

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2018 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Anna Harmata

Protokolant: sekr. sądowy Małgorzata Florek

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2018 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: Gmina B.

przeciwko: K. O.

o zapłatę

1. zasądza od pozwanego K. O. na rzecz powoda Gmina B. kwotę 93.787,50 zł (słownie: dziewięćdziesiąt trzy tysiące siedemset osiemdziesiąt siedem złotych 50/100) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 8.02.2016r. do dnia zapłaty,
2. oddala powództwo w pozostałej części,
3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2 804,04 zł (słownie: dwa tysiące osiemset cztery złote 04/100) tytułem zwrotu kosztów procesu,
4. zarządza ściągnąć od powoda Gmina B. na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Rzeszowie) kwotę 494,06 zł (słownie: czterysta dziewięćdziesiąt cztery złote 06/100) tytułem kosztu opinii biegłego tymczasowo poniesionego przez Skarb Państwa,
5. zarządza ściągnąć od pozwanego K. O. na rzecz Skarbu Państwa (Sąd Okręgowy w Rzeszowie) kwotę 494,06 zł (słownie: czterysta dziewięćdziesiąt cztery złote 06/100) tytułem kosztu opinii biegłego tymczasowo poniesionego przez Skarb Państwa.

Sygn. akr VI GC 64/16 UZASADNIENIE wyroku z dnia 21 marca 2018r. Gmina B. wniosła o zasądzenie od pozwanego K. O. kwoty 187.575,00 wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu. W uzasadnieniu podała, iż strony w dniu 12 marca 2013 roku zawarły umowę, której przedmiotem było wykonanie zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa budynku przedszkola w miejscowości B.”. Strony ustaliły ryczałtowe wynagrodzenie pozwanego za wykonanie wszelkich robót objętych przedmiotową umową w wysokości 1.875 750 zł brutto, zmienione aneksem nr (...) z dnia 11 grudnia 2013 r. na kwotę 1.889 467,01 zł. Pozwany w trakcie realizacji umowy opóźnił się wykonywaniem prac ostatecznie całkowicie zaprzestając ich wykonywania. Mimo wielokrotnych wezwań ze strony powoda pozwany od 2 stycznia 2014 r. nie podjął przerwanych robót, doprowadzając do bardzo dużej zwłoki w ich wykonywaniu. Pismem z 13 lutego 2014 r. powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodów wyżej wymienionych i w dniu 18 lutego 2014 r. Komisja do spraw odbioru i inwentaryzacji robót budowlanych dot. przebudowy i rozbudowy przedszkola i dokonała protokolarnego ustalenia stanu robót. Pismem z dnia 24 lutego 2014 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty w terminie 7 dni od daty otrzymania przedmiotowego wezwania kary

umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, tj. kwoty 187.575,00 zł o której mowa w § 13 ust. 1 lit. B tiret. 3 z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn go nie dotyczących. Pismem z dnia 25 marca 2013 r. powód został poinformowany przez (...) Bank SA w W. o dokonaniu przez pozwanego przelewów wierzytelności, jakie przysługują mu wobec powoda na podstawie umowy celem zabezpieczenia wierzytelności wynikających z umowy kredytowej nr (...) z dnia 23 marca 2013 r. Pełnomocnik pozwanego zakwestionował skuteczność oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy i wezwał powoda do udzielenia na rzecz pozwanego gwarancji zapłaty celem zabezpieczenia części wierzytelności pozwanego wobec powoda w kwocie 500.000,00 zł netto. Gwarancja została udzielona na podstawie zlecenia powoda z dnia 24 marca 2014 r. powód zawiadomił pozwanego i jego pełnomocnika o udzieleniu przedmiotowej gwarancji i doręczył ją w taki sposób, że pozwany mógł się z nią zapoznać w dniu 10.04.2014 r. Pismem z dnia 14 marca 2014 r. powód uznał za bezskuteczne swoje oświadczenie o odstąpieniu od umowy i zażądał od pozwanego niezwłocznego podjęcia robót. Pismem z dnia 17 marca 2014 r. pozwany oświadczył, że odstępuje od umowy w części dotychczas niewykonanej z wyłącznej winy powoda. Powodem odstąpienia od umowy miał być bezskuteczny upływ terminu określonego przez pozwanego do dokonania przez powoda: - weryfikacji rozwiązań projektowych odnoszących się do zabezpieczenia przeciwpożarowego kotłowni gazowej znajdującej się w realizowanym budynku oraz co do poprawności rozwiązań projektowych w zakresie ochrony przeciwpożarowej całego budynku, - weryfikacji zaproponowanych przez Gminę B. pismem z dnia 30 stycznia 2014 r. rozwiązań dotyczących stolarki okiennej i drzwiowej w zakresie zgodności z normami przeciwpożarowymi poprzez uzyskanie stosownej opinii rzeczoznawcy w zakresie zabezpieczeń przeciwpożarowych. Powód zakwestionował skuteczność oświadczenia woli pozwanego w przedmiocie odstąpienia od umowy i wezwał pozwanego do niezwłocznego przystąpienia do kontynuowania robót. Pismem z dnia 14 kwietnia 2014 r. pozwany złożył ponowne oświadczenie o odstąpieniu od niewykonanej części umowy z powodu nie ustanowienia przez niego gwarancji zapłaty, które powód również zakwestionował. Ponowne oświadczenie o odstąpieniu od umowy, w oparciu o art. 635 w zw. z art. 656 kc powód złożył pozwanemu w dniu 12 maja 2014 r. Przyczyną odstąpienia było to że aktualny stopień zaawansowania robót i ich umowny zakres oraz technologiczne wymagania w zakresie ich wykonawstwa - wskazywały, że opóźnienie w wykonywaniu umowy jest tak znaczne, że nie jest prawdopodobne, by pozwany zdołał wykonać przedmiot umowy w terminie do 31 lipca 2014 r. Stan robót do dnia odstąpienia został ustalony w protokole z ich inwentaryzacji z 18 marca 2014 r. i w toku dwustronnych czynności w dniach 25-28 kwietnia 2014 r. Powód wezwał pozwanego do zapłaty kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, na podstawie postanowienia § 13 ust. 1 pkt B umowy do dnia wniesienia powództwa pozwany należności tej nie uiszczył. Na dzień 2 stycznia 2014 r. pozwany wykonał zaledwie połowę (53,72 % całości) przedmiotu umowy. Zasadnym było zatem stwierdzenie przez powoda, że pozwany nie jest w stanie wykonać drugiej połowy robót w niecałe trzy miesiące skoro cała umowa miała zostać wykonana w terminie 17 miesięcy zatem na wykonanie drugiej połowy powód potrzebowałby około 8 i pół miesiąca, a więc prawie trzykrotnie więcej czasu.

