

**Sygn. akt VI GC 132/14**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 21 października 2014 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Renata Bober

**Protokolant: st.sekr.sądowy Agnieszka Krztoń**

po rozpoznaniu w dniu 7 października 2014 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Spółki z o.o. z/s w S.

przeciwko: (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością Spółce komandytowej z/s w R.

o zapłatę kwoty 132.732 zł

I. zasądza od pozwanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z/s w R. na rzecz powoda (...) Spółki z o.o. z/s w S. kwotę 132.732 zł (sto trzydzieści dwa tysiące siedemset trzydzieści dwa złote) z ustawowymi odsetkami od dnia 22 stycznia 2014r. do dnia zapłaty,

II. zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 10.478 zł (dziesięć tysięcy czterysta siedemdziesiąt osiem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania obejmującą kwotę 3.617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt VI GC 132/14

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 21 października 2014 r.**

Pozwem w niniejszej sprawie powód (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. wniósł o zasądzenie od (...) Sp. z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w R. kwoty 132.732,00 zł wraz ustawowymi odsetkami i kosztami postępowania.

W uzasadnieniu powyższego powód wskazał, iż strony łączyła umowa przedmiotem której była budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego zawarta w dniu 28 września 2012 r. W trakcie realizacji przedmiotowej umowy, pozwany zlecił powodowi wykonanie prac dodatkowych. W związku z ich wykonaniem, powód dnia 31 grudnia 2013 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 132.732,00 zł którą pozwany przyjął i zaksięgował. Powyższa faktura została zaakceptowana i podpisana przez prezesa spółki będącej komplementariuszem G. K.. Ponadto w piśmie "potwierdzenie salda" pozwany przyznał zasadność przedmiotowej faktury. W związku z faktem, iż pomimo upływu ustalonego terminu zapłaty pozwany nie wywiązał się z obowiązku zapłaty, w dniu 7 lutego 2014 r. powód wezwał pozwanego do dobrowolnego jednakże bezskutecznie. Wobec tego pozew w niniejszej sprawie stał się zasadny i konieczny.

Dnia 20 marca 2014 r. tut. Sąd wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym zgodnie z żądaniem pozwu, sygn. akt VI GNc 72/14.

Od powyższego nakazu zapłaty sprzeciw wniosła strona pozwana, zaskarżając przedmiotowy nakaz zapłaty w całości wnosząc zarazem o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych.

Ponadto pozwany zgłosił zarzut potrącenia wierzytelności przysługującej (...) Sp. z o.o. Sp. k. względem powoda z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonywanie przez powoda umów o roboty budowlane zawartych z pozwanym tj. umowy o roboty budowlane z dnia 28 września 2012 r. (budynek nr 6) - wierzytelność z tytułu kary umownej w wysokości 259.200,00 zł (za okres od dnia 1 listopada 2013 r. do dnia 16 lutego 2014 r.) oraz umowy o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r. (budynek nr 5) - wierzytelność z tytułu kary umownej w wysokości 507.000,00 zł (za okres od dnia 1 września 2013 r. do dnia 16 lutego 2014 r.) tj. w łącznej wysokości 766.200,00 zł z wierzytelnością przysługującą powodowi względem pozwanego z tytułu wynagrodzenia za dodatkowe roboty budowlane, wykonane w związku z realizacją umowy o roboty budowlane z dnia 28 września 2012 r. w wysokości 132.732,00 zł, wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r.

W uzasadnieniu powyższego pozwany wskazał, że na mocy oświadczenia z dnia 19 lutego 2014 r., które dotarło do powodowej spółki w dniu 20 lutego 2014 r. dokonał potrącenia wierzytelności mu przysługujących względem powoda z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonywanie przez powoda umów o roboty budowlane zawartych z pozwanym tj. umowy o roboty budowlane z dnia 28 września 2012 r. i umowy o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r. w łącznej wysokości 766.200,00 zł z wierzytelności przysługujących powodowi względem pozwanego z tytułu wynagrodzenia za dodatkowe roboty budowlane, wykonane w związku z realizacją przedmiotowej umowy o roboty budowlane z dnia 28 września 2012 r. w wysokości 132.732,00 zł wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r.

Pozwany wskazał, że poza przedmiotową umową o roboty budowlane, której dotyczą roboty dodatkowe objęte fakturą VAT nr (...) której zapłaty powód dochodzi w niniejszym postępowaniu, strony łączyły też inne umowy o roboty budowlane dotyczące budynków mieszkalnych wielorodzinnych w R., m. in. umowa o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r.

Strona pozwana naprowadziła, iż na mocy umowy o roboty budowlane z dnia 28 września 2012 r. powód zobowiązał się do wykonania zadania związanego z budową budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z wewnętrznymi instalacjami i przyłączeniami mediów zgodnie z dostarczonymi projektami budowlanymi i wykonawczymi oraz zgłoszeniami. Pomimo upływu wskazanego w umowie terminu zakończenia realizacji umowy, powodowa spółka nie zakończyła robót przewidzianych do wykonania w harmonogramie prac i nie zgłosiła pozwanemu gotowości do odbioru końcowego. Ponadto w trakcie realizacji prac strony nie dokonały zmiany terminu robót a okoliczność przedłużenia terminu realizacji robót a także wystąpienia ewentualnych przerw w realizacji umowy, powstałych z przyczyn zależnych od pozwanego, nie została wpisana do dziennika budowy. Pozwany wskazał także, iż pismo powoda z dnia 12 lutego 2014 r. zatytułowane "wypowiedzenie umowy", w którym powód podał jako przyczynę wypowiedzenia przedmiotowej umowy brak zapłaty przez pozwanego faktury nr (...) z dnia 18 października 2013 r. uznał za bezskuteczne, jako przyczynę wskazując, iż umowa z dnia 28 września 2012 r. nie przewiduje w swej treści możliwości jej wypowiedzenia przed zakończeniem okresu jej obowiązywania. Niezależnie od powyższego pozwany dodał, iż w przedmiotowej umowie strony przewidziały umowne prawo odstąpienia od umowy przez wykonawcę w przypadku niewywiązywania się przez zamawiającego z obowiązku zapłaty faktur w terminach ustalonych w umowie, pomimo pisemnego wezwania, w terminie 30 dni od dnia otrzymania wezwania do zapłaty. Jednakże w ocenie pozwanego, prawo do odstąpienia od umowy przez wykonawcę zostało zastrzeżone w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 395 § 1 k.c. gdyż nie został określony termin, w którym wykonawca może z tego uprawnienia skorzystać w związku z czym zastrzeżenie takie jest nieważne a odstąpienie od umowy nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Ponadto pozwany zarzucił, że powód w oświadczeniu o wypowiedzeniu powołał się na brak zapłaty faktury VAT nr (...) z dnia 18 października 2013 r. nie przedkładając pozwanemu przedmiotowej faktury wraz z protokołem odbioru prac zatwierdzonym przez inspektora nadzoru co skutkowało tym, iż nie zostały spełnione warunki wymagalności wynagrodzenia określone w przedmiotowej umowie a co za tym idzie brak jest podstaw do

zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia objętego w/w fakturą oraz wskazania braku zapłaty tej faktury jako podstawy wypowiedzenia umowy. Pozwany wskazał ponadto, że po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu umowy, powód nie wykonał zobowiązań jakie umowa nakłada na wykonawcę w razie odstąpienia od umowy, co w ocenie pozwanego wskazuje na to, iż powód nie uważał złożonego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy za oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

W związku z bezskutecznością złożonego oświadczenia o odstąpieniu od przedmiotowej umowy przez powoda, pozwany wezwał powoda do niezwłocznego wykonania robót realizowanych na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 28 września 2012 r. oraz zgłoszenia budynku do odbioru. Na mocy oświadczenia woli z dnia 19 lutego 2014 r. pozwany potrącił przysługującą pozwanemu wierzytelność z tytułu kary umownej za okres od 1 listopada 2013 r. do dnia 16 lutego 2014 tj. do dnia poprzedzającego dzień sporządzenia wezwania do zapłaty wystosowanego do powoda, z wymagalnymi wierzytelnościami powoda, wynikającymi z wystawionych przez powoda faktur VAT w tym m.in z częścią wierzytelności wynikającej z objętej pozwem faktury VAT nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. w wysokości 128.520,00 zł. Pozwany wskazał, że wielokrotnie wzywał powoda do zakończenia wykonywania prac objętych umową, zgłoszenia budynku do odbioru i przedłożenia wymaganych dokumentów. W związku z wyczerpaniem umownych i ustawowych przesłanek do odstąpienia od umowy, pozwany w dniu 20 marca 2014 r. złożył powodowi oświadczenie w przedmiocie częściowego odstąpienia od umowy z dnia 28 września 2012 r. Ponadto pozwany naliczał od dnia 1 listopada 2013 do dnia 19 marca 2014 r. tj. do dnia częściowego odstąpienia przez pozwanego od umowy, karę umowną z tytułu zwłoki w wykonywaniu przedmiotu umowy z dnia 28 września 2012 r.

