonawcę w zakresie prac budowlanych w rozumieniu przepisu art. 647¹ k.c. W tej

sytuacji pierwszym niezgłoszonym podwykonawcą, o którym pozwany powziął wiedzę, była firma (...) sp. j. (...). B. Ż. w T. i to właśnie w stosunku do tej firmy pozwany winien był wyczerpać procedurę wezwania powoda do uzupełnienia braków przed naliczeniem kary umownej, czego nie uczynił. Pozwany bezzasadnie naliczył zatem karę umową za niezgłoszenie przez powoda tego podwykonawcy.

Reasumując pozwany zasadnie naliczył powodowi trzy kary umowne, które po zmiarkowaniu wyniosły łącznie 326.830,97 zł (203.360,36 zł + 101.682 zł + 21.788,61 zł). Ponad tę kwotę pozwany nie miał podstaw do żądania zaspokojenia w drodze skorzystania z gwarancji bankowej ustanowionej na zlecenie powoda, tj. co do kwoty 1.313.374,81 zł (1.640.205,78 zł - 326.830,97 zł). W tym więc zakresie powód pozostaje bezpodstawnie zubożony, a pozwany bezpodstawnie wzbogacony.

Za nieistotny dla sprawy Sąd uznał spór stron w zakresie tego, czy powód złożył pozwanemu oświadczenie z dnia 25 maja 2017 r. o odstąpieniu od umowy i okoliczności jego złożenia. Jak wynika z zapisu § 15 pkt 6 umowy odstąpienie od umowy nie wyłącza możliwości naliczenia kar umownych za zdarzenia przed ustaniem umowy.

Za bezzasadne Sąd uznał również zarzuty powoda w zakresie nadużycia prawa przez pozwanego i sprzeczności naliczonych kar umownych z art. 5 k.c.

W tym stanie rzeczy Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1.313.374,81 zł, odpowiadającą sumie bezzasadnie naliczonych kar umownych.

O odsetkach ustawowych za opóźnienie od zasądzonej kwoty Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c. zasądzając je od dnia następnego po upływie terminu płatności wskazanego w wezwaniu do zapłaty z dnia 30 czerwca 2017 r.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosły obie strony, powód w części oddalającej powództwo i rozstrzygającej o kosztach procesu, a pozwany w zakresie zasądzającym roszczenie i co do kosztów procesu.

Powód zarzucił:

- błędy w zakresie podstawy faktycznej orzeczenia,
- naruszenie art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 58 § 3 k.c. poprzez błędne uznanie, że kary umowne z tytułu przekroczenia terminów realizacji kamieni milowych oraz terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy zostały ważnie zastrzeżone,
- naruszenie art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., 354 § 1 i 2 k.c. i art. 483 § 1 k.c. wskutek błędnego przyjęcia, że powód nie wykonał przedmiotu umowy w terminie oraz że strony były związane terminami realizacji kamieni milowych określonymi w § 3 ust. 2 umowy,
- naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez niewystarczające zmiarkowanie kar umownych,
- naruszenie art. 5 k.c. wskutek jego niezastosowania, w sytuacji kiedy naliczenia kar umownych za przekroczenie terminów kamieni milowych pozostawało w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i stanowiło nadużycie prawa,
- naruszenie art. 232 zd. 1 k.p.c. w zw. z art. 244 § 1 k.p.c., 252 k.p.c. i 278 § 1 k.p.c. poprzez brak ich zastosowania i w konsekwencji błędne przyjęcie, że powód realizował roboty budowlane po 27 kwietnia 2017 r.,
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i poczynienie błędnych ustaleń faktycznych.

Wskazując na te zarzuty, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanego dodatkowej kwoty 327.330 zł (łącznie 1.640.705,78 zł) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 4 lipca 2017 r. do dnia zapłaty oraz ustalenie, że powód wygrał spór w 100 %, pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

Z kolei pozwany zarzucił:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów,
- naruszenie art. 327¹ § 1 pkt 2 k.p.c. poprzez niedostateczne wyjaśnienie podstawy prawnej rozstrzygnięcia,
- naruszenie art. 207 § 6, 217 § 2, 205³ § 2, 205¹² § 2 k.p.c. poprzez dopuszczenie dowodów spóźnionych,
- poczynienie błędnych ustaleń faktycznych,
- naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez niezasadne zmiarkowanie kar umownych,
- naruszenie art. 81 § 1 i 2 Prawa bankowego w zw. z art. 104, 99 ust. 1 i 73 § 1 k.c. poprzez pominięcie, że warunkiem koniecznym skutecznego udzielenia gwarancji jest prawidłowe umocowanie osób podpisujących gwarancję w imieniu banku-gwaranta,
- naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez błędną wykładnię łączącej strony umowy

w zakresie zapisów dotyczących kar umownych,

- naruszenie art. 471 k.c. poprzez błędne uznanie, że powód nie ponosi winy za opóźnienie w przekazaniu kompletnego projektu budowlanego,

- naruszenie art. 483 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez błędne uznanie, że odpowiedzialność z tytułu kary umownej ograniczona jest do umyślnych zachowań dłużnika,

- naruszenie art. 97 k.c. poprzez błędne uznanie, że zachodzi domniemanie umocowania do udzielenia gwarancji bankowej osób czynnych w lokalu banku gwaranta.

Wskazując na te zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego w postępowaniu przed Sądem I i II instancji według norm przepisanych.

W odpowiedziach na apelację, każda ze stron wniosła o oddalenie apelacji przeciwnika procesowego i zasądzenie od niego kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje stron nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd odwoławczy podzielił ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, jako mające uzasadnienie w materiale dowodowym, ocenionym bez obrazy art. 233 § 1 k.p.c. - zgodnie z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego, zgadzając się też zasadniczo z ich subsumcją pod zastosowane w sprawie normy prawne.

Motywy rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji, zarówno w warstwie faktycznej, dowodowej, jak i prawnej zostały wyrażone w uzasadnieniu w sposób jasny i kompleksowy, umożliwiając pełną kontrolę instancyjną orzeczenia, stąd nie zasługiwał na uwzględnienie zgłoszony przez pozwanego zarzut naruszenia art. 327¹ § 1 k.p.c., regulujący wymogi konstrukcyjne uzasadnienia. Ewentualnie nieprzekonujący charakter wywodów Sądu pierwszej instancji, może być podstawą wytykania błędów proceduralnych, czy kwestionowania zasadności orzeczenia, a nie podważania formalnej zawartości uzasadnienia.

