

**Sygn. akt VI GC 385/15**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 6 grudnia 2016 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Anna Walus-Rzasa

**Protokolant: sty. sekretarz sądowy Magdalena Kamuda**

po rozpoznaniu w dniu 22 listopada 2016 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...)Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w R.

przeciwko: (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w T.

o zapłatę

I.zasądza od pozwanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w T. na rzecz powoda Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w R. kwotę 599.557,51 zł ( pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt siedem złotych 51/100) z ustawowymi odsetkami za czas opóźnienia od kwot:

- 374.525,49 zł od dnia 30 stycznia 2014r. do dnia zapłaty,

- 17.405,58 zł od dnia 29 stycznia 2015r. do dnia zapłaty,

- 166.101,15 zł od dnia 30 stycznia 2014r. do dnia zapłaty,

- 41.525,29 zł od dnia 15 stycznia 2016r. do dnia zapłaty,

II.zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 37.196,00 zł ( trzydzieści siedem tysięcy sto dziewięćdziesiąt sześć złotych ) tytułem kosztów procesu , w tym kwotę 7.200,00 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sygn. akt **VI GC 385/15**

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r.**

Pozwem złożonym dnia 21 grudnia 2015 r. powód Syndyk Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej wniósł przeciwko (...) sp. z o.o. w T. o zapłatę kwoty 558.032,22 zł wraz z ustawowymi odsetkami dla kwot:

a) 374.525,49 zł od dnia 30 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty,

b) 17.405,58 zł od dnia 29 stycznia 2015 r. do dnia zapłaty,

c) 166.101,15 zł od dnia 30 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty.

Nadto wniósł o zasądzenie kosztów procesu.