W umowie nr (...) z dnia 12 marca 2013 r. w § 13 ust. 1 lit. b strony umówiły się, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto. Powodem odstąpienia od umowy przez zamawiającego było zaprzestanie robót przez pozwanego z przyczyn leżących po stronie pozwanego, zatem z przyczyn obciążających pozwanego. Tym samym skuteczne w ocenie powoda było żądanie zapłaty przewidzianej w umowie kary.

W odpowiedzi na pozew (k. 201) pozwany K. O. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania sądowego. W uzasadnieniu wskazał, iż to Gmina B. była nieprzygotowana organizacyjnie do przeprowadzenia inwestycji przebudowy przedszkola, o czym świadczy fakt istotnych błędów w dokumentacji projektowej przygotowanej przez Gminę, a także zmian koncepcji Gminy co do ostatecznego kształtu przebudowywanego przedszkola. Gmina uchylała się od bieżącej współpracy z D., w tym w zakresie uzgadniania z pozwanym koniecznych zmian w inwestycji, w tym w zakresie części elementów stolarki okiennej i drzwiowej, a także bezpieczeństwa pożarowego realizowanego budynku przedszkola, mimo że rozwiązania przewidziane w dokumentacji projektowej przygotowanej przez Gminę były niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi normami. Gmina dwukrotnie próbowała odstąpić od umowy, tj. na mocy oświadczenia datowanego na dzień 13 lutego 2014 r. oraz powtórnie na mocy oświadczenia datowanego na dzień 12 maja 2014 r., przy czym pierwsze z oświadczeń Gminy (tj. datowane na