Nie budzi zastrzeżeń zakres postępowania dowodowego, kwestionowany przez pozwanego w ramach zarzutu naruszenia art. 207 § 6, 217 § 2, 205³ § 2, 205¹² § 2 k.p.c. - poprzez dopuszczenie dowodów spóźnionych. Czynienie w apelacji zarzutu

z przeprowadzenia dowodów sprekludowanych jest bezprzedmiotowe. O ile bowiem jak nieprzeprowadzenie dowodów, mimo, że nie były spóźnione jest naruszeniem procesowym mogącym mieć potencjalnie wpływ na wynik sprawy, o tyle brak takiego wpływu w razie przeprowadzenia dowodów spóźnionych. Sankcjonowanie tego naruszenia przez eliminację

z materiału procesowego dowodów uwzględnionych w jego wyniku, mogłoby bowiem prowadzić do wydania orzeczenie jawnie nieprawidłowego z powodu nieprawdziwości względnie niekompletności jego podstawy faktycznej (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2019 r., II CSK 353/18, Legalis nr (...)). Przełożenie naruszenia prawa procesowego na wynik sprawy warunkuje tymczasem skuteczność zbudowanego na tej podstawie zarzutu.

Do kolejnych zarzutów apelacji Sąd Apelacyjny odniósł się w kolejności wynikającej z ich istotności dla rozstrzygnięcia.

Podczas gdy apelacja powoda zmierzała do obalenia podstaw naliczenia kar umownych w ogólności (w aspekcie zgodności z prawem i zasadami współżycia

społecznego), jak i przesłanek faktycznych zastosowania poszczególnych kar, tak pozwany kwestionował zasadność uznania przez Sąd Okręgowy, że kary te z określonych tytułów się nie należą, bądź przysługują w mniejszej wysokości.

Dodatkowo pozwany negował tytuł roszczeń powoda (bezpodstawne wzbogacenie), powołując się na dobrowolność wypłaty środków żądanych z gwarancji dobrego wykonania umowy, przy świadomości wykonawcy co do bezzasadności naliczonych kar umownych.

Zagadnienie to wymaga zbadania w pierwszej kolejności, uznanie bowiem, że powód nie może żądać zwrotu świadczenia, ponieważ spełnił je wiedząc, że nie był do tego zobowiązany, przesądzałoby w świetle art. 411 k.c. o bezzasadności powództwa.

W ramach tego zarzutu, skarżący podnosił, że środki pieniężne - żądane tytułem gwarancji - zostały wypłacone przez powoda z jego rachunku, nie było to zatem świadczenie banku gwaranta, który występował tu tylko jako pośrednik wykonanej płatności.

Zgodnie z art. 81 prawa bankowego gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji.

Trafnie przyjął Sąd Okręgowy, że wypłata środków na rzecz pozwanego dokonana została przez (...) BANK (...) S.A. w trybie realizacji obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji. Po pierwsze, realizacja świadczenia nastąpiła po otrzymaniu żądania zapłaty przekazanego przez bank beneficjenta gwarancji (k. 24). Po wtóre, bank gwaranta wezwał powoda do zapewnienia na rachunku bieżącym środków do wypłaty gwarancji, inaczej brakująca kwota stałaby się zadłużeniem przeterminowanym (k. 25). Kolejno, świadczy o tym tytuł przelewu: „(...) przez (...) Bank (...) S.A, wypłaty z gwarancji nr (...) Państwa wniosek o realizację gwarancji bankowej” (k. 27). Dalszym tego potwierdzeniem jest zaświadczenie tego banku z dnia 17 lipca 2019 r., że dyspozycja przelewu z rachunku bankowego, którego posiadaczem jest powód na rachunek pozwanego została zlecona i wykonana przez bank w trybie realizacji gwarancji dobrego wykonania nr (...) z dnia 8 czerwca 2016 r., na podstawie wniosku o realizację w/w gwarancji bankowej przekazanego do (...) przez (...) Bank (...) pismem z dnia 1 czerwca 2017 r., jako bank prowadzący rachunek bankowy beneficjenta gwarancji (k. 1811).

Nie ma w tym kontekście decydującego znaczenia, że przelew bankowy dokonany został z rachunku bankowego powoda na rachunek pozwanego i że środków w dyspozycji powoda. To z czyjego konta pieniądze zostały wypłacone jest kwestią wtórną, przy oczywistości podstawy świadczenia (gwarancja zapłaty). Należy przyjmować, że powód, który sprzeciwiał się realizacji gwarancji, nigdy nie pozostawiłby środków w dyspozycji banku, gdyby nie miał świadomości nieuchronności ich wypłaty. Zatem, gdyby nie stosunek gwarancji, środki z konta powoda nie zostałyby uruchomione. Wszystkie te okoliczności świadczą o tym, że przedmiotowa zapłata stanowiła świadczenie własne banku, wynikające ze stosunku gwarancji.

Co więcej, również pozwany nigdy nie traktował wpłaty uczynionej na jego rzecz jako dobrowolnego zadośćuczynienia wezwaniu do zapłaty kar pieniężnych, a twierdził, że zaspokoił swoje roszczenie z gwarancji zapłaty. Zatem dla wszystkich stron tych powiązanych stosunków prawnych było oczywiste, że doszło do realizacji gwarancji dobrego wykonania - dopóki powód nie zaczął domagać się zwrotu świadczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Zatem nie można przyjmować, że spełniającym świadczenie był powód i że uczynił to dobrowolnie, wiedząc że nie jest względem pozwanego zobowiązany. Nie znajduje zatem w okolicznościach sprawy zastosowania dyspozycja

przepisu art. 411 k.c.

Nie można się też zgodzić z pozwanym, że w sytuacji kiedy to bank spełnił własne zobowiązanie, to on powinien być w sprawie powodem.

Umowie gwarancji bankowej - towarzyszą dwa dodatkowe stosunki prawne: tzw. stosunek podstawowy pomiędzy dłużnikiem i wierzycielem - beneficjentem gwarancji oraz umowa zlecenia gwarancji ubezpieczeniowej, zawierana pomiędzy dłużnikiem ze stosunku podstawowego a gwarantem. W razie zapłaty przez gwaranta na rzecz gwarantariusza sumy gwarancyjnej, mimo braku uzasadnienia materialno-prawnego w stosunku podstawowym, rozliczenie korzyści majątkowej następuje pomiędzy stronami tego stosunku. W takiej sytuacji podstawą żądania zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia przez dłużnika ze stosunku podstawowego (wykonawcę), jeżeli dłużnik jest jednocześnie zleceniodawcą gwarancji, jest art. 405 k.c. Świadczenie gwaranta z umowy gwarancyjnej, mimo że stanowi spełnienie samodzielnego zobowiązania gwaranta wobec gwarantariusza i służy umorzeniu jego własnego długu, jest jednocześnie zachowywane przez wierzyciela ze stosunku podstawowego na poczet świadczenia dłużnika z tego stosunku prawnego, w tym więc znaczeniu (w braku podstaw świadczenia) dłużnik jest zubożony, a wierzyciel wzbogacony (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, Lex nr (...)). Legitymacja czynna powoda do udziału w sprawie jest zatem oczywista.