Strona pozwana wskazała także, iż na mocy umowy o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r. powód zobowiązał się do wykonania zadania w przedmiocie budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z wewnętrznymi instalacjami i przyłączeniami mediów zgodnie z dostarczonymi projektami budowlanymi i wykonawczymi oraz zgłoszeniami. Pozwany wskazał, że powodowa spółka nie realizowała poszczególnych etapów robót w terminach określonych w harmonogramie prac, pozostając w zwłoce w ich realizacji począwszy od dnia 1 września 2013 r. z powodu braku realizacji etapu 5 wskazanego w harmonogramie prac oraz kolejnych etapów wskazanych w umowie. W trakcie realizacji umowy strony nie dokonały zmiany terminu zakończenia robót ponadto ani okoliczność przedłużenia terminu realizacji robót ani wystąpienia ewentualnych przerw w realizacji umowy, powstałych z przyczyn zależnych od pozwanego nie została wpisana w dzienniku budowy. Pozwany wskazał także, iż pismo powoda z dnia 12 lutego 2014 r. zatytułowane "wypowiedzenie umowy", w którym powód podał jako przyczynę wypowiedzenia przedmiotowej umowy brak zapłaty przez pozwanego faktury nr (...) z dnia 18 listopada 2013 r., uznał za bezskuteczne, jako przyczynę wskazując, iż umowa z dnia 10 kwietnia 2012 r. nie przewidywała w swej treści możliwości jej wypowiedzenia przed zakończeniem okresu jej obowiązywania. Niezależnie od powyższego pozwany dodał, iż w przedmiotowej umowie strony przewidziały umowne prawo odstąpienia od umowy przez wykonawcę jednakże w ocenie pozwanego, prawo do odstąpienia od umowy przez wykonawcę zostało zastrzeżone w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 395 § 1 k.c. gdyż nie został określony termin, w którym wykonawca może z tego uprawnienia skorzystać w związku z czym zastrzeżenie takie jest nieważne a odstąpienie od umowy nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Pozwany wskazał ponadto, że po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu umowy, powód nie wykonał zobowiązań jakie umowa nakłada na wykonawcę w razie odstąpienia od umowy, co w ocenie pozwanego wskazuje na to, iż powód nie uważał złożonego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy za oświadczenie o odstąpieniu od umowy

W związku z bezskutecznością złożonego oświadczenia o odstąpieniu od przedmiotowej umowy przez powoda, pozwany wezwał powoda do niezwłocznego wykonania robót realizowanych na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r. w tym do wykonania zaległych robót wynikających z harmonogramu prac na budynku nr 5 stanowiącego załącznik nr 2 do przedmiotowej umowy. Na mocy oświadczenia woli z dnia 19 lutego 2014 r. pozwany potrącił przysługującą pozwanemu wierzytelność z tytułu kary umownej za okres od 1 września 2013 r. do dnia 16 lutego 2014 tj. do dnia poprzedzającego dzień sporządzenia wezwania do zapłaty wystosowanego do powoda, z wymagalnymi wierzytelnościami powoda, wynikającymi z wystawionych przez powoda faktur VAT, w tym m. in. z częścią wierzytelności wynikającej z objętej pozwem faktury VAT nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. w wysokości 4.212,00 zł. Pozwany wskazał, że mimo wezwań do wykonania zaległych prac oraz ich kontynuowania zgodnie z umową, powód

nie wykonał zarówno zaległych jak i bieżących prac, do których realizacji był zobowiązany zgodnie z umową z dnia 10 kwietnia 2012 r. W związku z wyczerpaniem umownych i ustawowych przesłanek do odstąpienia od umowy, pozwany w dniu 10 marca 2014 r. złożył powodowi oświadczenie w przedmiocie częściowego odstąpienia od umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r. Ponadto pozwany naliczał od dnia 1 września 2013 do dnia 10 marca 2014 r. tj. do dnia częściowego odstąpienia przez pozwanego od umowy, karę umowną z tytułu zwłoki w wykonywaniu przedmiotu umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r.

Pozwany nadmienił, iż w wyniku dokonanych potrąceń, wzajemne wierzytelności stron uległy umorzeniu do wysokości wierzytelności niższej, zatem wierzytelność dochodzona przez stronę powodową w niniejszym postępowaniu wygasła, a powództwo powinno zostać oddalone w całości.

W odpowiedzi na sprzeciw pozwanego od nakazu zapłaty, powód podtrzymał wszelkie wnioski i twierdzenia zawarte w pozwie. Ponadto z ostrożności procesowej, na podstawie art. 484 § 2 k.c. zgłosił zarzut konieczności miarkowania wysokości kary umownej naliczonej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy z dnia 28 września 2012 r. z uwagi na fakt wykonania zobowiązania w znacznej części.

W uzasadnieniu powyższego, powód kwestionuje zasadność nałożonych przez pozwanego kar umownych a w konsekwencji zasadność zgłoszonego przez pozwanego zarzutu potrącenia. Odnośnie kwestii wierzytelności pozwanego z tytułu kary umownej naliczonej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r. powód wskazując na postanowienia w/w umowy stwierdził, iż do dnia 31 grudnia 2014 r. powód nie mógł popaść w zwłokę w realizacji przedmiotu umowy, bowiem wskazany w umowie termin jeszcze nie upłynął. Ponadto żaden z zapisów umowy nie przewiduje możliwości naliczenia kary umownej z tytułu zwłoki w realizacji poszczególnych etapów inwestycji. Wobec powyższego naliczenie kary umownej z tytułu zwłoki w realizacji przedmiotowej umowy było bezpodstawne.

Z ostrożności procesowej powód wskazał, że nie pozostawał w zwłoce z wykonaniem poszczególnych etapów inwestycji albowiem na przełomie maja i czerwca 2012 r. pozwany nakazał wstrzymać wszelkie prace budowlane na budynku nr 5 objętym przedmiotową umową do odwołania. Przedmiotowe prace wznowiono dopiero w październiku 2012 r. Co do zaistniałego wstrzymania prac budowlanych nie poczyniono wzmianki w dzienniku budowy na prośbę pozwanego. Powód nadmienił, iż podczas prac na budynku nr 5 pozwany pozostawał w zwłoce m. in. z zapłatą faktur; nr 10/10/2012 - zwłoka od 20.11.2012 r. do 8.05.2013; nr 06/11/2012 zwłoka od 21.11.2012 do 08.05.2013 r; nr 05/12/2012 zwłoka od 29.12.2012 do 4.06.2013 r. Powód wskazał, że we wskazanych okresach przysługiwało mu prawo do wstrzymania robót, z którego jednak nie skorzystał. Powód jednakże poinformował pozwanego o wstrzymaniu robót do czasu uregulowania płatności. Powód wskazał również, iż skutecznie odstąpił od umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r. Pomimo, iż pismo zatytułowane zostało "wypowiedzenie umowy" to jego treść nie może pozostawiać wątpliwości, że intencją powoda było w istocie odstąpienie od umowy. W ocenie powoda świadczy o tym przywołana podstawa odstąpienia także jego uzasadnienie. Dodatkowo powód wezwał pozwanego do wykonania czynności wynikających z umowy w tym do odbioru dokonanych robót. W piśmie tym powód wyraźnie podtrzymał oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

W odniesieniu do potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy z dnia 28 września 2012 r. powód również kwestionuje zasadność ich naliczenia. W ocenie powoda w pełni aktualne w kontekście budynku nr 6 pozostają przywołane odnośnie budynku nr 5 argumenty w przedmiocie wykładni zawartej pomiędzy stronami umowy, w szczególności w kwestii braku konieczności wpisywania wstrzymywania prac z powodu zwłoki pozwanego w zapłacie. Powód wskazał, że na budynku nr 6 pozwany pozostawał w zwłoce, m. in. z zapłatą faktur:

- faktury (...) - zwłoka od 27.10.2012 r. do 8.11.2012 r.
- faktury (...) - zwłoka od 27.10.2012 r. do 8.11.2012 r.
- faktury (...) - zwłoka od 20.11.2012 r. do 27.12.2013 r.