dzień 13 lutego 2014 r.) nie wywołało jakichkolwiek skutków prawnych. Gmina nie odstąpiła skutecznie od umowy oświadczeniem z dnia 12 maja 2014r. albowiem niezależnie od faktu braku zaistnienia przesłanek złożenia przez Gminę takiego oświadczenia, wcześniej od umowy odstąpił już D. z winy Gminy oświadczeniem z dnia 17 marca 2014r. Pozwany zarzucił, iż nieprawdziwe jest stanowisko Gminy, że D. zaprzestał realizacji umowy od dnia 2 stycznia 2014 r. harmonogram robót zaplanowanych na miesiąc styczeń i luty 2014 r. zakładał wyłącznie montaż stolarki okiennej i drzwiowej. W zakresie przebudowy sieci w miesiącu styczniu 2014 r. wykonano nadto prace niwelacyjne terenu po zrealizowanej uprzednio przebudowie sieci energetycznej. Do montażu stolarki okiennej i drzwiowej nie doszło wobec konieczności wstrzymania procesu ich produkcji i montażu wyłącznie z winy Gminy. Pozwany zaprzeczył opóźnieniu w realizacji umowy, zgodnie z treścią harmonogramu rzeczowo - finansowego prace wykonywane były przez D. terminowo, jako że na miesiące styczeń i luty przewidziano wyłącznie „Stolarkę okienną i drzwiową” (pkt 9 harmonogramu). Oczekiwanie wykonywania przez Gminę innych, dodatkowych prac w okresie tych miesięcy nie tylko nie znajdowało podstawy w umowie, lecz nadto byłoby to sprzeczne ze sztuką budowlaną z uwagi na okres trwającej w tych miesiącach zimy. Pozwany zaprzeczył także, że D. nieprawidłowo wykonywał przedmiot umowy z uwagi na liczne wady i usterki, powołując się na treść protokołu z dnia 18 marca 2014 r. Wszystkie protokoły odbiorów częściowych, w tym ostatni zostały podpisane przez inspektora bez żadnych uwag. D. podjął wszelkie możliwe kroki, by prawidłowo przedmiotową umowę zrealizować, mimo braku współpracy ze strony Gminy. Na przełomie roku 2013 i 2014, a następnie w pierwszych miesiącach 2014 r. wielokrotnie próbował uzgodnić z Gminą wątpliwości dotyczące stolarki okiennej i drzwiowej, a także kwestie związane z bezpieczeństwem pożarowym, błędnie opracowanym w ramach dokumentacji projektowej. Obowiązek zaangażowania się Gminy w dokonywanie ustaleń z D. wynikał nie tylko z przepisu art. 354 § 4 KC, lecz nadto z faktu, iż przedmiotowe konieczne korekty były wynikiem błędów w dokumentacji projektowej oraz zmiany koncepcji wykonania inwestycji przez Gminę. Odnosząc się do kwestii stolarki okiennej i drzwiowej, to Gmina dopiero około 20 stycznia 2014 r. przekazała na rzecz D. informację, że mogą nastąpić zmiany w tym zakresie w stosunku do rozwiązań przyjętych w projekcie budowlanym. Jeszcze przed tą datą D. zamówił u producenta stolarkę okienną i drzwiową wedle założeń wynikających z dokumentacji projektowej oraz pomiarów dokonanych w dniach 10-14 stycznia 2014 r. Do dnia dzisiejszego Gmina nie udzieliła ostatecznego stanowiska w odniesieniu do części stolarki - tj. drzwi DZ2 od strony wschodniej oraz okna w kotłowni (tj. pkt 1 i 4 pisma Gminy z dnia 30 stycznia 2014 r.). DK- BUD zwrócił się do Gminy z wezwaniem o dokonanie weryfikacji rozwiązań projektowych odnoszących się do zabezpieczenia przeciwpożarowego kotłowni gazowej znajdującej się w realizowanym budynku oraz co do poprawności rozwiązań projektowych w zakresie ochrony przeciwpożarowej całego budynku. Wobec całkowitej bierności Gminy, zarówno w ostatecznym uzgodnieniu kwestii stolarki okiennej i drzwiowej, a także kwestii dotyczących ochrony przeciwpożarowej, D. po raz kolejny wezwał powoda do współpracy w tym zakresie pismem z dnia 24 lutego 2014 r., zastrzegając w nim, iż bezskuteczny upływ zakreślonego przez pozwanego terminu uprawniać będzie D. do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Ostatecznie pismem z dnia 17 marca 2014 r. pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Stąd w konsekwencji dalsze złożone przez Gminę oświadczenie w dniu 12 maja 2014 r., było bezprzedmiotowe. Pozwany zarzucił również, iż przywołana przez gminę podstawa złożonego oświadczenia jest nieprawidłowa skoro okolicznością uzasadniającą odstąpienie od umowy nie była żadna z okoliczności wymienionych w § 16 ust. 2 Umowy. Pozwany zakwestionował również okoliczność przywołaną w tym oświadczeniu ponieważ okres od dnia 12 maja 2014 r. do dnia 31 lipca 2014 r. był wystarczający by wykonać wszystkie brakujące prace związane z przedmiotem umowy.

W dalszym toku sprawy strony podtrzymały stanowiska.

Sąd Okręgowy ustalił co następuje:

W dniu 12 marca 2013 roku strony zawarły umowę, której przedmiotem było wykonanie zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa budynku przedszkola w miejscowości B.". Strony ustaliły ryczałtowe wynagrodzenie pozwanego za wykonanie wszelkich robót objętych przedmiotową umową w wysokości 1.875 750 zł brutto (zmienione Aneksem nr (...) z dnia 11 grudnia 2013 r. na kwotę 1.889 467,01 zł) oraz że (...) wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy - 10 % wynagrodzenia umownego brutto.

Dowód: umowa z dnia 12 marca 2013 r. wraz z aneksem nr (...) z dnia 11 grudnia 2013 r. k. 13-20.

Końcem grudnia 2013r. i w styczniu 2014r. pozwany wykonał jedynie drobne prace związane z montażem obróbek blacharskich (wpis w dzienniku budowy 30.12.2013) oraz w dniu 20 stycznia 2014r. rozpoczął niwelację terenu. Prace przy przebudowie sieci energetycznej zostały zakończone jeszcze w październiku 2013r. (31.10.2013r. wpis do dziennika budowy, 19.12.2013r. protokół odbioru częściowego obejmujący ten zakres) wraz ze zgłoszeniem do odbioru, przy czym w tym czasie następnie je przerwał. Prace wykonane po dniu 19 grudnia 2013r. nie wpłynęły na zwiększenie stopnia zaawansowania robót wykonanych przez pozwanego nie zwiększając również procentowego stopnia wykonania inwestycji ujętego w treści protokołu odbioru częściowego z dnia 19 grudnia 2013 r. (k. 358). Stopień zawansowania prac wynosił 53, 72 %. Dalszych prac pozwany nie wykonał.