W dalszej kolejności omówienia wymagały zarzuty apelacji powoda, uderzające w ważność zapisów umownych dotyczących kar umownych, jako kwestii wstępnej dla oceny, czy zasadnie zostały one naliczone.

Powód kwestionował ważność zastrzeżonych kar umownych - w powołaniu na art.

483 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 58 § 3 k.c., - ze względu na niezakreślenie ich granic.

Z treści art. 483 § 1 k.c. dopuszczającego zastrzeżenie kary umownej w „określonej sumie” wynika nakaz wyrażenia jej kwotowo w chwili zastrzeżenia. Nie rodzi to jednak obowiązku podania konkretnej sumy pieniężnej stanowiącej karę umowną. Strony mogą bowiem

określić karę pośrednio przez wskazanie kryteriów jej naliczenia w sposób pozwalający uznać jej ustalenie za dokonane i zamknięte (por.: wyrok Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2017 r.,

IV CSK 525/16, Legalis 1715227). Także gdy strony wskazują stawkę za każdy dzień zwłoki od określonego terminu to znaczy, że wskazują podstawy wyliczenia kwoty kary umownej

w sposób pozwalający na ustalenie jej maksymalnych rozmiarów (por.: wyrok Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2017 r., IV CSK 525/16, Legalis nr 1715227). Mechanizm naliczenia kar w analizowanej umowie takie kryteria ich określoności spełnia. Przewiduje bowiem

stawkę procentową odnoszoną do wysokości wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia.

Należy ponadto zauważyć, że umowa stron limitowała wysokość kar umownych za pomocą kilku mechanizmów. Przede wszystkim łączna kara nie mogła przekroczyć 12 % wynagrodzenia wykonawcy netto (§ 15 ust. 3). Poza tym, określono termin do którego kary mogły zostać naliczone - maksymalnie 60 dni od odbioru końcowego (§ 15 ust. 7). Dodatkowo wprowadzono ograniczenie wysokości kar z zastosowaniem wzoru z § 15 ust. 4 umowy, o czym niżej.

W kwestii zasadności i wysokości poszczególnych kar umownych strony podnosiły zarówno zarzuty natury faktycznej, jak i prawnej (interpretacyjnej), W pierwszej kolejności weryfikacji wymagało, czy naliczone kary przysługiwały pozwanemu co do zasady.

Znaczenie podstawowe miało rozstrzygnięcie o zasadności obciążenia karą z tytułu przekroczenia terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy, bowiem zgodnie

z przywołanym § 15 ust. 4, przesłanka ta warunkowała możliwość naliczenia kar za przekroczenie terminów pośrednich, tzw. kamieni milowych.

Wbrew zarzutowi apelacji powoda, trafnie przyjął Sąd Okręgowy, że termin końcowy realizacji umowy (27 kwietnia 2017 r.) został przekroczony.

W zasadzie skarżący nie polemizował z ustaleniem Sądu pierwszej instancji, że nieukończone były natenczas prace w zakresie: robót drogowych, budynku serwisu (brak ułożenia nawierzchni kostki brukowej), instalacji (kanalizacji deszczowej i wentylacji), nie była wywieziona ziemia, ani zbudowane płoty, w kanałach brak było stopni, w ścianach były dziury. Kwestionuje natomiast charakter tych prac, wskazując, że miały co najwyżej charakter naprawczy, regulacyjny, porządkowy, nie należąc do głównego zakresu umowy, bądź stanowiły usuwanie wad.

Przede wszystkim podnosi jednak, że termin odbioru końcowego powiązany był w świetle § 3 ust. 1 umowy z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, a z decyzji tej wynika domniemanie ukończenia prac.

Tymczasem uzyskanie w dniu 21 kwietnia 2017 r. pozwolenia na użytkowanie nie jest równoznaczne z tym, że przedmiot umowy był w dacie upływu umownego terminu zakończenia robót - 27 kwietnia 2017 r. - rzeczywiście wykonany.

Uzyskanie decyzji w tym przedmiocie nie oznacza, że cały zakres umowy został zrealizowany, a potwierdza jedynie, że obiekt nadaje się do używania. Istotą prowadzenia postępowania w sprawie pozwolenia na użytkowanie jest ustalenie, czy wybudowany obiekt może być użytkowany w sposób, który został określony w decyzji o pozwoleniu na budowę. Jest to bowiem końcowy etap procesu inwestycyjnego skierowany na sprawdzenie, czy zrealizowany obiekt jest zgodny z obiektem projektowanym, na który organ administracyjny udzielił pozwolenia budowlanego, a więc z tym, co zakładano na etapie wstępnym procesu inwestycyjnego (por.: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 kwietnia 2010 r., II OSK 660/09, Legalis nr (...)).

Sprawdzenie to następuje tylko według kryteriów z art. 59 a prawa budowlanego. Przepis ten ogranicza cel, zakres podmiotowy i przedmiotowy kontroli. E. verbis może ona obejmować tylko enumeratywnie określone sprawy, wymienione w ust. 2 artykułu

(w tym zgodność obiektu budowlanego z projektem architektoniczno-budowlanym i technicznym oraz projektem zagospodarowania działki lub terenu, parametry techniczne obiektu, sprawdzenie wyrobów budowlanych pod kątem spełnienia wymagań szczególnie istotnych dla bezpieczeństwa konstrukcji i bezpieczeństwa pożarowego (por.:

Z. N. (red.), Prawo budowlane. Komentarz. Wyd. 9, W. 2020, L. 2020).

Wprawdzie w decyzji o pozwoleniu na użytkowanie z dnia 21 kwietnia 2017 r. (k. 76) stwierdzono, że zakończono w całości budowę przedmiotowego obiektu budowlanego

zgodnie z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę, jednak domniemanie prawdziwości tego dokumentu urzędowego ma charakter wzruszalny, zatem możliwy do obalenia za pomocą innych środków dowodowych (art. 252 k.p.c.). Nie ma racji powód, że można to było wykazać jedynie za pomocą dowodu z opinii biegłego. Zakres robót wynikających z umowy był określony, a ustalenie jakie prace z jego obrębu zostały wykonane nie należy do wiadomości specjalnych.

Podobnie charakter robót jako naprawczych, regulacyjnych czy też stanowiących wykonanie zakresu umownego, można rozstrzygnąć bez pomocy biegłego. Natomiast jeśli nie wykonano jakiejś części instalacji wentylacyjnej, czy kanalizacji deszczowej, czy w

pewnym zakresie w ogóle nie została położona kostka brukowa, to nie można tu mówić usterkach do usunięcia, ale o niewykonaniu pierwotnego świadczenia umownego, o brakach „co do zasadniczego i istotnego przedmiotu umowy” – jak zasadnie uznał Sąd Okręgowy.