Uzasadniając żądanie pozwu powód wskazał, że na zamówienie pozwanego wykonał roboty budowlane tj. przebudowę sieci ciepłej w T. zgodnie z zawartą pomiędzy stronami umową nr (...) z dnia 30 czerwca 2010 r. zmienioną aneksem nr (...) z dnia 18 maja 2012 r. oraz aneksem nr (...) z dnia 20 maja 2013 r. Za wykonaną usługę powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...)\_C na kwotę 374.525,49 zł brutto, zgodnie z uzgodnioną z pozwanym ceną za wykonanie przedmiotowej usługi z terminem płatności na dzień 29 stycznia 2014 r. i fakturę VAT nr (...)\_C z dnia 15 grudnia 2014 r., która została zapłacona do kwoty 130.517,95 zł. Umową z dnia 2 lipca 2012 r. strony zmieniły również zabezpieczenie należytego wykonania umowy, poprzez zastąpienie gwarancji ubezpieczeniowej przewłaszczeniem materiałów budowlanych. (...) budowlane zostały wbudowane w przedmiot umowy. Zwrot 80% kwoty zabezpieczenia tj. 166.101,15 zł jest wymagalny od dnia 30 stycznia 2014 r. Pomimo wezwania pozwanego do zapłaty kwot wynikających z faktur, strona pozwana do dnia wniesienia pozwu nie uiściła w/w należności.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu zarzucił, że w 2013 r. PPUH (...) nie był w stanie zrealizować zakresu robót przewidzianych do zrealizowania, ponieważ miał problemy z wypłacalnością, czego skutkiem było złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości układowej. Pismem z dnia 13 listopada 2013 r. pozwany wezwał powoda do prawidłowego wykonywania umowy, tj. do wykonania do dnia 30 listopada 2013 r. całości robót przewidzianych do wykonania w roku 2013 według aktualnego harmonogramu rzeczowo-finansowego. Podstawą dla tego wezwania była okoliczność, iż pomimo upływu czasu na wykonywanie robót w 2013 r. PPUH (...) wykonał roboty jedynie za kwotę 438.600,68 zł, co stanowiło równowartość jedynie 27% robót przewidzianych do wykonania w tymże roku, natomiast wartość niewykonanych robót wynosiła 1.127.563,34 zł. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego przez pozwanego terminu na wykonanie robót, pismem z dnia 2 grudnia 2013 r. pozwany złożył względem PPUH (...) sp. z o.o. w upadłości układowej oświadczenie o częściowym odstąpieniu od łączącej strony umowy w zakresie reszty świadczenia niespełnionego przez powoda. Ponadto pozwany powołując się na § 13 ust. 3 przedmiotowej umowy naliczył powodowi karę umowną w wysokości 748.790,49 zł wystawiając notę obciążeniową (...) Dodatkowo pismem z dnia 6 grudnia 2013 r. pozwany złożył względem PPUH (...) sp. z o.o. w upadłości układowej oświadczenie o potrąceniu wymagalnej należności względem PPUH (...) sp. z o.o. z tytułu naliczonej kary umownej z wierzytelnością wzajemną PPUH (...) sp. z o.o. względem pozwanego wynikającą z faktury VAT nr (...)\_C na kwotę 147.655,29 zł wraz z ustawowymi odsetkami za okres opóźnienia w zapłacie tej faktury w wysokości 1.577,69 zł, w wyniku czego wierzytelność PPUH (...) sp. z o.o. względem pozwanego uległa umorzeniu w całości jako niższa, natomiast do zapłaty na rzecz pozwanego pozostała kwota 599.557,51 zł. W/w pismem pozwany złożył również oświadczenie o zatrzymaniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy o wartości 207.626,44 zł, które to zabezpieczenie zostało potrącone z karą umowną. Pismem z dnia 31 stycznia 2014 r. (...) sp. z o.o. złożyła oświadczenie o potrąceniu części należności z noty odsetkowej nr (...) z dnia 2 grudnia 2013 r. w kwocie 391.931,07 zł tytułem kary umownej pozostałej po dokonaniu potrącenia z dnia 6 grudnia 2013 r., z należnością objętą fakturą nr (...)\_C z dnia 30 grudnia 2013 r. w kwocie 374.525,49 zł, wskutek którego to potrącenia, należność strony powodowej objęta ww. uległa umorzeniu. Pismem z dnia 13 stycznia 2015 r. pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu pozostałej do zapłaty z noty odsetkowej (...)z dnia 2 grudnia 2013 r. kary umownej w kwocie 17.405,58 zł z należnością wzajemną PPUH (...) sp. z o.o. objętą fakturą nr (...)\_C z dnia 16 grudnia 2014 r., za roboty dodatkowe nie objęte umową wskutek czego należność strony powodowej uległa umorzeniu. Pozostała należność objęta w/w fakturą w kwocie 130.517,95 zł została zapłacona przez pozwanego. Bezspornym jest, iż w roku 2012 PPUH (...) sp. z o.o. nie zdołał wykonać robót za przewidzianą na ten rok kwotę 278.216,77 zł, natomiast w roku 2013 z przewidzianych do wykonania robót za kwotę netto 1.566.164,02 zł, ostatecznie PPUH (...) sp. z o.o. wykonał roboty za kwotę netto 438.600,68 zł, a więc 27% robót przewidzianych do wykonania na rok 2013. W ciągu 5 miesięcy roku 2014 PPUH (...) sp. z o.o. miałyby zatem do wykonania roboty za kwotę netto 3.887.481,09 zł (1.127.563,34 zł pozostałe z roku 2013 oraz 2.759.917,75 zł zaplanowane na rok 2014), podczas gdy przez wcześniejszych 25 miesięcy zdołał wykonać jedynie roboty za kwotę netto 2.250.145,91 zł. Jest więc oczywiste,

iż w momencie złożenia przez pozwanego w dniu 2 grudnia 2013 r. oświadczenia o odstąpieniu od umowy istniało zagrożenie, że PPUH (...) sp. z o.o. nie ukończy robót budowlanych w przewidzianym umową terminie. Pozwany zaprzeczył twierdzeniom strony powodowej wskazującym, że ta w trakcie wykonywania robót doznawała wielorakich przeszkód i w związku z tym nie pozostawała w zwłoce z wykonaniem robót objętych umową. Zdaniem strony pozwanej przeszkody w postaci wstrzymania robót przez inspektora nadzoru, konieczności wykonania robót dodatkowych nieobjętych łączącą strony umową, wadliwości dokumentacji projektowej oraz nieobjęcia pozwoleniem na budowę niektórych działek budowlanych, na których miała być realizowana inwestycja nie miały wpływu na terminowość wykonywania robót przez powoda.

W dalszym toku postępowania strony podtrzymały dotychczas wyrażone stanowisko.