- faktury nr (...) - zwłoka od 29.12.2012 r. do 01.02.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 1.01.2012 r. do 10.01.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 01.01.2013 r. do 04.01.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 07.03.2013 r. do 27.03.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 27.03.2013 r. do 28.03.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 30.07.2013 r. do 01.08.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 30.07.2013 r. do 01.08.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 14.08.2013 r. do 27.08.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 14.08.2013 r. do 29.08.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 21.11.2013 r. do 23.12.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 06.12.2013 r. do 23.12.2013 r.
- faktury nr (...) - zwłoka od 07.12.2013 r. do 23.12.2013 r.

W powyższych okresach powód miał prawo do wstrzymywania robót, z którego to prawa skorzystał.

Dodatkowo powód wskazał, iż w połowie 2013 r. w związku ze zmianą projektu dachu tj. przystosowaniem poddasza budynku nr 6, co stanowiło zmianę przedmiotu umowy z dnia 28 września 2012 r. nastąpiło faktyczne wydłużenie terminu realizacji przedmiotowej inwestycji, które to wydłużenie nie zostało stwierdzone odpowiednim aneksem do umowy. W związku z powyższym z uwagi na fakt, iż przedmiot umowy został przez pozwanego w znacznym stopniu rozszerzony, w ocenie powoda, należało uznać, iż opóźnienie pozwanego z zakończeniem inwestycji nie było przez niego zawinione, wobec czego nie pozostawał on w zwłoce. Ponadto powód nadmienił, iż analogiczna jak w sytuacji umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r. pozostaje kwestia odstąpienia przez powoda od umowy oraz prawidłowej wykładni złożonego oświadczenia, jak również kwestia wezwania pozwanego do odbioru robót, przebiegu odbioru oraz przyczyn stawienia się przedstawicieli powoda na wyznaczonym przez pozwanego terminie odbioru. Powód zaprzeczył także twierdzeniom pozwanego, jakoby nie przedłożył pozwanemu faktury VAT nr (...) z dnia 18 października 2013 r. albowiem przedmiotowa faktura została przesłana pozwanemu listem poleconym w dniu jej wystawienia. Powód jednakże przyznaje, iż na w/w fakturę nie został sporządzony protokół odbioru. Okoliczność ta, wynikała z wzajemnych ustaleń stron, zgodnie z którymi na faktury wystawione z tytułu robót dodatkowych nie sporządzano protokołów. Pozwany ponadto nigdy nie kwestionował zasadności ani wysokości faktury VAT nr (...). Mając na uwadze powyższe, zdaniem powoda, odstąpił on skutecznie od umowy z dnia 28 września 2012 r.

W piśmie przygotowawczym z dnia 14 lipca 2014 r. pozwany potrzymał w całości dotychczasowe twierdzenia i wnioski dowodowe zawarte w sprzeciwie od nakazu zapłaty.

W uzasadnieniu powyższego w odniesieniu do twierdzeń powoda co do wiarygodności pozwanego z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonywaniu umowy naliczonej na podstawie umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r. pozwany w całości zakwestionował przyjętą przez powoda interpretację przepisów umowy. Wskazał, że wbrew twierdzeniom powoda, zapis pkt 10 ust 1 lit a) umowy jednoznacznie wskazuje, na to, że kara umowna przewidziana została za zwłokę w wykonywaniu przedmiotu umowy a nie za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy co podnosi strona powodowa. Ponadto pozwany podniósł, iż umowa o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r. oprócz ustalenia terminu zakończenia inwestycji, wyznaczonego na dzień 30 grudnia 2014 r. strony w harmonogramie prac na budynku nr 5 przy ul. (...), określiły również terminy realizacji poszczególnych etapów, jak również

ostateczny termin zakończenia poszczególnych prac wskazanych w harmonogramie. Przedmiotowa umowa zatem przewidywała realizację poszczególnych etapów robót i każdy z tych etapów opatrzony został inną datą jego zakończenia. W tej sytuacji zdaniem pozwanego nie ma innej możliwości jak przyjęcie, że powód pozostawał w zwłoce w realizacji kolejnych etapów wskazanych w umowie. Pozwany nadto w całości zaprzeczył twierdzeniom powoda co do wystąpienia okoliczności wstrzymania przez przedstawiciela pozwanego wszelkich prac budowlanych dotyczących budynku nr 5. Pozwany wskazał, że gdyby twierdzenia powoda były prawdziwe, okoliczność wstrzymania prac przez przedstawiciela pozwanego została by umieszczona w dzienniku budowy dotyczącym realizacji przedmiotowej inwestycji. Pozwany wskazał także, iż powód niecelnie odnosi się do pozostawania pozwanego w zwłoce z zapłatą kolejnych faktur VAT albowiem okoliczność ta pozostaje bez wpływu na fakt naliczenia przez pozwanego kar umownych z tytułu zwłoki powoda w wykonywaniu przedmioty umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r. Odnosząc się do kolejnych zarzutów oraz twierdzeń strony powodowej, pozwany wskazywał na ich bezzasadność oraz niecelowość. W tym zakresie pozwany w całości zanegował twierdzenia powoda co do złożenia przez niego skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r. Dodatkowo pozwany wskazał, że skoro powód nie akceptował oświadczenia pozwanego w przedmiocie częściowego odstąpienia od umowy złożonego powodowi przez pozwanego dnia 10 marca 2014 r. to powinien stanowczo zanegować fakt inwentaryzacji wykonanych przez powoda robót według stanu na dzień częściowego odstąpienia od umowy z dnia 10 lutego 2012 r. przez pozwanego. Tymczasem fakt, że przedstawiciele powoda stawili się na placu budowy w terminie wyznaczonym przez pozwanego potwierdza, że powód uznał oświadczenie pozwanego w przedmiocie częściowego odstąpienia od umowy roboty z dnia 10 kwietnia 2012 r. za skuteczne.

Odnosząc się do twierdzeń powoda co do wiarygodności pozwanego z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonywaniu umowy naliczonej na podstawie umowy z dnia 28 września 2012 r. pozwany tak samo jak w przypadku umowy o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r. podtrzymał swoje stanowisko.

Pismem z dnia 5 sierpnia 2014 r. powód podtrzymał wszelkie wnioski i twierdzenia zawarte w złożonych dotychczas pismach procesowych, jednocześnie zaprzeczając wszelkim twierdzeniom strony pozwanej. W uzasadnieniu powyższego pisma powód odniósł się do zarzutów i twierdzeń strony pozwanej wskazując na ich bezzasadność.

### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

Powód prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...) Sp. z o.o. w S. natomiast pozwany pod nazwą (...) Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w R..

Dowód: odpis KRS powoda z dnia 15.02.2014 r., odpis KRS pozwanego z dnia 07.04.2014 r.