Powód, skupiając się na wywodach teoretycznych dotyczących znaczenia decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i umownego sprzężenia z nią terminu odbioru końcowego, pomija, że umowa przewidywała również, iż warunkiem odbioru było kompletne wykonanie robót (§ 14 pkt 1). Umowa w kontekście terminu końcowego odnosi się do „zakończenia realizacji przedmiotu umowy” (§ 3 ust. 1) – nie można więc zakładać, że do tego czasu miały być wykonane główne prace budowlane, a już nie np. prace porządkowe. Przeciwnie, obowiązki powoda określone w § 7 pkt 8 obejmowały również prace porządkowe po wykonaniu robót. Należy uznać, że niewykonanie nawet pojedynczego umówionego zadania uzasadnia wniosek o niezakończeniu robót w terminie.

Jak wspomniano, powód w apelacji nie podważa niewykonanego zakresu prac, ustalonego przez Sąd Okręgowy, a ich prowadzenie po umownej dacie zakończenia robót, wynika z przywołanych w uzasadnieniu wyroku dowodów z zeznań, bogatego materiału zdjęciowego i nagrań utrwalonych na płytach CD.

Powyższemu stanowisku nie przeczy przeprowadzka pozwanego do obiektu w dniach 20-21 kwietnia 2017 r., czy też jego uroczyste otwarcie w dniu 18 maja 2017 r. Należy zauważyć, że obie strony były zainteresowane szybkim uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, dla powoda decyzja pozytywna stwarzała domniemanie, że terminu dochował,

a pozwanemu umożliwiała eksploatację obiektu, a co najmniej przeprowadzkę firmy do nowej siedziby. W sytuacji kiedy powód działał pod presją czasu w związku z wypowiedzeniem najmu poprzedniego lokalu, zasiedlenie przez niego obiektu nie jest równoznaczne z tym, że w umownym terminie, był on ukończony i miał pełną funkcjonalność.

Wniosek stąd, że termin zakończenia przedmiotu umowy został przekroczony, a kara umowna z tego tytułu co do zasady została słusznie naliczona.

Skoro pozwany karę tę naliczył za okres opóźnienia od 27 kwietnia 2017 r. do 24 maja 2017 r. (za 28 dni), a podstaw ku temu powód skutecznie nie podważył, również na etapie postępowania apelacyjnego, czasookres ten należy uznać za właściwy.

Bezprzedmiotowy jest zarzut pozwanego, że prace na budowie trwały po 24 maja 2017 r., rozciągając się jeszcze na miesiąc czerwiec 2017 r., skoro – z punktu widzenia przedmiotu orzekania – istotny był jedynie okres opóźnienia, za jaki powód został karą obciążony.

W świetle wzmiankowanego § 15 ust. 4 umowy, otwarta była zatem możliwość naliczania kar umownych ze względu na nieterminowe wykonanie robót cząstkowych (tzw. kamieni milowych).

Należy w pierwszej kolejności zgodzić się z Sądem Okręgowym, że w okolicznościach sprawy nie doszło do wydłużenia terminów pośrednich - w związku z przesunięciem terminu końcowego robót. Umowa zastrzegła bowiem, że wszelkie zmiany umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności (§ 17 ust. 1).

Dalej, nie ziścił się też warunek dezaktualizacji terminów kamieni milowych z § 3 ust. 3 (wymóg uzyskania decyzji środowiskowej), ostatecznie bowiem, dla zmienionego przeznaczenia obiektu uzyskanie tej decyzji nie było konieczne, o czym jeszcze dalej.

Nie można też zgodzić się z powodem, że obciążeniu karą za przekroczenie terminów cząstkowych sprzeciwiał się niezawiniony przez wykonawcę charakter tych opóźnień. Wniosek taki wynika zdaniem powoda z faktu, że skoro aneks nr (...) zastrzega,

że wydłużenie terminu końcowego robót następuje bez winy stron, to nie można mówić o winie wykonawcy za przekroczenie niezmienionych formalnie terminów pośrednich.

Porządkującego wyjaśnienia wymaga, że mechanizm kar umownych - wpisując się w reżim ogólnej odpowiedzialności kontraktowej z art. 471 k.c. - opiera się na zasadzie winy, zatem rozszerzenie tej odpowiedzialności na zasadę ryzyka musiałyby wynikać wprost z umowy (por.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., I CSK 748/12, L. nr (...)). Żaden z zapisów analizowanej umowy nie przewiduje natomiast oparcia kar umownych, wszystkich lub poszczególnych na zasadzie ryzyka. Nawet okoliczność, że poszczególne zapisy mówią wprost o „opóźnieniu z przyczyn po stronie wykonawcy” (np. § 15 ust. 1 a) nie oznacza, że brak takiego zapisu w innym przypadku oznacza a contrario przejście na zasadę ryzyka. Argumentem takim posługiwał się pozwany – podejmując próbę wykazania, że kara z § 15 ust. 1 pkt d) e) f) oraz i) należy się właśnie na zasadzie ryzyka.

Zatem – rozstrzygając kwestię, której dotyczą obie apelacje – należy stwierdzić, że umowa stron nie przewidywała (w ogólności i w poszczególnych przypadkach) odstępstwa od reguły odpowiedzialności z tytułu kar umownych na zasadzie winy.

Dotyczy to zatem również kar za przekroczenie terminów częściowych realizacji robót.

Choć można dociekać faktycznego związku pomiędzy zwiększeniem zakresu prac i wynikającym stąd przedłużeniem terminu końcowego a niedotrzymaniem terminów tzw. kamieni milowych, to umowna zależność co do winy występuje dopiero pomiędzy przekroczeniami terminów: ostatecznego i częściowego.

Co już akcentowano, kary za przekroczenie terminów pośrednich aktualizowały się dopiero w razie niezachowania wydłużonego terminu końcowego. Wynikające z aneksu nr (...) zastrzeżenie braku winy dotyczyło wydłużenia terminu końcowego, a już nie jego przekroczenia. Wyjście wykonawcy poza termin końcowy można już zatem oceniać w kategoriach winy. Z kolei wzór z § 15 ust. 4 nie pozwala na nałożenie kary za niedotrzymanie terminów kamieni milowych za okres dłuższy niż to wynika z przekroczenia terminu końcowego, czyli a contrario umożliwia jej naliczanie tylko za okres odpowiadający czasowi zawinionego przekroczenia terminu końcowego. Dlatego uznać należy, że odpowiedzialność za naruszenie terminów pośrednich dotyczy w swojej konstrukcji opóźnienia zawinionego.