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

W dniu 30 czerwca 2010 r. pomiędzy Przedsiębiorstwem (...) Spółka z o.o. obecnie w upadłości układowej, a Przedsiębiorstwem (...) Sp. z o.o. z siedzibą w T. obecnie (...) Spółka z o.o. z siedzibą w T., została zawarta umowa nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlano-montażowych (wymiana sieci ciepłej w mieście T.) dla zadania „Przebudowa sieci ciepłej w T.”, przy czym w § 2 ust 2 umowy wskazano, iż przedmiot umowy obejmuje wykonanie całości robót zgodnie ze SIWZ, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym. Dokumentację projektową modernizacji sieci na terenie miasta T. zgodnie z umową zawartą pomiędzy stronami z dnia 9 czerwca 2008 r. wykonał powód. Dnia 25 maja 2009 r. zostało wydane pozwolenie na budowę w przedmiocie przebudowy sieci ciepłych przez Prezydenta Miasta T. zatwierdzające jednocześnie projekt budowlany. Pozwolenie to nie obejmowało wszystkich działek objętych zakresem projektu. W umowie zastrzeżono, że zamawiający uzależnia realizację przedmiotowego zadania od przyznania środków w ramach (...) 2007 – 2013. Określono również termin rozpoczęcia prac – natychmiast po podpisaniu umowy i przekazaniu placu budowy, wykonawca zobowiązał się wykonać zakres robót z uwzględnieniem terminów i zakresów określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 11 do niniejszej umowy (§ 5 pkt 1 i 5). (...) nie rozpoczęto w terminie określonym umową. Wykonawca zgromadził materiał na wykonanie przedmiotowej inwestycji, zlecający czekał jednak, zgodnie z umową, na decyzję w przedmiocie uzyskania środków w ramach (...).

Pozwany nie otrzymał dotacji, zarząd pozwanego musiał więc podjąć decyzję czy podpisana umowa zostanie zrealizowana. Biorąc pod uwagę zaangażowanie powoda i zgromadzenie przez niego materiału pozwany podjął decyzję o realizacji inwestycji, zważywszy jednak na brak pozyskania środków i konieczność wydatkowania ich z własnego budżetu ustalono rozciągnięcie inwestycji w czasie. Decyzję tą pozwany podjął w drugiej połowie 2011 r., czyli już po upływie terminu zakończenia prac przewidzianego w pierwotnym harmonogramie.

(dowód: KRS powoda – k. 15-18, KRS pozwanego – k. 19-22, specyfikacja istotnych warunków zamówienia – k. 23-51, oferta – k. 52-54, umowa nr (...) z dnia 30 czerwca 2010 r. – k. 55-57, zeznania świadków M. B. k.224, A. B. k. 226, Z. J. k. 227 transkrypcja k. 269, A. L. k. 299, P. Z. k.300, W. W., k. 300, K. S. k.300- 301, J. M. (1) k.301 ) .

Dnia 16 listopada 2011r. strona pozwana przekazała plac budowy protokołem przekazania terenu i placu budowy a powód przystąpił do robót . W roku 2011r. powód wykonał roboty na łączną kwotę 595.000 zł , co stanowiło 9,6% ogólnej wartości robót. Następnie nastąpiła przerwa w robotach wymuszona okresem grzewczym.

Dnia 18 maja 2012 r. dla urealnienia terminów w harmonogramie, zważywszy na przesunięcie terminu rozpoczęcia prac, co było związane z oczekiwaniem na uzyskanie dofinansowania i związaną z tym decyzją co do rozpoczęcia prac; strony zawarły aneks nr (...) do w/w umowy, wprowadzając jeden końcowy termin wykonania umowy tj. dzień 31 grudnia 2014 r. z realizacją zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym zał. nr 1 do aneksu nr (...) z dnia 18 maja 2012 r. Stosownie do treści zmienionego harmonogramu do realizacji pozostawały roboty o łącznej wartości: 5.542.627 zł i ich zakres podzielono na rok 2012, 2013 i 2014 r.

(dowód: aneks nr (...) z dnia 18 maja 2012 r. wraz z harmonogramem – k. 59-62, zeznania świadków M. B. k.224, A. B. k. 226, Z. J. k. 227 transkrypcja k. 269, A. L. k. 299, P. Z. k.300, W. W. k. 300, K. S. k.300- 301, J. M. (1) k.301 )

W 2012 r. do wykonania był obwód grzewczy nr 1, częściowo ul. (...). Łącznie roboty o wartości 1.494.762,00 zł ( k. 62).