Dnia 10 kwietnia 2012 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane której przedmiotem była budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami, oznaczonego w projektach stanowiących załącznik nr 1 wraz z wewnętrznymi instalacjami i przyłączeniami mediów zgodnie z dostarczonymi projektami budowlanymi i wykonawczymi oraz zgłoszeniami (pkt 1 przedmiotowej umowy). Budynek ten zlokalizowany był przy ul. (...) w R., posiadając **roboczy nr "5"**. Termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy strony ustaliły na dzień 7 maja 2012 r. (ust 4 pkt 1). Natomiast termin zakończenia inwestycji - realizacji przedmiotu umowy, strony ustaliły w harmonogramie robót, który stanowił załącznik nr 2, **na dzień 30 grudnia 2014 r.** Termin zakończenia poszczególnych prac przewidzianych harmonogramem upływał 30 września 2014 r. (ust 4 pkt 2). Ponadto strony ustaliły, iż termin zakończenia robót może ulec przesunięciu w przypadku m. in. przerw w realizacji powstałych z przyczyn zależnych od zamawiającego (pozwanego), co powinno mieć odzwierciedlenie każdorazowo w dzienniku budowy pod rygorem utraty możliwości powoływania się na tą okoliczność. (ust 4 pkt 3). Strony ustaliły termin płatności faktur na 21 dni, który rozpoczynał swój bieg od dnia złożenia przez wykonawcę w siedzibie zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury wraz z protokołem odbioru prac. Jeśli zamawiający opóźniłby się z płatnością za prawidłowo wystawioną fakturę, wykonawcy przysługiwałoby prawo wstrzymania prac bez wcześniejszej informacji do czasu uregulowania zaległości (ust 5 pkt 8). Strony postanowiły także, iż obowiązującą je formą odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy są kary umowne. Wykonawca zapłaci zamawiającemu karę

umowną w m. in. za zwłokę/opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki a za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn przez niego zawinionych - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego netto. (ust 10 pkt 1 a) i c). Zamawiający natomiast zapłaci wykonawcy kary umowne za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn zawinionych przez niego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego netto (ust 10 pkt 3). Wynagrodzenie umowne określono na kwotę 3.000.000,00 zł netto (ust 5 pkt 1).

Załącznikiem nr 2 do umowy był zaakceptowany przez strony harmonogram prac na budynku nr 5 przy ul. (...) w R.. Harmonogram określał poszczególne etapy realizacji umowy oraz terminy realizacji poszczególnych etapów, jak również ostateczny termin zakończenia prac. Prace w ramach tej umowy nie były realizowane zgodnie z terminami harmonogramu.

Ponadto przez wzgląd, iż zamawiający opóźniał się z zapłatą wynagrodzenia za prawidłowo wystawioną przez powoda fakturę VAT nr (...), a także inne faktury powód skorzystał z prawa do wstrzymywania robót przysługującego mu na podstawie przedmiotowej umowy. (ust 5 pkt 8), o czym poinformował pozwanego w styczniu 2014r. Pozwany nie zaprzeczył, że zalegał powodowi z płatnościami należności z faktur o numerach (...).

Pismem z dnia 10 lutego 2014 r. powód odstąpił od umowy z dnia 10 kwietnia 2012 r. łączącej go z pozwanym wskazując jako przyczynę wypowiedzenia umowy brak zapłaty przez pozwanego faktury nr (...) z dnia 18/11/2013 r.

Pozwany uznał oświadczenie złożone przez powoda za bezskuteczne, informując o tym stronę powodową pismem z dnia 17 lutego 2014 r.

W związku z uznaniem za bezskuteczne złożonego przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy, pozwany wezwał powoda do niezwłocznego kontynuowania wykonywania robót realizowanych na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r., przy tym do wykonania zaległych robót wynikających z harmonogramu prac na budynku nr 5 przy ul. (...) w R., stanowiącego załącznik nr 2 do umowy. Pozwany zaznaczył również, że w związku z 6-miesięczną zwłoką w wykonywaniu przedmiotu umowy w stosunku do harmonogramu prac stanowiącego załącznik nr 3 do umowy, nalicza karę umowną na podstawie § 10 ust 1 lit a) umowy.

Na mocy oświadczenia z dnia 19 lutego 2014 r., pozwany potrącił przysługującą mu wierzytelność z tytułu kary umownej z wymagalnymi wierzytelnościami powoda, wynikającymi z wystawionych przez niego faktur VAT, w tym m. in. z częścią wierzytelności wynikającej z objętej pozwem faktury VAT nr (...) z dnia 31.12.2013 r. w wysokości 4.212,00 zł.

W związku z okolicznością, że powód w dalszym ciągu nie wykonywał przedmiotu umowy, pozwany nadal naliczał kary umowne z tytułu zwłoki w wykonywaniu przedmiotu umowy. Pismem z dnia 5 marca 2014 r. pozwany wezwał powoda do zapłaty kwoty 51.000,00 zł tytułem kary umownej naliczonej na podstawie pkt 10 ust 1 lit. a) umowy

Mimo wezwań do wykonania zaległych prac i ich kontynuowania zgodnie z umową, powód prac tych nie wykonywał. W związku z powyższym pozwany dnia 10 marca 2014 r. złożył powodowi oświadczenie w przedmiocie częściowego odstąpienia od umowy, jako podstawę wskazując: - niekontynuowanie przez powoda robót do których wykonania powód zobowiązany był na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r., pomimo wezwania złożonego przez pozwanego na piśmie, przez okres co najmniej 14 dni roboczych od daty otrzymania wezwania, - zaniechanie przez powoda w sposób rażąco zobowiązań umownych w zakresie terminowości realizacji robót, mimo dwukrotnych pisemnych wezwań oraz pozostawanie w zwłoce z wykończeniem robót, do których wykonania powód zobowiązany był na podstawie przedmiotowej umowy, tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby powód zdołał je ukończyć w czasie umówionym.

W oświadczeniu dot. częściowego odstąpienia od umowy, pozwany wskazał, że odstępuje od umowy w zakresie całej reszty niespełnionego świadczenia, której odbiór nie wynika z faktur i protokołów odbioru wymienionych w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy. Pozwany wezwał również powoda, na podstawie pkt. 11 ust 4 lit. a) umowy, by

stawił się na placu budowy celem sporządzenia szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót wykonanych w ramach umowy, według stanu na dzień odstąpienia.

Przedstawiciele powoda stawili się na placu budowy w wyznaczonym terminie w związku z tym sporządzono protokół inwentaryzacji.

Pozwany nie zakwestionował wykonania przez powoda prac w zakresie tej umowy objętych protokołem inwentaryzacji. Sporna pozostawała kwestia skuteczności oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy, a także pozostawania w ewentualnej zwłoce z realizacją poszczególnych etapów prac objętych harmonogramem - do dnia odstąpienia przez pozwanego od umowy, co miało miejsce w tym wypadku przed ustalonym terminem jej realizacji, tj. 30 grudnia 2014r. , a mianowicie pismem z dnia 10 marca 2014r.

Dowód: umowa o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r. wraz z załącznikiem nr 2 stanowiącym harmonogram prac na budynku nr 5 przy ul. (...) w R., Dziennik Budowy w zakresie dotyczącym tej budowy k. 216 -237, pismo powoda z dnia 10 lutego 2014 r. wraz z pismem stanowiącym odpowiedź pozwanego z dnia 17 lutego 2014 r., pismo pozwanego do powoda z dnia 17.02.2014 r., oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z dnia 19.02.2013 r. wraz z dowodem nadania listem poleconym, wezwanie do zapłaty z dnia 05.03.2013 r., wraz z dowodem nadania listem poleconym, oświadczenie w przedmiocie częściowego odstąpienia od umowy z dnia 10.03.2014 r. wraz z dowodem nadania listem poleconym, protokół inwentaryzacji z dnia 12.03.2014 r., zeznania świadków M. L., J. W., J. K., G. Ł., C. Ł., M. P., G. H., J. S., T. S., P. O., A. K., M. R., J. T., dowód z przesłuchania strony powodowej W. K. i strony pozwanej G. K..