W tym kontekście, domaganie się przez pozwanego kar umownych przewidzianych za opóźnienia w zakresie wykonania robót częściowych nie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i jako takie nie stanowi nadużycia prawa, w rozumieniu art. 5 k.c.

W odpowiedzi na zarzut pozwanego – należy zgodzić się z Sądem Okręgowym – że nie istniały podstawy faktyczne do nałożenia kary przewidzianej w § 15 ust. 1 lit a – za przekroczenie terminu pierwszego kamienia milowego. Z § 3 umowy ust. 2 umowy wynikało, że wykonawca zobowiązany jest do przekazania zamawiającemu kompletnego projektu budowlanego i złożenia kompletnego wniosku o pozwolenie na budowę do odpowiednio organu, a to w terminie do 8 czerwca 2016 r. W tym czasie powód przedłożył projekt pozwanemu i złożył wniosek o pozwolenie na budowę. Wniosek ten uzupełniony został o odpowiednie dokumenty dopiero 29 czerwca 2017 r., jednak jak trafnie ocenił Sąd Okręgowy – z przyczyn niezawinionych przez powodowego wykonawcę, a obciążających w całości zamawiającego.

Należy zauważyć, że przeznaczenie budynku określa inwestor. Przedmiotem umowy było zaprojektowanie i wybudowanie „hali przeładunkowej, części biurowo-socjalnej, serwisu samochodowego oraz zbiorników technicznych i urządzeń budowlanych”. Dla

takiego oznaczenia funkcji konieczna była decyzja środowiskowa, czego strony nie kwestionują. Dlatego w postanowieniu z dnia 20 czerwca 2016 r. Starosta (...), wezwał do usunięcia braków poprzez: przedłożenie technologii wnioskowanego obiektu i stosownie do przeznaczenia oraz przyjętych rozwiązań przedłożenia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia, co umożliwi sprawdzenie zgodności projektu budowlanego z wymaganiami ochrony środowiska. Niesłusznie zatem pozwany wywodzi, że organ wezwał tym samym jedynie o opis technologii obiektu, wezwanie obejmowało bowiem również decyzję środowiskową, o ile przeznaczenie obiektu jej uzyskanie wymuszało. W odpowiedzi uzupełniono wniosek o opis technologii wskazujący na jednoznacznie usługowy charakter inwestycji. Oficjalna zmiana przeznaczenia obiektu służyła uchyleniu wymogu uzyskania decyzji środowiskowej i tym samym uproszczeniu procedur administracyjnych. Miała zatem jedynie charakter formalny, przy aktualności wcześniejszego zamierzenia inwestycyjnego.

Ostatecznie pozwany po wybudowaniu obiektu wniósł o zmianę jego przeznaczenia i użytkuje obiekt zgodnie z pierwotnym zamysłem - jako halę magazynowo-przeładunkową. Zatem to, że decyzja środowiskowa nie była ostatecznie wymagana wynikało jedynie z zabiegu ukrycia jego rzeczywistej funkcji. Należy zauważyć, że koncepcja zmiany przeznaczenia obiektu pochodziła od inwestora, na co wskazuje wyraźnie korespondencja mailowa na kartach 984-993.

W tych okolicznościach, nie można uznać, że powód zawinił tym, że od razu nie przedstawił projektu z opisem technicznym wskazującym na funkcję sprzeczną z zapisami umowy i rzeczywistą koncepcją obiektu, tym bardziej, że pozwany stał na etapie negocjacji na stanowisku, że dla funkcji projektowanej decyzja środowiskowa nie będzie wymagana. Potwierdzeniem tego jest wiadomość mailowa z dnia 18 lutego 2016 r. adresowana do A. K., w której przedstawiciel pozwanego B. M. (1) polecił przyjęcie założenia, że decyzja środowiskowa nie będzie wymagana. Powód z kolei sygnalizował potrzebę uzyskania przedmiotowej decyzji, co wynika z zeznań Prezesa zarządu spółki T. S. i członka zarządu P. B.. W tym kontekście nie można zarzucać wykonawcy, że dokumenty złożył w ostatnim dniu umówionego terminu. Gdyby bowiem założenia pozwanego okazały się poprawne, dokumentacja ta byłaby kompletna.

Odpowiedzialność za przedłużające się postępowanie w sprawie o uzyskanie pozwolenia na budowę ponosi zatem w całości pozwany.

Kolejno, strony nie negocjowały, że doszło do opóźnienia w przekroczeniu terminów kamieni milowych w zakresie zapewnienia szczelności dachu (o 6 dni) i montażu zbiornika przeciwpożarowego (o 75 dni, z czego pozwany uwzględnił przy naliczeniu kary 28 dni), co było podstawą uznania przez Sąd Okręgowy kar umownych z § 15 ust. 1 lit. a umowy za usprawiedliwione co do zasady. Spór co do tych kar ogniskuje się aktualnie już tylko co do ich wysokości, o czym dalej.

Dalej, słusznie Sąd Okręgowy uznał, że nie było postaw do obciążenia powoda karą za opóźnienie w przedłożeniu gwarancji bankowej - przewidzianą w § 15 ust. 1 lit. i. Trafnie uznał, że dokument ten wykonawca przedłożył w terminie, a do jego zachowania nie było konieczne wykazanie umocowania osób podpisanych na nim w imieniu banku gwaranta.

Nie było przedmiotem sporu, że osoby podpisujące się na dokumencie gwarancji dysponowały ważnym pełnomocnictwem do dokonania tej czynności, zatem że jej wystawienie było w dacie czynności prawnej skuteczne. Z umowy nie wynika, że dla zachowania terminu przedłożenia gwarancji konieczne było również przedstawienie pełnomocnictwa potwierdzającego takie umocowanie. Takiego załącznika nie przewidywał nadto wzór gwarancji bankowej stanowiącej załącznik do umowy.

Finalne przedstawienie przez powoda żądanych pełnomocnictw nie świadczy

o uznaniu słuszności stanowiska pozwanego co do istnienia takiego obowiązku. Należy zakładać, że było to powodowane względami poprawnej współpracy. Potwierdzając, że gwarancja została skutecznie wystawiona, nie czyniło jej kompletną, bo taką była już w momencie podpisania przez osoby upoważnione.

Zgodny zamiar stron umowy i jej cel (jako przesłanki wykładni umowy z art. 65 § 2 k.c.) realizowały się już zatem w terminowym przedłożeniu prawnie skutecznego zabezpieczenia. Jeśli pewność co do ważności gwarancji dawało powodowi jedynie uzyskanie przedmiotowych pełnomocnictw, to nie oznacza to jeszcze, że powód miał obowiązek ich złożenia w terminie właściwym dla ustanowienia zabezpieczenia – pod sankcją kary umownej z § 15 ust. 1 lit. i.