W sezonie tym pozwany wykonał prace o wartości 1.216.545,23 zł. Skoro bowiem w harmonogramie z maja 2012r. ujęto wykonane w 2011r. roboty na wartość 595.000 zł , zaś w harmonogramie z maja 2013r. prace wykonane w 2011r. i 2012r. na kwotę 1.811.545,23 zł to różnica pomiędzy tymi wartościami dawała wartość prac wykonanych w 2012r. Zważywszy na wynikający z harmonogramu z maja 2012r. plan – 2012r. powód wykonał z zaplanowanych na 2012r. robót – 82% , przy czym prace te nie w pełni pokrywały się z zakresem zaplanowanym w harmonogramie. W roku 2012r. zaszła także konieczność wykonania robót dodatkowych związanych ze zmianą lokalizacji przyłączy, wykonania dodatkowych przyłączy, zmiany ich trasy i długości oraz wymiany instalacji CO. Ponadto wynikało to z braku zgody Prezydenta Miasta T. na rozbiórkę – w związku z pracami budowlano- montażowymi prowadzonymi przez powoda – skweru ( S. ) , na którego przebudowę Gmina T. uzyskała dofinansowanie, jak również zważywszy na remont chodników przez Spółdzielnię przy ul. (...).

( dowód : aneks nr (...) z dnia 18.05.2012r. k. 59, harmonogram k. 62).

W dniu 18 stycznia 2013r. meilem powód poinformował pozwanego o brakach w dokumentacji dotyczącej pozwolenia na budowę w zakresie części działek.

( dowód : meil k. 87).

W dniu 20 maja 2013 r. strony zawarły kolejny aneks do umowy, którym nie zmieniano terminu zakończenia całości prac, ale zmieniono ich harmonogram, celem dostosowania go do realiów, a ściślej etapu i zakresu wykonanych i pozostających do wykonania prac. W harmonogramie tym pozostałe do wykonania prace podzielono na 2013 i 2014 r. odpowiednio o wartości: 1.566.164,02 zł i 2.759.917,75 zł.

(dowód: aneks nr (...) z dnia 20 maja 2013 r. wraz z harmonogramem – k. 63-65)

Umową z dnia 2 lipca 2012 r. strony zmieniły zabezpieczenie należytego wykonania umowy, poprzez zastąpienie gwarancji ubezpieczeniowej przewłaszczeniem materiałów budowlanych. W § 1 wskazano, iż PPUH (...) przeniósł na pozwanego wartość materiałów przygotowanych do realizacji umowy o wartości netto 184.128,81 zł.

(dowód: umowa z dnia 2 lipca 2012 r. – k. 76-77, zeznania świadków M. B. k.224, A. B. k. 226, Z. J. k. 227 transkrypcja k. 269, A. L. k. 299, P. Z. k.300, W. W. k. 300, K. S. k.300- 301, J. M. (1) k.301 )

Dnia 30 grudnia 2013 r. sporządzono protokół odbioru końcowego etapu robót sieci ciepłowniczej preizolowanej niskich parametrów dla obwodu grzewczego nr 1, nr 2, nr 3 oraz dla obwodu grzewczego S. oraz rejonu ulicy (...).

(dowód: protokoły z odbioru końcowego etapu robót sieci ciepłowniczej preizolowanej niskich parametrów dla obwodów grzewczych o nr 1, 2, 3, S., rejon ul. (...) z dnia 30 grudnia 2013 r. – k. 68-75)

Za wykonane roboty powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...)\_C z dnia 30 grudnia 2013 r. na kwotę 374.525,49 zł brutto z terminem płatności na dzień 29 stycznia 2014 r. i fakturę VAT nr (...)\_C z dnia 15 grudnia 2014 r. z datą płatności na dzień 28 stycznia 2015 r. – faktura ta została zapłacona do kwoty 130.517,95 zł.

(dowód: faktura VAT nr (...)//SU\_C – k. 66, faktura VAT nr (...)\_C – k. 67)

Łącznie więc w 2013r. powód wykonał prace na kwotę 522.180,78 zł , co stanowiło 33% robót zaplanowanych na 2013r. na czerwiec do października 2013r.

Brak pozwolenia na budowę na wszystkie działki nie miał praktycznego przełożenia na realizację prac przez powoda i nie wstrzymywał robót. Na części tych działek powód bowiem pomimo braku pozwolenia na budowę prowadził prace, w braku takiej możliwości kontynuował prace na innym odcinku.

W dniu 15 października 2013r. inspektor nadzoru wstrzymał wykonywanie prac bowiem rozpoczął się sezon grzewczy, wstrzymanie dotyczyło prac montażowych, dopuszczalne były jedynie prace odtworzeniowe, tak więc brak było możliwości prowadzenia dalszych prac w zakresie prac głównych dotyczących kolejnych odcinków sieci, przyłączy, wpięć do budynków.