Na koniec 2013 roku najbardziej istotne opóźnienie w stosunku do założonego harmonogramu istniało w zakresie prac związanych z realizacją stropów (wykonanie izolacji i warstwy wyrównawczej posadzek) oraz instalacji odgromowej gdzie powinno być wykonane 100 %, a zrealizowano 0 %. Istniało również nieznaczne opóźnienie w realizacji dachu (wykonano 85,25 %, a powinna być zrealizowana całość). Tak więc na koniec 2013 skala opóźnienia wykonawcy w stosunku do harmonogramu, odnoszona do całości inwestycji była nieznaczna i zakres nie odbiegał znacząco od opóźnień spotykanych przy tego rodzaju inwestycjach i opóźnienie to mogło zostać nadrobione, gdyby wykonawca kontynuował prace. Opóźnienie nie wynikało z niemożności realizacji robót z powodu braków projektowych, materiałowych czy też okoliczności związanych z zaistnieniem niekorzystnych zjawisk atmosferycznych.

Montaż stolarki okiennej oraz drzwiowej w obiekcie miał nastąpić w miesiącach styczeń, luty 2014r. Pozwany w dniu 14 stycznia 2014r. zawarł z (...) Fabryka (...) sp z o.o. umowę dotyczącą produkcji, dostawy stolarki PCV oraz ślusarki aluminiowej. Realizacja tej umowy miała nastąpić w ciągu trzech tygodni od jej podpisania, zaś przedmiotowe zamówienie złożone zostało na podstawie obmiarów dokonanych na budowie w dniu 30 grudnia 2013r. przez przedstawicieli dostawcy i wykonawcy. 3 dni po zawarciu przedmiotowej umowy to jest w dniu 17 stycznia 2014r. wykonawca robót (pozwany) wstrzymał realizację złożonego zamówienia podając jako przyczynę niezgodności dokumentacyjne oraz brak ostatecznego stanowiska inwestora.

dowód: opinia biegłego ds. budowlanych k. 1534-1555, oraz ustna k. 1607-1611, umowa k. 248 , mail 255, zeznania św M. G. k. 476 do 477, M. P. k. 475 do 476

W dniu 28 stycznia 2014r. wykonawca wezwał inwestora do potwierdzenia specyfikacji drzwi i okien wraz z odniesieniem się do problematycznych kwestii związanych z ochroną p.poz dla drzwi zewnętrznych oraz z okna pomieszczenia kotłowni. W odpowiedzi na powyższe inwestor w dniu 30 stycznia 2014r. przesłał swoje stanowisko odnośnie drzwi wewnętrznych oraz precyzując wymagania co do okien PCV. Inwestor nie odniósł się do kwestii związanych z problemem dotyczącym wymagań p.poz dla drzwi wejściowych Dz2 oraz okna w kotłowni. Podsumowując w odpowiedzi na pismo wykonawcy z dnia 28 stycznia 2014r. inwestor odpowiedział pismem z dnia 30 stycznia 2014r. doprecyzowując wszystkie kwestie związane z oknami i drzwiami w obiekcie, za wyjątkiem drzwi zewnętrznych Dz.2 oraz okna w kotłowni. W pozostałym zakresie wymagania inwestora zostały sformułowane w piśmie z dnia 30 stycznia 2014 i brak było przeszkód do złożenia (za wyjątkiem tych dwóch elementów) do zamówienia oraz montażu okien i drzwi w obiekcie (zgodnie z harmonogramem czas na realizację wyżej wymienionego elementu był do końca lutego). Brak było również przeszkód do realizacji pozostałych elementów wynikających z kolejności zaplanowanej treścią harmonogramu rzeczowo-finansowego tj. instalacji wewnętrznych (planowanej na marzec), czy też (przy odpowiednim zabezpieczeniu) dla realizacji stropów (elementu w stosunku do którego istniało opóźnienie harmonogramowe).

Tak więc niewykonanie przez inwestora jednoznacznego wskazania rodzaju okna w kotłowni oraz drzwi zewnętrznych DZ2 roboty (2 elementy) nie powodowało, iż prace na budowie nie mogły być kontynuowane. Nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca zamówił stolarkę zgodnie ze sprecyzowaniem wykonawcy z wyjątkiem tego jednego okna i drzwi, a te dwa elementy po prostu domówić w późniejszym czasie.

dowód : pismo k. 246, 247, opinia biegłego ds. budowlanych k. 1534-1555, oraz ustna k. 1607-1611, zeznania św. M. G. k. 476 do 477, M. P. k. 475 do 476

W dniu 28 stycznia 2014r. gmina B. skierowała do pozwanego pismo wzywające do realizacji robót zgodnie z umową zważywszy na trwający miesiąc czasu przestój w wykonawstwie robót na zadaniu oraz niezakończenie krycia dachu i brak zabezpieczenia kalenicy przed opadami od strony północno wschodniej z jednoczesnym opóźnieniem robót w stosunku do harmonogramu.