Sąd Okręgowy wskazał, że w okolicznościach sprawy należy dodatkowo uwzględnić domniemanie z art. 97 k.c., że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi ludności (tutaj banku gwaranta) poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności prawnej, a pozwany zarzuca, że przepis ten nie znajduje zastosowania w sytuacji kiedy powód przesłał mu dokument pocztą. Należy jednak zauważyć, że stroną umowy zlecenia gwarancji jest obok banku powód i to do niego, a nie pozwanego należy ewentualnie odnieść przesłankę obecności w lokalu przedsiębiorstwa.

Nie było też uzasadnione obciążenie powoda karą za nieprzedłożenie przedłużonej gwarancji bankowej - w powołaniu na § 15 ust. 1 lit i) oraz § 13 ust. 3 umowy.

Zgodnie z § 15 ust. 1 lit. i) kara obowiązywała w przypadku „nieprzedłożenia lub nieprzedłużenia okresu obowiązywania zabezpieczenia zgodnie z § 13 umowy” zatem była to kara za nieprzedłożenie zabezpieczenia lub nieprzedłużenia zabezpieczenia, nie zaś za nieprzedłożenie przedłużenia.

Z § 13 ust. 1 wynika natomiast obowiązek przekazania gwarancji pozwanemu w terminie 21 dni od zawarcia umowy i zapewnienia ważności gwarancji przez cały czas realizacji przedmiotu umowy (do dnia dokonania odbioru końcowego + 14 dni). Z kolei § 13 ust. 3 zobowiązuje wykonawcę do przedłożenia gwarancji na dalszy okres - na 14 dni przed jej wygaśnięciem.

W sprawie ciągłość zabezpieczenia została zachowana. Okres obowiązywania pierwotnie ustanowionej gwarancji - ważnej do 28 lutego 2017 r. - aneksem nr (...) z 27 lutego 2017 r. przedłużono do 30 kwietnia 2017 r., a następnie aneksem nr (...) z 28 kwietnia 2017 r. do 15 czerwca 2017 r. Pozwany naliczył karę za okres bierności w przedłożeniu przedłużonej gwarancji między 14 lutego 2017 r. a 27 marca 2017 r. (kiedy otrzymał aneks nr (...) z pełnomocnictwami).

Należy się z nim zgodzić, że przedłużenie obowiązywania tego zabezpieczenia powinno być dokonane do 14 lutego 2017 r. Przy założeniu zawinionego po stronie powoda opóźnienia, zasadna mogłaby być jedynie kara za brak takiego przedłużenia w okresie od 15 do 26 lutego 2017 r. - skoro obowiązkowi temu zadośćuczyniono w dacie podpisania aneksu nr 1 w dniu 27 lutego 2017 r. (łącznie 12 dni). W powołaniu na argumentację jak wyżej, o spełnieniu tego obowiązku nie decydowało przedstawienie pełnomocnictw do podpisania aneksu w imieniu banku.

Słusznie nadto pozwany zarzucił, że za usprawiedliwioną przyczynę opóźnienia nie można uznać przedłużających się negocjacji w zakresie zmiany terminu końcowego realizacji robót. Jak bowiem wynika z przytoczonych zapisów umowy, zabezpieczenie miało obowiązywać przez cały okres realizacji przedmiotu umowy (do dnia dokonania odbioru końcowego + 14 dni), zatem przez czas faktycznego wykonywania świadczenia, bez względu na zastrzeżony termin wykonania. Zresztą, jak trafnie podniósł pozwany, do przedłużenia gwarancji doszło ostatecznie przed podpisaniem aneksu zmieniającego termin końcowy

robót, co oznacza, że nie był to dla banku warunek dalszego obowiązywania zabezpieczenia.

Choć zatem istniały podstawy faktyczne i prawne do obciążenia powoda karą za nieprzedłużenie ważności gwarancji bankowej, to powód naliczył ją za nieprzedłożenie takiego przedłużenia, do czego umowa go nie uprawniała. Należy natomiast uznać, że wskazanie podstawy naliczenia kary wynikające z noty obciążeniowej i dołączonego doń pisma przewodniego jest dla Sądu wiążące. Badaniu w postępowaniu sądowym podlega bowiem, czy istniały przesłanki dla zastosowania kary z określonego, wskazanego przez stronę tytułu, nie zaś czy należała się ona w oparciu o inną przesłankę.

Nie było też w ocenie Sądu Apelacyjnego podstaw do obciążenia powoda (w oparciu o § 15 ust. 1 lit. d,e,f umowy) karami umownymi na tle wykonywania pewnego zakresu przedmiotu umowy przez podwykonawców. Podstawą ich naliczenia było zgodnie z umową: zawarcie z podwykonawcą przez wykonawcę umowy o podwykonawstwo bez uprzedniego uzyskania zgody zamawiającego na jej zawarcie (lit. d), nieprzedłożenie (lub nieprzedłożenia w terminie wskazanym w umowie) poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii podpisanej umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany (lit. e) i faktyczne wykonywanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jakichkolwiek robót w ramach realizacji inwestycji bez zgody zamawiającego (lit. f).

Trafnie przyjął Sąd Okręgowy, że żadna z tych przesłanek nie ziściła się w stosunku do podwykonawcy (...) B. C., ponieważ podmiot ten działał jako podwykonawca firmy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) w (...), o czym powodowy wykonawca nie wiedział i nie mógł wiedzieć w kontekście występowania przez B. C. w korespondencji i w kontaktach bezpośrednich jako przedstawiciel (...) E. i brak jakichkolwiek znamion wyróżniających pracowników zatrudnionych przez niego w ramach własnej firmy.

Mylnie pozwany podnosi, że wiedza odnośnie udziału w procesie budowlanym niezgłoszonych podwykonawców nie ma znaczenia wobec odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka, gdyż jak już wyżej wskazywano strony nie zniosły w umowie ogólnej reguły odpowiedzialności kontraktowej – opartej na zasadzie winy – w odniesieniu do kar umownych.

Trafnie pozwany podnosi, że w razie przyjęcia odpowiedzialności na zasadzie winy, w rachubę wchodzi zarówno jej postaci umyślne, jak i nieumyślne. Nie można się jednak z nim zgodzić, że niewiedza o udziale w budowie przedmiotowej firmy jest przejawem niedbalstwa, skoro rola powoda w procesie inwestycji wymagała, by wiedzę co do podwykonawców posiadał, zwłaszcza w odniesieniu do sytuacji utrzymującej się przez okres pół roku. Należy wprawdzie przyjąć, że powinnością wykonawcy jest pełna orientacja co do wszystkich uczestników procesu budowlanego, jednak przypadek, kiedy podwykonawca bez zgody i wiedzy wykonawcy angażuje dalszego podwykonawcę, a przedstawiciel i pracownicy dalszego podwykonawcy nie zdradzają oznak odrębności od firmy podwykonawcy – wyłamuje się spod tego schematu. Nie można bowiem powodowi zarzucić braku należytej staranności, kiedy nie zaistniały w stanie faktycznym sprawy takie okoliczności, które uzasadniałyby podejrzenie, że dalszy podwykonawca jest podmiotem niezależnym od zatrudniającego go podwykonawcy.