W związku z niedotrzymaniem przez powoda terminu określonego w harmonogramie rzeczowo- finansowym, stanowiącym załącznik nr 1 do przedmiotowej umowy, w brzmieniu ustalonym aneksem z dnia 20 maja 2013r., pozwany pismem z dnia 13 listopada 2013r., wezwał powoda do wykonania robót przewidzianych do wykonania w roku 2013r., w terminie do dnia 30 listopada 2013r., pod rygorem częściowego odstąpienia od przedmiotowej umowy. Pismem z 25 listopada 2013r. powód ustosunkował się do powyższego pisma oświadczając, iż nie pozostaje w zwłoce, a opóźnienie w wykonaniu prac spowodowane jest przyczynami od powoda niezależnymi. Dodatkowo w związku z brakiem płatności należności wynikającej z faktury VAT nr (...)\_C powód wystosował do pozwanego wezwanie do zapłaty, które pozostało bez odpowiedzi.

Pismem z dnia 29 listopada 2013r. powód wezwał pozwanego do przekazania kompletnej dokumentacji projektowej i pozwolenia na budowę umożliwiających wykonanie w całości zamówienia albowiem w trakcie inwestycji okazało się, że przekazane pozwolenie na budowę nie obejmuje całości terenu objętego dokumentacją projektową oraz umową.

Roboty w wyznaczonym przez pozwanego terminie ( 30.11.2013r.) nie zostały wykonane, wyznaczony dla ich wykonania termin był nierealny, zbyt krótki zważywszy na zakres pozostający do wykonania prac i sezon grzewczy ( wstrzymanie robót przez inspektora nadzoru). Pozwany w związku z niedotrzymaniem przez powoda terminu do wykonania całości robót przewidzianych na rok 2013, pismem z dnia 2.12.2013r. złożył wobec powoda oświadczenie o odstąpieniu od niewykonanej części przedmiotowej umowy z dnia 30 czerwca 2010r. – na dzień 2 grudnia 2013r. Ponadto w związku z odstąpieniem od umowy, pozwany nałożył na powoda karę umowną równą 10% wartości inwestycji w wysokości 748.790,49 zł, przesyłając powodowi notę obciążeniową. Dnia 6 grudnia 2013r. strona pozwana wskazała na skuteczność odstąpienia od umowy w oparciu o treść obowiązujących przepisów prawa tj. Kodeksu cywilnego. Jednocześnie pozwany złożył wobec powoda oświadczenie o potrąceniu i potrącił należność przysługującą mu wobec powoda w kwocie 748.790,49 zł, objętą notą obciążeniową nr 1/12/2013 z dnia 2 grudnia 2013r. z wierzytelnością wzajemną jaka przysługiwała powodowi względem pozwanego z faktury nr (...)\_C z dnia 7 października 2013r. w kwocie 147.655,29 zł wraz z ustawowymi odsetkami od w/w należności liczonymi od dnia 7 listopada do 6 grudnia 2013r. w wysokości 1.577,69 zł.

W międzyczasie strony przeprowadziły inwentaryzację wykonanych robót czego skutkiem było zweryfikowanie zasadności wykonania robót dodatkowych i zaaprobowanie spisanych wcześniej protokołów konieczności. Ponadto ustalono, że w toku dalszych czynności zostanie dokonana całkowita inwentaryzacja prac wykonanych przez powoda. Dnia 30 grudnia 2013r. sporządzono protokół odbioru końcowego etapu robót sieci ciepłowniczej preizolowanej niskich parametrów dla obwodu grzewczego nr 1, 2, 3 oraz dla obwodu grzewczego S. i rejonu ulicy (...). W związku z tym powód wystawił fakturę VAT nr (...)\_C na kwotę 374.525,49 zł brutto.

( dowód : faktura VAT nr (...) SU\_C k.67, wezwanie do wykonania zobowiązania z 13 listopada 2013r. k. 89, pismo powoda z 25 listopada 2013r., k. 91, pismo powoda z 29 listopada 2013r. k. 94, oświadczenie pozwanego o dostąpieniu od niewykonanej części umowy z dnia 2 grudnia 2013r. k. 95, nota obciążeniowa z 2 grudnia 2013r. k. 97, pismo powoda z dnia 4 grudnia 2013r. k. 98, pismo strony pozwanej z 6 grudnia 2013r. k. 100, oświadczenie o potrąceniu wraz z oświadczeniem o zatrzymaniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy z dnia 6 grudnia 2013r. k. 101, pismo pozwanego z 19 grudnia 2013r. k. 103, pismo pozwanego z 31 stycznia 2014r. k. 106, pismo powoda z 7 lutego 2014r. k. 108, pismo pozwanego z 13 stycznia 2015r. k. 109, zeznania świadków M. B. k.224, A. B. k. 226, Z. J. k. 227 transkrypcja k. 269, A. L. k. 299, P. Z. k.300, W. W. k. 300, K. S. k.300- 301, J. M. (1) k.301 )