dowód: pismo z dnia 28.01.2014 r.k. 53

Pismem z dnia 13 lutego 2014 r. powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy jako przyczynę wskazując przerwanie robót z przyczyn niezależnych od zamawiającego i nie wznowienie ich pomimo wezwania oraz naruszenie warunków realizacji w/w umowy. Gmina wskazała że od dnia 2 stycznia 2014 wykonawca nie realizował żadnych robót w ramach inwestycji.

dowód: pismo z dnia 13.02.2014r. k. 55,56

W dniu 18 lutego 2014 r. została powołana przez wójta Gminy Komisja do spraw odbioru i inwentaryzacji robót budowlanych dot. przebudowy i rozbudowy przedszkola i dokonała protokolarnego ustalenia stanu robót. W okresie od dnia 27.02.2014r. do 18.03.2014r. odbył się odbiór wykonanych przez pozwanego prac.

Dowód: pismo powoda z dnia 18.02.2014 r., z zpo, zarządzenie Wójta, pismo powoda ,z dnia 24.02.2014 r. , z dnia 28.02.2014 r., protokół z dnia 27.02.2014 r., protokół z dnia 18.03.2014 r k. 59-67

Pismem z dnia 24.02.2014r. (doręczonym powodowi w dniu 26.02.2014r.) pozwany wskazał, iż oświadczenie gminy B. z dnia 13 luty 2014r. jest nieskuteczne, wobec braku podstaw, w tym okoliczności, iż pozwany nie przerwał robót. Jednocześnie przedmiotowym pismem powód wezwał do:

- dokonania weryfikacji rozwiązań projektowych odnoszących się do zabezpieczenia przeciwpożarowego kotłowni gazowej znajdującej się z realizowanym budynku oraz co do poprawności rozwiązań projektowych w zakresie ochrony przeciwpożarowej całego budynku,
- dokonania weryfikacji zaproponowanych przez gminę B. pismem z dnia 30 stycznia 2014 rozwiązań dotyczących stolarki okiennej i drzwiowej w zakresie zgodności z normami przeciwpożarowymi poprzez uzyskanie stosownej opinii rzeczoznawcy w zakresie zabezpieczeń przeciwpożarowych

Dla powyższych czynności pozwany określił siedmiodniowy termin od dnia otrzymania niniejszego pisma pod rygorem odstąpienia od umowy lub jej pozostałej części z wyłącznej winy Gminy.

Jednocześnie pozwany wezwał powoda do udzielenia przez gminę B. na rzecz pozwanego gwarancji zapłaty celem zabezpieczenia części wierzytelności D. względem gminy B. z tytułu pozostałych do zrealizowania w ramach umowy robót to jest kwocie 500 000 zł netto w terminie 45 dni licząc od dnia doręczenia pisma pod rygorem odstąpienia od umowy lub jej pozostałej części z wyłącznej winy Gminy.

dowód: pismo pozwanego k. 68-69

W zakresie rozwiązań zabezpieczenia przeciwpożarowego to w dniu 5 grudnia 2013r, podczas narady przedstawiciel wykonawcy w osobie kierownika budowy wykonawcy oraz w dniu 19 grudnia 2013r (odbiór częściowy) wnosił uwagi co do rozwiązań przeciwpożarowych budowanego obiektu, w szczególności kotłowni. Uwagi te były uzasadnione aczkolwiek nie powodowały niemożności prowadzenia prac w dalszym zakresie. Możliwym było kontynuowanie

inwestycji przez wykonawcę , a to dokończenie dachu, instalacje wewnętrzne , posadzki , izolacje (element w harmonogramie stropy), roboty wykończeniowe zewnętrzne i wewnętrzne (w pewnym zakresie).

Braki w zakresie dokumentacji projektowej dotyczyły:

1. kotłowni - projekt nie zawierał rozwiązania projektowego co do:

- materiału z jakiego powinny być wykonane ściany i stropy

-sposobu zabezpieczenia przepustów

2. pozostałej części budynku - projekt nie przewidywał :

- wymiany stropu o odporności ogniowej REI30 w dotychczasowej części przedszkola ,

- drzwi wejściowe miały mieć 1,2m szer. a w projekcie miały 1m.(1 drzwi)

- przewidywał drzwi otwierające się na 90 stopni, a nie w całości w korytarzu (1 drzwi)

- nie przewidywał drzwi w korytarzu (1drzwi)

- nie przewidywał oświetlenia ewakuacyjnego.