Dnia 28 września 2012 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane na mocy której powód zobowiązał się do wykonania budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego oznaczonego w projektach stanowiących załącznik nr 1 wraz z wewnętrznymi instalacjami i przyłączeniami mediów zgodnie z dostarczonymi projektami budowlanymi i wykonawczymi oraz zgłoszeniami. (ust 1 pkt 1). Budynek ten zlokalizowany był przy ul. (...) w R., **posiadając roboczy nr "6"**. Termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy strony ustaliły **na dzień 1 października 2012 r.** (ust 4 pkt 1). Natomiast termin zakończenia inwestycji - realizacji przedmiotu umowy, strony ustaliły w harmonogramie robót stanowiącym załącznik nr 2, **na dzień 31 października 2013 r.** Termin zakończenia poszczególnych prac przewidzianych harmonogramem upływał 30 września 2013 r. (ust 4 pkt 2). Strony przewidziały także, iż termin zakończenia robót może ulec przesunięciu w przypadku przerw w realizacji powstałych z przyczyn zależnych od zamawiającego, co powinno mieć odzwierciedlenie każdorazowo w dzienniku budowy pod rygorem utraty możliwości powoływania się na tą okoliczność (ust 4 pkt 3). Strony postanowiły, że obowiązującą je formą odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy będą kary umowne. Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary mowne m. in. za zwłokę/opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umowy netto za każdy dzień zwłoki a także za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn przez niego zawinionych - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego netto. (ust 10 pkt 1 a) i c). Natomiast zamawiający zapłaci wykonawcy kary umowne za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn zawinionych przez zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego netto. (ust 10 pkt 3). Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe netto w kwocie 2.400.000,00 zł (ust 5 pkt. 1). Podstawą zapłaty za przedmiot umowy były przekazane zamawiającemu faktury przejściowe wraz z dokumentami rozliczeniowymi, stosowanymi gwarancjami, atestami, oraz faktura końcowa wystawione przez wykonawcę z zastrzeżeniem, iż faktury przejściowe wystawiane będą zgodnie z harmonogramem prac i zawsze po wykonaniu konkretnego etapu, w wysokości którą określa załącznik nr 2 do umowy na podstawie protokołu sporządzonego przez Kierownika budowy, sprawdzonego i zaakceptowanego przez Inspektora Nadzoru w terminie do 3 dni od daty przedłużenia (ust 5 pkt 5 i 6 umowy).

Załącznikiem nr 2 do umowy był zaakceptowany przez strony harmonogram prac na budynku nr 6 przy ul. (...) w R.. Harmonogram określał poszczególne etapy realizacji umowy oraz terminy realizacji poszczególnych etapów, jak również ostateczny termin zakończenia prac.



Pomimo upływu wskazanego w umowie terminu zakończenia realizacji umowy, powodowa spółka nie zakończyła robót przewidzianych do wykonania w harmonogramie prac i nie zgłosiła pozwanemu gotowości do odbioru końcowego przez wzgląd, iż zamawiający opóźniał się z płatnościami, w tym z zapłatą wynagrodzenia za prawidłowo wystawioną fakturę VAT nr (...) z dnia 18.10.2013 r. (faktura za roboty dodatkowe).

Pismem z dnia 10 lutego 2014 r. powód odstąpił od przedmiotowej umowy z dnia 28 września 2012 r., jako przyczynę podając brak zapłaty przez pozwanego należności z powyższej faktury.

Faktura nr (...) została wysłana pozwanemu drogą pocztową - listem poleconym oraz drogą elektroniczną. Faktura ta wystawiona została 18 października 2013r. i wskazano w niej, że dotyczy robót dodatkowych do przedmiotowej umowy. Powód w piśmie procesowym będącym odpowiedzią na zarzuty strony pozwanej odnośnie tej faktury podał, że zgodnie ze wzajemnymi ustaleniami stron protokoły odbioru w zakresie robót tzw. dodatkowych nie były sporządzane – a pozwany twierdzeniem tym nie zaprzeczył .

Trzeba zaznaczyć, że twierdzenia powoda w tym zakresie potwierdzenie znajdują również w okolicznościach dotyczących rozliczenia faktury dochodzonej niniejszym pozwem, obejmującej również roboty dodatkowe, do której nie został sporządzony protokół odbioru – a pozwany należności za roboty dodatkowe w tym zakresie, pomimo braku tego protokołu nie kwestionuje.

Pozwany nie zaprzeczył również twierdzeniom powoda, że w czasie realizacji tej umowy pozostawał w zwłoce z zapłatą szeregu faktur, a mianowicie faktur o numerach (...).

Faktura ta nie została przez stronę pozwaną zapłacona.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie wskazuje, że zarówno pozwana spółka jak i inne podmioty realizujące zadania na tej inwestycji powiązane osobowo zalegały powodowi z płatnościami. Potwierdziła to też słuchana w charakterze świadka J. K. zatrudniona w charakterze głównej księgowej zeznając na rozprawie w dniu 7 października 2014r., że w okresie jej pracy firma pozwana miała duże zaległości płatnicze w stosunku do powoda, zaległości te sięgały kwoty 600 tys. zł. Świadek zeznała również, że nie zetknęła się z sytuacją, aby firma pozwana odmawiała płatności z uwagi na niedostarczenie faktury, wskazując zresztą, że wszystkie faktury ujęte były w potwierdzanych wzajemnie saldach, a więc musiały być księgowane. Brak płatności w tak znacznym zakresie przez pozwanego spowodował trudności finansowe w firmie powoda.

Wykaz faktur nie zapłaconych obejmuje min. sporządzone przez powoda wezwanie do zapłaty z dnia 10 grudnia 2013r. na kwotę łączną 871.390,52 zł , a pozwany nie zakwestionował twierdzeń powoda co do braku płatności należności z tych faktur, które dotyczyły zarówno umowy w zakresie budynku nr 5 jak i 6.

Pozwany uznał oświadczenie złożone przez powoda za bezskuteczne, informując o tym powoda w piśmie z dnia 17 lutego 2014 r.

Pozwany podnosił, iż powód nie przedstawił pozwanemu wskazanej faktury VAT wraz z protokołem odbioru prac zatwierdzonym przez inspektora nadzoru, a tym samym nie spełnił warunków wymagalności wynagrodzenia określonych w pkt.5 ust 2 – 8 umowy. Na brak w dokumentach pozwanego faktury VAT nr (...) z dnia 18.10.2013 r., pozwany wskazywał również w przekazanym powodowi potwierdzeniu salda z dnia 5 lutego 2014 r.

W związku z bezskutecznością złożonego przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy, pozwany wezwał powoda do niezwłocznego wykonania robót realizowanych na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 28 września 2012 r., oraz zgłoszenia budynku do odbioru zgodnie z postanowieniami pkt. 4 ust 11 umowy. Pozwany zaznaczył, że poczynszy od dnia 1 listopada 2013 r. nalicza karę umowną na podstawie pkt. 10 ust. 1 lit. a) umowy. Ponadto pismem z dnia 17 lutego 2014 r. pozwany wezwał powoda do zapłaty kary umownej z tytułu zwłoki w wykonywaniu umowy z dnia 28 września 2012 r., w łącznej wysokości 259.200,00 zł, zastrzegając, że kara umowna jest w dalszym ciągu naliczana ze względu na brak zakończenia wykonywania przedmiotu umowy, zgłoszenia gotowości

do odbioru końcowego oraz podpisania protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy. Do wezwania do zapłaty pozwany załączył m. in. wystawioną notę obciążeniową na kwotę 259,200,00 zł.

Na mocy oświadczenia woli z dnia 19 lutego 2014 r. pozwany potrącił przysługującą pozwanemu wierzytelność z tytułu kary umownej z wymagalnymi wierzytelnościami powoda, wynikającymi z wystawionych przez powoda faktur VAT w tym, m. in. z częścią wierzytelności wynikającej z objętej pozwem faktury VAT nr (...) z dnia 31.12.2013 r. w wysokości 128,520,00 zł.

Pismem z dnia 11 marca 2013 r. pozwany wezwał powoda do zapłaty kwoty 55.200,00 zł tytułem kary umownej naliczonej na podstawie pkt. 10 ust. 1 li a) umowy, wyznaczając termin zapłaty na dzień 17 marca 2014 r. Dodatkowo pismem z dnia 19 marca 2014 r., pozwany wezwał powoda do zapłaty kwoty 19.200,00 zł tytułem kary umownej za zwłokę w wykonywaniu umowy, wzywając powoda do niezwłocznej zapłaty kwoty wskazanej w wezwaniu, załączając kolejną notę obciążeniową.