Ustaleń faktycznych Sąd dokonał w oparciu o powołane wyżej dowody z dokumentów i zeznań świadków. Autentyczność powołanych wyżej dowodów nie wzbudzała wątpliwości Sądu i korelowała z zeznaniami świadków dlatego też uznane zostały za wiarygodne i na ich podstawie dokonane zostały ustalenia faktyczne. Odnośnie zeznań świadków Sąd obdarzył je wiarą w zakresie jak dokonane ustalenia faktyczne, wobec ich wzajemnej spójności i odzwierciedlenia w pozostałym materiale dowodowym. Fakt braku realizacji robót w terminach przewidzianych w kolejno ustalanych harmonogramach prac wynikał z zeznań świadków, a ponadto z samych harmonogramów, dostosowujących co roku przewidziany zakres prac do realiów panujących na budowie. Także zakres określony przez wartość poszczególnych prac jako wynikający z harmonogramów nie był kwestionowany. Rozbieżną pomiędzy stronami była przyczyna niniejszego. Przy czym z zeznań świadków nie wynika w sposób jednoznaczny by przyczyną opóźnienia prac były braki w dokumentacji dotyczące nieobjęcia części działek pozwoleniem na budowę.

#### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

***W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo jakie strona powodowa wytoczyła o zapłatę wynagrodzenia wynikającego z faktury VAT nr (...)\_C na kwotę 374.525,49 zł oraz kwotę 17.405,58 zł z faktury VAT nr (...)\_C . Ponadto Sąd uwzględnił kwotę 207.625,44 zł brutto, którą to kwotę oświadczeniem o potrąceniu z dnia 6 grudnia 2013r. pozwany zatrzymał , a zarazem odliczył wskazaną wartość od nałożonej przez siebie kary umownej. W myśl § 14 ust. 3 umowy nr (...)\_% zabezpieczenia należytego wykonania umowy miało zostać zwrócone w ciągu 30 dni od dnia ostatecznego odbioru, tj. w dniu 30 stycznia 2014r. ( odbiór końcowy wykonania robót w tej części umowy, od której pozwany nie odstąpił w dniu 30 grudnia 2013r. ). Ta część zabezpieczenia w kwocie 166.101,15 zł została objęta pozwem z dnia 18 grudnia 2015r. Dalsza część zabezpieczenia w wysokości 20% powinna zostać zwrócona w terminie 14 dni po upływie okresu rękojmi. Strony w umowie nie określiły okresu rękojmi , przyjmując więc należy, że odpowiednio stosuje się przepis art. 568 § 1 kc, tj. dwuletni okres rękojmi, liczony od dnia odbioru końcowego prac. Jest to kwota 41.525,29 zł, o którą powód rozszerzył powództwo ( k. 307).***

Sąd w niniejszej sprawie zbadał czy strona pozwana miała prawo w realiach niniejszej sprawy odstąpić od umowy albowiem dopiero konsekwencję skutecznego odstąpienia stanowiło uprawnienie do naliczenia kary umownej tj. kary, którą pozwana potrąciła z należnością objętą pozwem.

Fakt odstąpienia strony pozwanej od łączącej strony umowy, oświadczeniem złożonym pismem z dnia 2 grudnia 2013r., był już przedmiotem oceny Sądu Okręgowego w Rzeszowie w sprawie o sygn. akt VI GC 57/14, którą to ocenę podzielił Sąd Apelacyjny w wyroku wydanym w tej sprawie sygn. akt I ACa 697/14. Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie ocenę dotyczącą odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 kc w całości podziela. Tym bardziej, że ocena ta została dokonana w oparciu o ten sam stan faktyczny, gdyż odstąpienie objęte pismem z dnia 2 grudnia 2013r. zaistniało w tych samych okolicznościach. Jedynie tamta sprawa dotyczyła zapłaty wynagrodzenia objętego fakturą vat nr (...)\_C natomiast niniejsza sprawa dotyczy zapłaty faktury nr (...)\_C i części wynagrodzenia z faktury (...)\_C oraz zatrzymanego zabezpieczenia. Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia 24 października 2013r. sygn. akt IV CSK 62/13, w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że w razie prawomocnego uwzględnienia części roszczenia o spełnienie świadczenia z tego samego stosunku prawnego w procesie dotyczącym spełnienia reszty świadczenia sąd nie może w tych samych okolicznościach prawnych i faktycznych orzec odmiennie o zasadzie odpowiedzialności pozwanego. Sprzeciwia się temu bowiem przepis art. 365 § 1 kc, ustanawiający stan związania prawomocnym orzeczeniem nie tylko stron i sądu, który je wydał lecz również innych sądów ( Lex nr 1396775).