Na etapie wezwania 24 lutego 2012r. kotłownia była już wykonana przez pozwanego z uwzględnieniem wymogów wskazanych powyżej, pomimo braku w tym zakresie dokumentacji. Tak więc realnie pomimo, iż w dokumentacji niniejsze elementy (3) nie zostały ujęte to wykonawca je wykonał i braki w dokumentacji w tym zakresie nie uniemożliwiły mu ich faktycznego wykonania i nie stanowiły przeszkody do kontynuowania dalszych etapów budowy. Również braki w dokumentacji w zakresie pozostałej części budynku nie stanowiły na tym etapie powodu do wstrzymania prac, nie stanowiąc przeszkody dla ich kontynuowania zgodnie z harmonogramem. Braki te bowiem również dotyczyły wyłącznie dokumentacji, a to konkretnie trzech drzwi (jednych zewnętrznych, jednych ewakuacyjnych i jednych mających dzielić korytarz) które to drzwi mogły być wstawione na znacznie późniejszym etapie również na późniejszym etapie, mogło być i w istocie zostało wykonane przez kolejnego podwykonawcę oświetlenie ewakuacyjne, co do którego projekt został wykonany w lipcu 2014r. W czasie w którym pozwany kierował przedmiotowe pismo, harmonogram nie przewidywał wymiany stropu na tym etapie, ponieważ roboty w starej części przedszkolnej były zaplanowane dopiero na kwiecień 2014r. a brak możliwości wykonywania robót zaplanowanych na kwiecień nie mógł wstrzymać robót zaplanowanych na styczeń, luty i marzec.

Powyższe braki w dokumentacji w zakresie przeciwpożarowym mogły utrudniać prowadzenie prac w zakresie całości ich wykonania, mogły ewentualnie wymagać na kolejnych etapach powrotu i poprawek, ale generalnie zważywszy na front robót na inwestycji, szeroki, możliwe było wykonywanie prac na budowie, powyższe nie powstrzymywało tych prac i nie stanowiło podstawy do odstąpienia na tym etapie od umowy przez wykonawcę.

Istotnie omawiane braki w dokumentacji winny zostać uzupełnione, wskazać jednak należy, iż zostały uzupełnione jedynie w zakresie projektu co do oświetlenia ewakuacyjnego, co nie przeszkodziło w odbiorze tej inwestycji i ostatecznym jej zakończeniu

dowód : protokół k. 358 i 241, opinia biegłego ds. pożarnictwa k. 1407-1438, ustna biegłego d.s pożarnictwa i budownictwa opinia wspólna - rozprawa k. 1607 do 1611

Pismem z dnia 14 marca 2014r. gmina B. złożyła oświadczenie, że uznaje bezskuteczność swojego oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia z dnia 13 lutego 2014r. , stąd oczekuje niezwłocznego podjęcia prac przez pozwanego, nie później niż w terminie siedmiu dni od daty otrzymania niniejszego pisma.

dowód : pismo z dnia 14 marca 2014r. k. 70-71

Pismem z dnia 17 marca 2014r. pozwany, jak wskazał, wobec bezskutecznego upływu terminu określonego pismem z dnia 24 lutego 2014r. do dokonania przez Gminę B. :

- weryfikacji rozwiązań projektowych odnoszących się do zabezpieczenia przeciwpożarowego kotłowni gazowej oraz co do poprawności rozwiązań projektowych w zakresie ochrony przeciwpożarowej całego budynku,

- weryfikacji zaproponowanych przez gminę pismem z dnia 30 stycznia 2014 rozwiązań dotyczących stolarki okiennej i drzwiowej w zakresie zgodności z normami przeciwpożarowymi poprzez uzyskanie stosownej opinii rzeczoznawcy w zakresie zabezpieczeń przeciwpożarowych;

a w konsekwencji naruszenia przez gminę B. zobowiązania wynikającego z art. 354 § 2 KC

złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

dowód : pismo z dnia 17.03.2014r. k. 72

Pismem z dnia 21 marca 2014r. gmina zakwestionowała skuteczność dokonanego odstąpienia od umowy, w uzasadnieniu podając, że wg doręczonego zawiadomienia z dnia 25 marca 2013r. pozwany dokonał przelewu wierzytelności przysługującej wobec gminy pozwanemu na rzecz (...) Bank SA w W., ponadto brak jest podstaw dla odstąpienia od umowy skoro rozwiązania projektowe powołane w piśmie zostały przez gminę zweryfikowane w koniecznym zakresie i pozostają niezmienione w stosunku do przedłożonych. Ponadto gmina poinformowała pozwanego, iż jest gotowa w każdym czasie udzielić gwarancji zapłaty w formie gwarancji bankowej, a wobec braku pełnomocnictwa załączonego do pisma w sprawie gwarancji oczekuje niezwłocznego potwierdzenia żądania w tym przedmiocie.

dowód: pisma z dnia 21 marca 2014r. k. 73-74.

Pismem z dnia 31 marca 2014r. pozwany poinformował Gminę, iż wszelkie oświadczenia złożone uprzednio w jego imieniu przez pełnomocnika - adwokata Ł. G. , zostały złożone w granicach udzielonego pełnomocnictwa.

dowód : pismo z dnia 31 marca 2014r. k. 147

W dniu 9 kwietnia 2014r. Bank (...) SA udzielił gwarancji zabezpieczającej terminową zapłatę umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wynikające z przedmiotowej umowy do kwoty 615 000 zł. W tożsamym dniu gmina sporządziła pismo, przedkładając przedmiotową gwarancję zapłaty pozwanemu.

dowód : dokument gwarancji , pismo do pozwanego z dnia 9.04.2014r. k. 77, 78 .