Pozwany wzywał powoda do zakończenia wykonywania prac objętych umową orz zgłoszenie budynku do odbioru. Mimo wezwań powód nie wykonywał prac, które pozostawały do wykonania, nie kończąc także robót i nie zgłaszając budynku do odbioru. W związku z powyższym, pozwany w dniu 20 marca 2014 r., złożył powodowi oświadczenie w przedmiocie częściowego odstąpienia od umowy z dnia 28 września 2012 r. jako podstawę odstąpienia wskazując: - niekontynuowanie przez powoda robót, do których wykonania powodowa spółka zobowiązania była na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 28 września 2012 r., pomimo wezwania złożonego przez pozwanego na piśmie, przez okres co najmniej 14 dni roboczych od daty otrzymania wezwania, - zaniedbywania przez powoda w sposób rażący zobowiązań umownych w zakresie terminowości realizacji robót, mimo dwukrotnych pisemnych wezwań, - pozostawanie w zwłoce z wykończeniem robót, do których wykonania powód zobowiązany był na podstawie umowy, tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby powodowa spółka zdołała je ukończyć w czasie umówionym. W oświadczeniu dot. częściowego odstąpienia od umowy, pozwany wskazał, że odstępuje od umowy w zakresie całej reszty niespełnionego świadczenia, której odbiór przez pozwanego nie wynika z faktur i protokołów odbioru wymienionych w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy. Pozwany wezwał również powoda na podstawie pkt. 11 ust. 4 lit a) umowy, by stawiał się na placu budowy celem sporządzenia szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót wykonanych w ramach umowy, według stanu na dzień odstąpienia.

Przedstawiciele powoda stawili się na placu budowy w wyznaczonym terminie w związku z czym sporządzono protokół inwentaryzacji budynku nr 6.

Zakres prac wykonanych przez powoda wskazany w tym protokole nie był przez pozwanego kwestionowany.

Według stanowiska strony powodowej odstąpienie przez niego od obu umów wynikało z faktu wstrzymywania się przez stronę pozwaną z płatnościami i powstałymi z tego tytułu dużymi zaległościami, nadto powód wskazywał, że pozwany sam zlecał wstrzymanie kontynuowania prac, prosząc o niewpisywanie powyższego do prowadzonych dzienników budowy – choć obowiązek dokonywania tego wynikał z treści zawartych umów.

Pozwany powyższemu zaprzeczał zarzucając, że powód nie był przygotowany do prawidłowego wykonywania prac, nadto angażował się na terenie innych budów, co uniemożliwiało terminową realizację obowiązków wynikającą z przedmiotowych umów. Pozwany zaprzeczył również aby dokonywane jakiegokolwiek zmiany projektowe w czasie realizacji umów miały wpływ na terminowość prac, bowiem były to zmiany w zasadzie drobne, a mianowicie na poddaszu budynku nr 6. Potwierdził jednak, że na poddaszu tego budynku wprowadzone były zmiany wymagające również zmian w projekcie konstrukcji dachu.

Ostatecznie odnośnie budynku nr 6 prace zostały przez stronę powodową wykonane niemal w całości, do wykonania pozostały jedynie prace przewidziane w etapie 20 (wykonanie balustrad, części robót zewnętrznych).

Bezspornie w budynku nr 5 przez okres blisko pół roku prace nie były prowadzone, a materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie wskazuje aby pozwany pomimo tak długiego okresu przerwy domagał się od powoda ich

kontynuowania, wyznaczał w tym przedmiocie jakiegokolwiek terminy – a więc próbował egzekwować w jakikolwiek sposób realizację obowiązków umownych.

Dowód: umowa o roboty budowlane z dnia 28.09.2012 r., harmonogram prac na budynku nr 6 przy ul. (...) w R., wiadomości e-mail z dnia 14 stycznia 2014 r., z dnia 29 lipca 2013 r., wypowiedzenie umowy przez powoda z dnia 10.02.2013 r., pismo pozwanego do powoda z dnia 17.02.2014 r., potwierdzenie salda z dnia 05.02.2014 r., pismo pozwanego do powoda z dnia 17.02.2014 r., pismo pozwanego stanowiące wezwanie do zapłaty z dnia 17.02.2014 r., nota księgowa nr (...) z dnia 17.02.2014 r., oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z dnia 19.02.2014 r. wraz z dowodem nadania listem poleconym, wezwanie do zapłaty z dnia 11.03.2014 r., wraz z dowodem nadania listem poleconym, nota księgowa nr (...) z dnia 11.03.2014 r., wezwanie do zapłaty z dnia 19.03.2014 r. wraz z dowodem nadania listem poleconym, nota księgowa nr (...) z dnia 19.03.2014 r., pismo pozwanego do powoda z dnia 17.02.2014, z dnia 03.03.2014 r., oświadczenie w przedmiocie częściowego odstąpienia od umowy z dnia 20.03.2014 r. wraz z dowodem nadania listem poleconym oraz dowodem nadania przesyłką kurierską, protokół inwentaryzacji budynku nr 6 z dnia 25.03.2014 r., Dziennik Budowy w zakresie wpisów dotyczących przedmiotowej umowy k. 238-286, zeznania świadków M. L., J. W., J. K., G. Ł., C. Ł., M. P., G. H., J. S., T. S., P. O., A. K., M. R., J. T., dowód z przesłuchania strony powodowej W. K. i strony pozwanej G. K..

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie powołanych wyżej dowodów z dokumentów oraz z zeznań świadków M. L., J. W., J. K., G. Ł., C. Ł., M. P., G. H., J. S., T. S., P. O., A. K., M. R., J. T. a także na podstawie dowodu z przesłuchania strony powodowej W. K. i strony pozwanej G. K..

Autentyczność powołanych wyżej dowodów z dokumentów nie wzbudzała wątpliwości Sądu i korelowała z zeznaniami świadków dlatego też uznane zostały za wiarygodne i poczyniono na ich podstawie ustalenia faktyczne stosownie do dyspozycji art. 244 i 245 k.p.c.

Odnośnie pozostałych wniosków dowodowych to Sąd pominął je na podstawie art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. jako zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, uznając, że okoliczności sporne zostały dostatecznie wyjaśnione.

### ***Rozstrzygając spór Sąd Okręgowy zważył w sprawie co następuje:***

Przede wszystkim trzeba podkreślić, że kwota dochodzona przez powoda niniejszym pozwem stanowiąca wynagrodzenie za wykonane przez niego roboty budowlane dodatkowe nie była co do zasady i co do wysokości przez stronę pozwaną kwestionowana, pomimo tego, że tak jak wspomniano również w przypadku tych robót brak jest formalnego protokołu ich odbioru – co przemawia za przyjęciem za w pełni wiarygodne stanowiska strony powodowej, że takie właśnie były ustalenia stron niniejszego sporu w zakresie płatności za prace dodatkowe. Do rozstrzygnięcia w sprawie pozostawała więc kwestia skuteczności podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia jego wierzytelności z tytułu kar umownych naliczonych za niewykonanie przez powoda w terminie przedmiotu obu umów, tj. umowy z dnia 28 września 2012r. oraz umowy z dnia 10 kwietnia 2012r.

Trzeba na wstępie wskazać, że w obu tych umowach strony postanowiły, że obowiązującą je formą odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy są kary umowne. I tak ustaliły, że za zwłokę/opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy kara ta będzie liczona w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umowy netto za każdy dzień zwłoki (niewątpliwie więc wcześniej użytego sformułowania strony przyjęły kary za zwłokę a nie opóźnienie). Ustaliły też, że w wypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn przez niego zawinionych kara ta wynosić będzie 10 % wynagrodzenia umownego netto, zaś w wypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn przez niego zawinionych naliczona będzie również w takiej wysokości.