W niniejszej sprawie pozwany nie przedstawił żadnych innych okoliczności faktycznych związanych z dokonaniem odstąpieniem od umowy. Brak wykonywania w tym samym czasie robót na budowie w G. , kłopoty na robotach w T. i M., a w szczególności przyczyny tych kłopotów i ich związku z objętą sporem inwestycją nie zostały wykazane w toku sporu.

W ocenie Sądu brak podstaw dla odstąpienia od umowy a tym samym do naliczenia z tego tytułu kary umownej i jej potrącenia.

Umowa nr (...) z 30 czerwca 2010r. nie zawierała uregulowania kiedy pozwany może od niej odstąpić tj. nie przewidywała umownego prawa odstąpienia. W § 13 ust. 3 przedmiotowej umowy strony ustaliły jedynie konsekwencje z tytułu odstąpienia, jak należy przyjąć w tym kontekście, dokonanego na podstawie przesłanek ustawowych. Wskazano tam, iż wykonawca zapłaci karę umową w wysokości 10% wartości inwestycji w przypadku odstąpienia od realizacji przedmiotu umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca. Mając na uwadze powyższe należało przyjąć, że samo odstąpienie od tej umowy podlegało kontroli przepisu powszechnie obowiązującego prawa.

W niniejszej sprawie strona pozwana sprecyzowała, że podstawą odstąpienia od umowy jest art. 635 kc. Sąd przyjął, że strony zawarły umowę o roboty budowlane, o której mowa w art. 647 kc. W związku z tym należało stosować art. 656 kc, który wskazuje, iż do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Stosownie do art. 635 kc, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła.

W przypadku art. 635 kc zamawiający może odstąpić od umowy o dzieło nawet w przypadku gdy przyjmującemu zamówienie nie można postawić zarzutu naruszenia należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Zamawiający nie musi wyznaczać drugiej stronie odpowiedniego terminu do wykonania koniecznych czynności, z zastrzeżeniem, że po jego bezskutecznym upływie będzie mógł od umowy odstąpić. Prawo odstąpienia od umowy przysługuje zamawiającemu w wypadu ustalenia, że przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła, tak dalece, że nie jest prawdopodobne, że zdoła je ukończyć w czasie właściwym.

W realiach niniejszej sprawy w ocenie Sądu terminem wykonania umowy był termin określony w aneksie nr (...) z dnia 18 maja 2012r., wskazujący na datę 31 grudnia 2014r. terminy, wynikające z harmonogramu nie stanowiły wykonania umowy albowiem ukończenie ostateczne robót miało mieć miejsce 31 grudnia 2014r. i ten termin należało brać pod uwagę jako termin ukończenia dzieła w czasie umówionym. Tym samym pozwany chcąc skorzystać z omawianego uprawnienia winien był wykazać, iż w dacie odstąpienia od umowy tj. 2 grudnia 2013r. powód opóźniał się tak dalece, że nie był w stanie ukończyć robót objętych umową do dnia 31 grudnia 2014r. Niewątpliwie prace budowlane określone w harmonogramie rzeczowo- finansowym nie były realizowane przez stronę powodową w zakreślonych terminach, a strona powodowa opóźniała się z ich wykonaniem. Pozwany nie wykazał jednak, iż powód opóźniał się z wykończeniem dzieła tak dalece, że ukończenie całej roboty nie było możliwe w wyznaczonym terminie.