Przedmiotowa przesyłka została nadana w tym samym dniu tj. 9 kwietnia 2014r. pozwanemu, na adres miejsca prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, poprzez firmę kurierską, w której standardowy termin doręczenia przesyłki wynosił 1 dzień roboczy. Próbę doręczenia tej przesyłki podjęto w dniu 10 kwietnia 2014r. z uwagi na absencję pod adresem pozwanego, przesyłka nie została doręczona, została awizowana, o niniejszym gmina została zawiadomiona. Wobec powyższego gmina zwróciła się o niedoręczanie w dniu kolejnym tj. 11 kwietnia 2014r. przedmiotowej przesyłki i pozostawienie jej w oddziale celem umożliwienia odbioru przedstawicielowi gminy. W dniu 11 kwietnia 2014. próbę doręczenia tej przesyłki podjął wójt F. M. oraz sekretarz gminy P. C.. W celu jej doręczenia ww udali się pod adres pozwanego Osiedle (...), następnie zgodnie z informacją zawartą na skrzynce pocztowej pod adres na ul. (...). W skrzynce pocztowej pod adresem Osiedle (...), pozostawili kopertę z pismem przewodnim i skanem gwarancji bankowej oraz informację, iż oryginał gwarancji jest do odbioru w siedzibie urzędu gminy, podając godziny jego pracy i telefon do osoby do kontaktu.

dowody : pismo i wydruki korespondencji mailowej k. 77 - 97

W tym czasie tj. od stycznia 2014r. do dnia 25 kwietnia 2014r. stan zaawansowania robót nie uległ zmianie, pozwany nie podjął czynności w zakresie realizacji umowy.

dowód : stan zaawansowania prac budowlanych z dnia 8.05.2014r. k. 98 – 103, opinia biegłego ds. budownictwa

W dniu 14 kwietnia 2014r. pozwany w skierowanym do powoda piśmie podtrzymując swoje stanowisko co do skutecznego odstąpienia od umowy pismem z dnia 17 marca 2014r. dodatkowo i jak wskazał z ostrożności , złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w części dotychczas niewykonanej z wyłącznej winy Gminy B., z uwagi na brak żądanej gwarancji zapłaty.

dowód : pismo z dnia 14 kwietnia 2014r. k. 148

W dniu 12 maja 2014r. powód złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy w oparciu o art. 635 w zw. z art. 656 kc jako przyczynę powołując fakt, że aktualny stopień zaawansowania robót i ich umowny zakres oraz technologiczne wymagania w zakresie ich wykonawstwa - wskazują, że opóźnienie w wykonywaniu umowy jest tak znaczne, że nie jest prawdopodobne, by pozwany zdołał wykonać przedmiot umowy w terminie do 31 lipca 2014 r. Jednocześnie powód wezwał pozwanego do zapłaty kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, na podstawie postanowienia § 13 ust. 1 pkt B umowy w terminie 14 dni od daty doręczenia pisma. Powód wystawił w zakresie naliczonej kary umownej notę obciążeniową nr (...) na kwotę 187 575 zł , doręczając niniejsze w dniu 13 maja 2014r. Wystosowane następnie w dniu 16.06.2014r. wezwanie do jej zapłaty nie przyniosło skutku.

dowód : pismo z dnia 12 maj 2014R. nota obciążeniowa , pismo z dnia 16.06.2014r. , Ekspertyza techniczna dot. stanu technicznego wykonanych prac budowlanych sporządzona przez A. Usługi (...) -Inwestycyjne B. S. z kwietnia 2014 r., protokół z dnia 8.05.2014 r. sporządzony przez B. S., Inspektora Nadzoru Budowlanego K. 98-132

Na dzień 2 stycznia 2014 r. (i dzień 12 maja 2014r.) pozwany wykonał 53,72 % całości przedmiotu umowy. Wprawdzie zważywszy na zakres pozostały do wykonania robót możliwym było ukończenie przez pozwanego prac zgodnie z terminem tj. do dnia 31 lipiec 2013r, powyższe związane było jednak z koniecznością zachowania odpowiedniej organizacji robót, rytmicznej dostawy materiałów, zapewnieniem niezbędnego sprzętu jak też z koniecznością ewentualnego wydłużenia czasu pracy zatrudnienia dodatkowych pracowników. Na budowie przyjmując 8-godzinny dzień pracy musiałoby pracować 21 robotników codzienne, biorąc pod uwagę dni świąteczne, należałoby zwiększyć ilość tych robotników, ewentualnie przedłużyć czas pracy do dziesięciu godzin dziennie lub wprowadzić tryb pracy dwuzmianowej.