Sprzecznie z prawdą pozwany podnosi też, że w piśmie przedprocesowym z dnia 5 czerwca 2017 r., powód nie zaprzeczał wiedzy o istnieniu tego podwykonawcy, by w pozwie twierdzić, że nie zatrudnił go jako podwykonawcy. W przywoływanym piśmie powód podał, że firma (...) nie była stroną umowy o roboty budowlane, nie wykonywała robót budowlanych, zatem nie jest jego podwykonawcą, a w pozwie podnosi, że jej nie zatrudnił jako podwykonawcy, nie ma tu zatem żadnej sprzeczności.

Ostatecznie zatem, trafne jest stanowisko Sądu Okręgowego, że powód nie mógł zgłosić podwykonawcy, o którego istnieniu nie wiedział, nie mógł przedstawić umowy, której z nim nie zawarł, ani też nie może odpowiadać za jego faktyczne wykonywanie prac na budowie.

Odnosnie natomiast firmy (...) sp. j. Z B. Ż., jest bezsporne, że powód zawarł z nią umowę – w miejsce firmy (...) z pominięciem oficjalnej procedury, to jest bez pisemnej zgody zamawiającego wymaganej w § 6 ust. 1 umowy o generalne wykonawstwo. Jak jednak wskazał Sąd Okręgowy, pozwany odnośnie tego przypadku nie wyczerpał procedury z pkt 15 ust. 1 lit. d umowy, to jest nie wystosował do powodowego wykonawcy pisemnego wezwania do uzupełnienia braków w terminie nie krótszym niż 5 dni. Nie wykonał zatem obowiązku warunkującego nałożenie kary, przewidzianego dla pierwszego przypadku takiego naruszenia.

Osią sporu pozostaje natomiast, czy podmiot ten był pierwszym niezgłoszonym pozwanemu podwykonawcą, w odniesieniu do którego wymóg ten się uaktualnił, czy też status ten miała firma (...) sp. z o.o. (...)

Pozwany nie podważył skutecznie stanowiska Sądu Okręgowego, że wymóg procedury naprawczej nie dotyczył (...) sp. z o.o. (...), bowiem nie był to podwykonawca w zakresie wykonywania prac budowlanych, przy uwzględnieniu, że dokonywał on jedynie wywozu humusu i gruzu.

Pozwany podnosi, że obowiązek zgłoszenia podwykonawców nie dotyczył tylko podmiotów wykonujących roboty budowlane w rozumieniu art. 647¹ k.c., ale podejmujących się jakkolwiek prac objętych przedmiotem umowy oraz że prace terenowe mieszczą się w pojęciu robót budowlanych.

Zgodnie z § 6 umowy wykonawca może posługiwać się podwykonawcami „przy realizacji niniejszej umowy”, a „przedmiotem umowy o podwykonawstwo jest wyłącznie wykonanie prac, które ściśle odpowiadają przedmiotowi umowy”. Wynika stąd, że umowa o podwykonawstwo nie może wykraczać poza zakres umowy o generalne wykonawstwo. Zapis ten nie precyzuje, czy umowa o podwykonawstwo może dotyczyć jakiegokolwiek zakresu umowy, czy tylko robót budowlanych sensu stricto.

Z § 7 pkt 3 umowy wynika, że wykonawca na własny koszt ponosi koszty związane między innymi wszelkich usług i rzeczy niezbędnych do prawidłowego wykonania całości przedmiotu umowy i oddania inwestycji do użytku (pkt 3.), że po zakończeniu robót wykonawca zobowiązany jest uporządkować teren budowy i przekazać go zamawiającemu (pkt 8), oraz że odpowiada za bezpośrednie otoczenie placu budowy (pkt 9). Z powyższego wynika, że strony rozróżniały pojęcie robót i dodatkowych usług, jak też rozgraniczały roboty budowlane i prace porządkowe.

Jak natomiast wynika z art. 647 k.c., treścią zobowiązania wykonawcy w umowie o roboty budowlane jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Zatem umowa o roboty budowlane dotyczy większych przedsięwzięć o zindywidualizowanych właściwościach fizycznych i użytkowych, którym co do zasady towarzyszy projektowanie oraz zinstytucjonalizowany nadzór. Przedmiotem umowy o roboty budowlane jest zatem obiekt stanowiący samoistną całość, dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym.

Z kolei pojęcie podwykonawcy jest w kodeksie cywilnym zawężone do dalszego wykonywania nie jakichkolwiek prac, a właśnie robót budowlanych. Z art. 647¹ § 1. wynika,

że inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych.

Należy mieć równocześnie na względzie, że umowa co do procedury udzielenia zgody na zatrudnienie podwykonawcy odwołuje się do art. 647¹ § 2 zdanie 2 k.c., z niego zaś wynika, że zgoda na zgłoszenie, o którym mowa w § 1, nie jest wymagana, jeżeli inwestor i wykonawca określili w umowie, zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę. Znowu zatem pojęcie podwykonawcy zostało tu sprzężone z pojęciem robót budowlanych.

Rację ma pozwany, że na roboty budowlane może składać się szereg prac, które osobno stanowiłyby tylko wykonanie dzieła, czy usługi, a łącznie wyczerpują zakres szeroki i specjalistyczny, składając się na wykonanie obiektu budowlanego.

Jednak przyjęć należy, że jeżeli dany podmiot wykonuje samodzielnie tylko drobne prace, które same w sobie wyczerpują jedynie znamiona dzieła czy usługi, jak właśnie wywóz ziemi – to tenże zakres prac nie stanowi robót stricte budowlanych. Dodatkowo porządkowanie terenu po wykonaniu obiektu budowlanego, nie jest częścią jego wznoszenia i nie wymaga szczególnej wiedzy technicznej typowej dla procesu budowlanego.

Dlatego, wobec rozgraniczenia przez same strony robót budowlanych i porządkowych i zarazem wyraźnych odniesień do kodeksu cywilnego – łączącego pojęcie podwykonawcy z wykonywaniem robót stricte budowlanych - uzasadniona jest zdaniem Sądu Apelacyjnego wąska interpretacja tego terminu.

W konkluzji należy uznać, że pierwszym niezgłoszonym podwykonawcą była firma I. T. sp. j. (...) B. Ż. i to w odniesieniu do niej zachodziła potrzeba wystosowania wezwania do uzupełnienia braków. Skoro zaś obowiązek ten nie został dopełniony, w żadnym z analizowanych przypadków nie ziszczyły się przesłanki do naliczenia kar umownych z § 15 ust. 1 lit. d, e, f.