Strony ustaliły też, że wykonawcy przysługiwać będzie prawo odstąpienia od umowy bez dodatkowego wezwania min. w przypadku nie wywiązania się przez zamawiającego z obowiązku zapłaty faktur w terminach ustalonych w umowie, pomimo pisemnego wezwania, w terminie 30 dni od otrzymania wezwania do ich zapłaty, przyjęły też, że jeżeli zamawiający opóźni się z płatnością za prawidłowo wystawioną fakturę (...) dni – wykonawcy przysługiwać będzie prawo wstrzymania prac bez wcześniejszej informacji, do czasu uregulowania zaległości. Obie umowy, tj. umowa z

28 września 2012 oraz z 10 kwietnia 2012r. zawierają analogiczne postanowienia w tych kwestiach. Pierwsza z umów miała zostać ostatecznie zrealizowana 31 października 2013r. (pkt 4 umowy), druga zaś 30 grudnia 2014r. (również pkt IV umowy) .

Aby ocenić skuteczność zarzutu potrącenia w pierwszej kolejności należało rozstrzygnąć, czy powód poprzez złożone przez niego oświadczenie w dniu 10 lutego 2014r. – odstąpił od umów zawartych z pozwanym.

W ocenie Sądu Okręgowego, wbrew stanowisku pozwanego, oświadczenia powoda w tym zakresie były skuteczne. Fakt, że pisma kierowane w tym przedmiocie do pozwanego z dnia 10 lutego 2014r. zatytułował on „wypowiedzeniami umów” nie może powodować przyjęcie, że oświadczenia o odstąpieniu nie zostały złożone, bowiem wyraźnie z ich treści wynika, że powód od umów tych odstępuje – takie sformułowanie zawarte jest bowiem w akapicie trzecim powyższych pism.

Strona powodowa składając powyższe oświadczenia powołała się w obu przypadkach na przyczynę braku płatności faktur wskazanych w tych pismach, tj. faktury nr (...) – i bez wątpienia faktury te nie zostały przez stronę pozwaną zapłacone, pomimo wzywania przez powoda do ich zapłaty w dniu 10 grudnia 2013r (okoliczność ta nie była kwestionowana).

Powód więc zgodnie z ustaleniami pkt 11 ust 2 ppkt a umowy w takiej sytuacji mógł więc od niej skutecznie odstąpić zachowując formę w jakiej powinien to uczynić, zgodnie z poczynionymi wzajemnymi ustaleniami.

Trzeba jeszcze raz podkreślić, że obie faktury nie zostały zapłacone, a odnośnie faktury (...) pozwany nie składał żadnych zarzutów.

Co zaś do faktury (...), tak jak wspomniano, pozwany nie zaprzeczył by zlecił do umowy roboty dodatkowe, nie zakwestionował również twierdzenia powoda by płatności za tego rodzaju prace uwarunkowane były protokołami odbioru, zaś fakt, iż zakres prac objęty tą fakturą został wykonany nie budzi żadnej wątpliwości. Zarzut zaś pozwanego co do nie otrzymania tej faktury nie zasługuje w ocenie Sądu na uwzględnienie, mając na uwadze zarówno dowód przesłania jej na adres spółki drogą pocztową, jak również elektroniczną.

Podsumowując, brak płatności w obu wypadkach w myśl zasad przyjętych w umowie uprawniał powoda do odstąpienia od nich w obu przypadkach.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez stronę pozwaną w sprzeciwie od wydanego w sprawie nakazu zapłaty, że brak oznaczenia przez strony w umowach terminu końcowego na wykonanie prawa odstąpienia powoduje nieważność tego zastrzeżenia umownego (a więc uprawnienia do odstąpienia od umowy), co skutkuje, iż złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie wywołuje w takim przypadku żadnego skutku prawnego.

Nie oznaczenie bowiem terminu wykonania prawa odstąpienia w klauzuli umownego prawa odstąpienia zastrzeżonego pod warunkiem istotnego naruszenia umowy nie musi skutkować nieważnością tej klauzuli w umowach wzajemnych, do których znajdują zastosowania przepisy o ustawowym prawie odstąpienia od umowy. Należy uznać, że dopuszczalna jest kwalifikacja tego rodzaju zastrzeżenia umownego jako modyfikacji ustawowego prawa odstąpienia od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu, które unormowano w art. 492 zd. 2 kc. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 czerwca 2009r. sygn. V CSK 454/08 możliwość powoływania się na art. 492 kc będzie oczywista gdy w umowie stron znajdzie się postanowienie, z którego jednoznacznie wynikać będzie, że w razie zwłoki jednej ze stron w spełnieniu świadczenia ściśle określonym, druga będzie uprawniona do odstąpienia od umowy bez konieczności wyznaczania dodatkowego terminu – i z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Także Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 8 stycznia 2012r. sygn. I ACa 793/11 stwierdził, że w przypadku o którym mowa w art. 492 kc nie chodzi o wyznaczenie terminu ad quem do złożenia oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy lecz o wyznaczenie ściśle określonego terminu do spełnianie świadczenia (w niniejszym wypadku do uiszczenia zapłaty), z upływem którego powstaje prawo wierzyciela do odstąpienia od umowy. Również Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 8 maja 2013r. I ACa 424/13 stwierdził, że w razie

gdy w umowie zastrzeżono uprawnienie do odstąpienia od niej na wypadek nie wykonania zobowiązania w ściśle określonym terminie, wówczas art. 395 kc nie ma zastosowania, prawo odstąpienia z art. 492 kc nie jest bowiem modyfikacją umownego prawa odstąpienia, ale modyfikacją ustawowego prawa odstąpienia. W konsekwencji przy ocenie skuteczności tego zastrzeżenia nie ma zastosowania art. 395 kc, a tym samym dla jego skuteczności nie jest konieczne oznaczenie terminu jego wykonania.

Generalnie trzeba przyjąć, że klauzula legis commissoriae daje jednemu z kontrahentów możliwość odstąpienia od umowy o charakterze wzajemnym, w sytuacji gdy druga ze stron nie wykona w oznaczonym terminie wynikającego z w/wym. umowy zobowiązania. Uprawniony dzięki zatasowaniu zastrzeżenia umownego w postaci legis commissoriae nie ma więc konieczności wyznaczania terminu dodatkowego na spełnienie świadczenia (który przewiduje art. 491 par 1 kc w stosunku do umów wzajemnych).

Reasumując więc, w ocenie Sądu powód skutecznie więc od obu umów odstąpił (ze skutkiem ex tunc), co niweczy możliwość naliczania przewidzianych w tych umowach kar za nieterminowe ich wykonywanie.

W tym miejscu należy podkreślić, że Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3.07.2008r. sygn. V ACa 199/08, że obowiązek świadczenia kary umownej ma charakter akcesoryjny wobec zobowiązania głównego. Zgodnie więc z regułą *accessorium sequitur principale* roszczenie o karę umowną dzieli los zobowiązania głównego, a zatem w sytuacji gdy nie istnieje prawnie obowiązek świadczenia głównego, nie istnieje też obowiązek zapłaty kary umownej z nim związanej, zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania. W sytuacji, gdy dłużnik nie ma obowiązku danego świadczenia w wyniku odstąpienia od umowy występuje stan prawny taki, jakby umowa nigdy nie była zawarta, sytuacja prawna wraca do stanu przed zawarciem umowy i nie można mówić o obowiązku utrzymania zapłaty kary umownej związanej z nienależytym świadczeniem zastrzeżonej na wypadek przekroczenia terminu jego wykonania. Gdy nie ma prawnego obowiązku świadczenia, nie można mówić o nienależytym świadczeniu (oczywiście dotyczy to sytuacja rozwiązania umowy ze skutkiem ex tunc).

Sąd Apelacyjny w Katowicach w uzasadnieniu tego wyroku wskazał również, że istnieje dopuszczalność zastrzeżenia w umowie kilku kar umownych, o ile każda z nich związana jest z innym przejawem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania i o ile kary te wzajemnie się nie wykluczają. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku kary zastrzeżonej na wypadek zwłoki w wykonaniu zobowiązania, należącej do kategorii nienależytego wykonania zobowiązania oraz kary umownej za odstąpienie od umowy, będącej, zważywszy na skutki odstąpienia od umowy i związane z tym roszczenia, karą za niewykonanie umowy - przywołując nadto uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1984r. sygn. III CZP 70/83, w której Sąd ten stwierdził, że kary te nie podlegają kumulacji, a co za tym idzie w przypadku takiego zastrzeżenia, w zależności od okoliczności faktycznych, przysługuje jedynie jedna z zastrzeżonych kar. Jeżeli miało miejsce odstąpienie od umowy, można żądać więc jedynie kary umownej za odstąpienie.