W sprawie brak jednoznacznego materiału dowodowego, na którym Sąd mógłby się oprzeć i stwierdzić - zważywszy na datę złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu oraz stan robót przypadający na wymienioną datę - że nie było możliwe wykonanie robót do końca grudnia 2014 r. Świadkowie zeznający w niniejszej sprawie w zasadzie nie wykluczyli technicznej możliwości wykonania przedmiotu umowy w jednym sezonie. W głównej mierze chodziło tutaj o funkcjonowanie osiedla, na którym miały być prowadzone roboty, albowiem prowadzenie prac na dużą skalę wiązałoby się z rozkopaniem terenu i dużą ilością dźwigów utrudniających funkcjonowanie osiedla. Ponadto zeznania świadków były w tym zakresie rozbieżne jedni wskazywali na utrudnienia w związku z prowadzonymi pracami na osiedlu nie wykluczając technicznej możliwości zakończenia tych prac do końca 2014r. ( świadek J. M. ), kolejny, iż wykonanie tych prac nie było przez powoda możliwe ( prezes zarządu Z. H. ). Rozbieżności te mają tym większe znaczenie, iż w pierwotnym harmonogramie przewidziane umową prace były do wykonania właściwie w jednym sezonie (3 miesiący). Z powyższego należało wysnuć wniosek, że objęte umową prace w części niewykonanej ( bo przecież część z nich została już wykonana ) mogły być wykonane przez okres jednego sezonu ( 2014r.) Należy zauważyć, iż ciężar dowodu zaistnienia wskazanych okoliczności z art. 635 k.c. spoczywał na zamawiającym. To

pozwany powinien wykazać za pomocą środków dowodowych, iż termin wykonania prac budowlano-montażowych przypadający na 31 grudnia 2014 r. nie zostałby dochowany. Stwierdzenie tej okoliczności w realiach niniejszej sprawy ewentualnie wymagało analizy osoby posiadającej wiadomości specjalne ( biegły ds. budowlanych). Wskazałaby ona wówczas: - zakres i rodzaj pozostałych do wykonania prac i oceniła czy w warunkach gdzie miały być wykonywane prace były one możliwe do wykonania, również zważywszy na dopuszczalne bądź nie zakłócenia warunków życia osiedlowego mieszkańców, ewentualnie zbadała sytuację ekonomiczną powoda w świetle założeń umownych, zakres realizowanych kontraktów, przychody, przepływy finansowe itd. (biegły ds. gospodarczych). Okoliczność, że powód nie realizował dotychczasowych prac terminowo nie uprawniało Sądu do przyjęcia - na grudzień 2013r. – braku ich realizacji także w 2014r. W tym zakresie materiał dowodowy zaofiarowany przez pozwanego nie był wystarczający, a wnioski dowodowe w omówionym powyżej zakresie nie zostały złożone. Sąd z urzędu nie przeprowadza postępowania dowodowego, zwłaszcza w przypadku przedsiębiorców reprezentowanych przez profesjonalnych pełnomocników. To strony są gospodarzami procesu i one decydują o zakresie przeprowadzanego postępowania dowodowego , zwłaszcza gdy, jak w przypadku opinii biegłych , łączą się one ze znacznymi konsekwencjami finansowymi. Reasumując Sąd uznał, iż oświadczenie o odstąpieniu od niewykonanej części przedmiotowej umowy przez stronę pozwaną nie spełniało przesłanek ustawowych, tym samym nie było skuteczne, co spowodowało brak podstaw dla naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia, bo taki właśnie tytuł pozwany jednoznacznie wskazał w oświadczeniu o potrąceniu.

Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 16 lipca 2015r. sygn. akt I ACa 697/14, w którym to rozpoznawał apelację pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie sygn. akt VI GC 57/14 stwierdził, iż przyjmując nawet, że powód pozostawał w tak znacznym opóźnieniu w wykonaniu robót, że zaistniała uzasadniona obawa, iż nie zdąży zakończyć robót w terminie i dlatego pozwany mógł odstąpić od umowy, do czego uprawniał go przepis art. 635 kc, to w żadnej mierze nie można przyjąć, że odstąpienie od umowy nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca.

Mając na uwadze powyższe Sąd na podstawie art. 647 kc uwzględnił powództwo dotyczące wynagrodzenia należnego powodowi za wykonane roboty a wynikające z faktur vat (...)\_C w kwocie 374.525,49 zł, (...) na kwotę 17.405,58 zł , a także wartość materiałów objętych umową przewłaszczenia w łącznej kwocie 207.626,44 zł - ( pkt I wyroku). Nie budzi wątpliwości Sądu, że materiały objęte przewłaszczeniem w dużej części zostały wbudowane w sieć, a ich wartości pozwany nie kwestionował, przyjmując taką wartość w oświadczeniu o potrąceniu z 6 grudnia 2013r.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 w związku z art. 108 § 1 kpc.

Na koszty powoda składają się : opłata od pozwu w kwocie 27.902,00 zł i opłata od rozszerzonego powództwa w kwocie 2.077,00 zł, koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.