Sporne między stronami na etapie postępowania apelacyjnego pozostawały też podstawy do zmiarkowania kar, uznanych przez Sąd Okręgowy za słuszne co do zasady i zakres tego miarkowania.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Tak jak przyjął Sąd Okręgowy, choć z opóźnieniem, to powód ostatecznie wykonał zobowiązanie w całości i już z tej przyczyny mógł się domagać obniżenia kary umownej. Przesłankę wykonania świadczenia należy w ocenie Sądu odwoławczego odnieść nie do czasu kiedy powód pozostawał w opóźnieniu, ale do stanu aktualnego, będącego podstawą orzekania (art. 316 § 1 k.p.c.).

Wbrew stanowisku pozwanego, choć kara umowna należy się w kwocie zastrzeżonej bez względu na wysokość poniesionej szkody, to kwestia istnienia i rozmiaru szkody po stronie wierzyciela powinna być analizowana, jeżeli wierzyciel nie powołuje się na konkretną szkodę. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (por.: wyrok Sądu Apelacyjnego w (...))

z dnia 29 października 2015 r., I ACa 524/15, Legalis nr 2107600, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2009 r., III CSK 198/08, Legalis nr 235118). Pozwany wprawdzie wskazuje jak opóźnienia przełożyły się na jego interesy, podając nie mógł korzystać z lokalu zgodnie

z przeznaczeniem, że zmuszony był korzystać z serwisów zewnętrznych, jednak konkretnych uszczerbków majątkowych na tym tle nie precyzuje.

Należy mieć ponadto na względzie, że opóźnienia w zakresie kamieni milowych o tyle tylko mogły wywołać skutki materialne po stronie zamawiającego, o ile wpłynęły na opóźnienie w odbiorze końcowym, które ostatecznie wyniosło 28 dni. Pozwany swój uszczerbek odnosił przecież do braku możliwości pełnego korzystania z obiektu i zakłóceń w funkcjonowaniu działalności gospodarczej, mimo uzyskania formalnego pozwolenia na użytkowanie.

Pomijając, że za opóźnienie końcowe została naliczona osobna kara umowna – to wpływ opóźnień pośrednich na finalny termin zakończenia prac jest trudno uchwytny.

W odniesieniu do zapewnienia szczelności dachu wynika to z faktu, że następujący po nim termin kamienia milowego w postaci wykonania posadzki przemysłowej hali dystrybucyjnej i serwisowej (4 listopada 2016 r.) został zachowany.

Jeżeli chodzi o opóźnienie w montażu zbiornika przeciwpożarowego – czyli wykonania zadania w zasadzie rozłączonego z głównym frontem robót, trudno także określić w jaki sposób zaważyło to na ostatecznym zakończeniu prac. Pozwany nie wskazywał nawet na poziomie ogólnym na związek tego opóźnienia z możliwością prowadzenia działalności gospodarczej, ograniczenie funkcjonalności obiektu wiążąc jedynie z brakiem wykończenia hali serwisowej i nawierzchni jezdnej. Mimo zatem, że w tym konkretnie przypadku pozwany obciążył powoda karą mniejszą niż mógł na podstawie wzoru z § 15 ust. 4 (203.364 zł z 403.089,28 zł), a wysokość tej kary zredukowano o połowę, to ma to swoje słusznościowe usprawiedliwienie.

Konkludując, wysokość poszczególnych kar jest rażąca w kontekście wagi i znaczenia poszczególnych opóźnień oraz niewymierności ubytków majątkowych po stronie inwestora.

Nie mógł przynieść skutku argument, że kara zamiarkowana została na niekorzyść słabszego ekonomicznie podmiotu. Przesłanki miarkowania kary należy badać na poziomie konkretnej umowy, a nie globalnej sytuacji jej stron. Instytucja ta ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela.

Racje słusznościowe i interes pozwanego wierzyciela godzi w ocenie Sądu Apelacyjnego obniżenie wszystkich kar o połowę. Nie sprzeciwia się temu okoliczność, że zapisy co do kar były między stronami negocjowane, z natury swojej miarkowanie kary umownej stanowi odstępstwo od uzgodnionej woli stron. Odpowiadając na zarzut, że jest to rozstrzygnięcie arbitralne i dowolne, należy zauważyć, że każdy przypadek miarkowania kary należy do władzy dyskrecjonalnej sędziego i zakłada w sobie element uznaniowości. Konstrukcja ta w swoich założeniach nie opera się na podstawach możliwych do przekalkulowania, ale na wyczuciu i doświadczeniu orzecznictwa. Taka ingerencja w treść stosunków umownych może być w toku kontroli instancyjnej skutecznie podważona jedynie w przypadku wyrazistego i rażącego nadużycia tej reguły orzekania. Przesłanki te jednak w okolicznościach sprawy nie zachodzą, a rozstrzygnięcie spełnia kryterium słuszności i racjonalności. Również w ocenie Sądu drugiej instancji kary połowiczne, w stosunku do zastrzeżonych, będą miały odpowiedni walor ekonomiczny i nie będą prowadziły do oczywistego wzbogacenia się wierzyciela. Brak równocześnie podstaw do zmniejszenia ich w większym jeszcze stopniu – zgodnie z wnioskiem powoda.

W tym stanie rzeczy obie apelacje podlegały oddaleniu, a to z mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono z uwzględnieniem, że powód wygrał spór w instancji odwoławczej w około 80 % (z łącznej wartości przedmiotu

zaskarżenia z obu apelacji wynoszącej 1.640.706 zł, przegrał w zakresie apelacji własnej – to jest co do kwoty 327.331 zł i wygrał w zakresie apelacji pozwanego, zatem co do kwoty 1.313.375 zł). W tej sytuacji – przy zastosowaniu zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu z art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. – z poniesionych przez niego w postępowaniu apelacyjnym kosztów procesu w sumie 24.367 zł (na które składają się opłata od apelacji w kwocie 16.267 zł i wynagrodzenie pełnomocnika równe 8.100 zł) pozwany winien zwrócić mu kwotę 19.493,60 zł, stanowiącą 80% ich wartości. Pozwanemu należy się zaś od powoda zwrot 14.753,80 zł, to jest 20 % poniesionych przez niego kosztów procesu wynoszących łącznie 73.769 zł (z czego 65.669 zł to opłata od apelacji, a 8.100 zł to wynagrodzenie pełnomocnika). Ostatecznie zatem należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego kwotę 4.739,80 zł.

Wysokość kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym ustalono na podstawie § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie z dnia 22 października 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1800 z późn. zm.).

Mikołaj Tomaszewski Marek Górecki Bogdan Wysocki