Podsumowując, przy przyjęciu, że powód skutecznie od umów łączących go z pozwanym odstąpił (ze skutkiem ex tunc, bowiem nic innego zarówno z ustaleń umownych jak i z oświadczenia o odstąpieniu nie wynika) – pozwany – co do samej zasady - nie miał żadnej podstawy do obciążania powoda karami umownymi za zwłokę w wykonywaniu robót, wobec czego zarzut potrącenia już z tej przyczyny był bezpodstawny.

Również jednak dokonując oceny tego zarzutu w sytuacji przyjęcia, że oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy nie wywołało żadnych skutków prawnych, należałoby w ocenie Sądu Okręgowego przyjąć jak wyżej.

Trzeba wskazać, że oświadczenia pozwanego o odstąpieniu od umów złożone w dniu 10 marca 2014r. w swojej treści wskazują, że dotyczą jedynie części robót, które nie zostały jeszcze przez powoda wykonane ( a więc są to oświadczenia ze skutkiem ex nunc), a poglądy o możliwości złożenia oświadczeń w zakresie umów o roboty budowlane z takim skutkiem właśnie są powszechnie aprobowane w orzecznictwie sądowym.

Do rozważenia w takiej sytuacji pozostawałaby więc kwestia, czy do momentu odstąpienia przez pozwanego od umów powód pozostawał w zwłoce z ich wykonywaniem oraz czy pozwany, zgodnie z treścią tych umów, mógł żądać oprócz kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy także kar za nienależyte ich wykonywanie.

Przypomnieć trzeba, że tak jak wyżej wspomniano, strony niniejszego sporu zastrzegły w umowach kary umowne w przypadku odstąpienia od nich, jednak odnośnie wykonawcy – jedynie w sytuacji, gdy z przyczyn przez niego zawinionych odstąpił on od umowy, w przypadku zaś zamawiającego w sytuacji, gdy odstąpi od umowy z przyczyn przez siebie zawinionych.

Sformułowanie zasad obowiązku zapłaty kar umownych z tego tytułu jest dość niejasne i nasuwa pewne wątpliwości interpretacyjne. Wydaje się więc, że należy w rezultacie tego przyjąć, że strony niniejszych umów nie zastrzegły obowiązku zapłaty kar umownych w wypadkach, gdy którakolwiek z nich odstępuje od umowy z przyczyn obciążających stronę przeciwną.

Powyzsza zaś sytuacja, w ocenie Sądu Okręgowego, dawałoby teoretycznie możliwość w wypadku wypowiedzenia umowy ze skutkiem *ex nunc* naliczania kar umownych za zwłokę w realizacji umowy przez wykonawcę do czasu jej wypowiedzenia, co jak wspomniano miało miejsce pismem wystosowanym do powoda w dniu 10 marca 2014r. Teoretycznie bowiem należałoby przyjmować, że powodowy wykonawca mógł pozostawać w zwłoce od daty ustalonej jako wykonanie zobowiązania do odstąpienia od umowy.

Zauważyć jedynie można w tym miejscu, że poglądy w tej kwestii są również krytykowane w literaturze przedmiotu bowiem wskazuje się, że w sytuacji nie wykonywania zobowiązania przez dłużnika wierzyciel – może teoretycznie nie podejmując żadnych działań zwlekać ze złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez czas nieograniczony, co da mu możliwość naliczania kar nawet znacznie przekraczających wartość całego zobowiązania.

Wydaje się więc w ocenie Sądu Okręgowego, że zasadnym byłoby jednak przyjmowanie, iż możliwość odstąpienia od umowy ze skutkiem *ex nunc* powinna być zastrzeżona w treści umowy, a nie jedynie zależna od oświadczenia uprawnionego w tym zakresie.

Abstrahując jednak od tych rozważań skupić należy się w przedmiotowej sprawie na dwóch kwestiach, a więc, czy pozwany nalicza kary umowne w sposób prawidłowy, jak również, czy powód pozostawał w ogóle w zwłoce w wykonywaniu swojego zobowiązania. Zakres odpowiedzialności bowiem dłużnika z tytułu kar umownych wiąże się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 kc. Z tego względu przesłanki obowiązku zapłaty kary są określone przez przyzmat ogólnych zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej – czyli nie wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Z treści pisma z dnia 10 marca 2014r., jak również dalszych wyliczeń wynika, że pozwany nalicza kary za zwłokę w realizacji poszczególnych etapów robót objętych obiema umowami ustalonych w harmonogramach, przyjmując, że skoro zapis umowy wskazuje, iż kary mogą być naliczane za zwłokę w wykonywaniu przedmiotu umowy, nie zaś w ich wykonaniu, to taki sposób naliczenia kar znajduje uzasadnienie.

W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko to jednak jest błędne, bowiem zastrzeżenie, że w razie zwłoki w wykonywaniu prac budowlanych należy się inwestorowi kara umowna – należy odczytywać, co do zasady, w kontekście całości robót budowlanych, nie zaś terminów zawartych w harmonogramach, które mają charakter orientacyjny co do dat poszczególnych prac. Terminy więc określone w harmonogramie nie mogą być podstawą do naliczania kary umownej. Wiążący dla wykonawcy jest bowiem jedynie termin końcowy i tylko jego przekroczenie może powodować obowiązek naliczania tej kary – chyba, że zgodnie z zasadą swobody umów strony co innego w umowie wyraźnie postanowią, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca. Samo sformułowanie wykonywanie umów – nie może być interpretowane w sposób rozszerzający.

Powyzsze więc, już co do zasady wskazuje, że pozwany nie był uprawniony do naliczania kar umownych w sposób w jaki to uczynił, a zauważyć trzeba i podkreślić, że umowa z dnia 10 kwietnia 2012r. powinna być zrealizowana do dnia

30 grudnia 2014r., a więc pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od niej znacznie przed terminem jej realizacji, co czyni zarzut potrącenia w tym zakresie za w zupełności bezzasadny.

Odnosząc się natomiast do kwestii ewentualnej zwłoki powoda w wykonywaniu robót z umowy z dnia 28 września 2012r. to należy podkreślić przede wszystkim fakt, że zgodnie z treścią tej umowy powód uprawniony był wstrzymać się z jej realizacją w sytuacjach opóźnień pozwanego w płatnościach, co niewątpliwie miało miejsce w niniejszym przypadku (znalazło to wyraz we wcześniejszych ustaleniach Sądu w niniejszej sprawie). Fakt wstrzymywania się z pracami nie musiał być odnotowywany wpisami do dziennika budowy, czy też nie musiał być o tym uprzedzony zamawiający.

W tej sytuacji należało, w ocenie Sądu Okręgowego przyjąć, że przekroczenie terminu realizacji umowy w stosunku do pierwotnie ustalonego nie zostało spowodowane okolicznościami za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Nawet bowiem gdyby przyjąć, że zgodnie z zarzutami pozwanego opóźnił się on w pracach na skutek, np. niedostatecznej ilości pracowników, czy też zaangażowania na innych frontach robót – to w sytuacji zalegania inwestora z płatnościami był uprawniony wstrzymywać się z realizacją prac, takie bowiem ustalenia strony niniejszej umowy wzajemnie poczyniły.

Reasumując powyższe, w świetle przepisu art. 498 §1 kc zarzut potrącenia podniesiony przez stronę pozwaną należało uznać za bezzasadny, co skutkowało zasądzeniem dochodzonej przez powoda kwoty 132.732 zł tytułem wynagrodzenia za roboty budowlane (która nie była przez pozwanego kwestionowana) na podstawie art. 647 kc. O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481§1 kc , a o kosztach postępowania stosowanie do art. 98 § 1 i 3 kpc.