dowód: opinia biegłego ds. budowlanych k. 1534-1555, oraz ustna k. 1607-1611

Brak było podstaw dla przyjęcia, iż powód, który nie realizował umowy od stycznia 2014r. i nie miał takiego zamiaru i woli, zważywszy na złożone przez niego oświadczenie o odstąpieniu od umowy w dniu 17 marca 2014r. i zmanifestowany w nim brak zamiaru podejmowania jakichkolwiek czynności do dnia 31 lipca 2014r. zrealizuje umowę.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie w.w dowodów pisemnych, wydruków oraz opinii biegłego ds. pożarnictwa oraz ds. budownictwa w szczególności biorąc pod uwagę twierdzenia i wnioski wspólnej opinii biegłych złożonej ustnie na rozprawie w dniu 7 marca 2018r. stanowiącej niejako podsumowanie złożonych wcześniej przez biegłych opinii pisemnych ocenionych przez Sąd jako wiarygodne , spójne , i logiczne. Sąd ustalenia faktyczne oparł również na zeznaniach świadków : P. C. k. 462 do 465, D. Z. k. 465 do 468, A. K. k. 468 do 469, M. G. k. 476 do 477, M. P. k. 475 do 476, B. S. k. 1237 do 1241, częściowe zeznania D. J. k. 469 do 475, w zakresie w jakim znajdowały one odzwierciedlenie w pozostałym materiale dowodowym w szczególności dokumentacji.

Sąd zważył co następuje:

Żądaniem w niniejszej sprawie powód Gmina B. objęła zapłatę kwoty 187 575 zł tytułem kary umownej wynikającej z par. 13 ust. 1 lit b. W umowie tej bowiem strony ustaliły, iż obowiązującą formą odszkodowań będą kary umowne, a wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy – 10 % wynagrodzenia umownego brutto. Jako podstawę dla przedmiotowego odstąpienia zawartego w oświadczeniu zamawiającego z dnia 12 maja 2014r. powód powołał przesłankę ustawową wynikającą z art. 635 kc w zw. z art. 656 kc podając, iż opóźnienie w wykonywaniu umowy jest tak znaczne, że nie jest prawdopodobne, by wykonawca zdołał wykonać przedmiot umowy w terminie do 31 lipca 2014r. Konsekwencją niniejszego stanowiło zawarte w tym samym piśmie wezwanie wykonawcy do zapłaty kary umownej.

Trzeba wskazać, iż w toku współpracy stron w zakresie realizacji przedmiotowej umowy z dnia 12 marca 2013r. strony złożyły następujące oświadczenia o odstąpieniu od tej umowy:

1. w dniu 13.02.2014r. złożone przez powoda z powołaniem się na par. 16 ust. 1 pkt 2 lit. a umowy tj. przerwanie robót z przyczyn niezależnych od zamawiającego i niewznowienie ich pomimo wezwania oraz naruszenie warunków realizacji w.w umowy. Niniejsze oświadczenie zostało cofnięte w piśmie z dnia 14.03.2014r. (zostało uznane przez powoda za bezskuteczne), stąd jego zasadność nie stanowiła przedmiotu oceny w toku niniejszej sprawy,

2. w dniu 17.03.2014r. złożone przez pozwanego z powołaniem się co do podstawy na art. 354 par. 2 kc w związku z bezskutecznym upływem terminu określonego powodowi (gminie) do dokonania przez gminę B.:

- weryfikacji rozwiązań projektowych odnoszących się do zabezpieczenia przeciwpożarowego kotłowni gazowej oraz co do poprawności rozwiązań projektowych w zakresie ochrony przeciwpożarowej całego budynku,

- weryfikacji zaproponowanych przez gminę pismem z dnia 30 stycznia 2014r. rozwiązań dotyczących stolarki okiennej i drzwiowej w zakresie zgodności z normami przeciwpożarowymi poprzez uzyskanie stosownej opinii rzeczoznawcy w zakresie zabezpieczeń przeciwpożarowych;

3. w dniu 14.04.2014r. złożone przez pozwanego z powołaniem jako podstawy braku żądanej przez pozwanego gwarancji pomimo wezwania w tym zakresie gminy pismem z dnia 24.02.2014r.

4. w dniu 12.05.2014r. złożone przez powoda powołaniem jako podstawy art. 635 w zw. z art. 656 kc, a to opóźnienie w wykonaniu umowy tak znaczne, że nie jest prawdopodobne by wykonawca zdołał wykonać przedmiot umowy w terminie do dnia 31.07.2014r.

Zbadanie skuteczności oświadczenia powoda z dnia 12.05.2014r. (stanowiącego podstawę dla naliczenia kary umownej żądanej pozwem) wymagało analizy złożonych oświadczeń w pryzmacie chronologicznego ich zestawienia . Ponieważ oświadczenie powoda z dnia 12 maja 2014r. było ostatnim należało w pierwszej kolejności zbadać czy któreś z oświadczeń o odstąpieniu od umowy złożonych przed 12 maja 2014r. nie było oświadczeniem skutecznym. Skoro bowiem we wcześniejszym czasie nastąpiłoby skutecznie odstąpienie od umowy z natury rzeczy oświadczenie powoda z dnia 12 maja 2014r. nie odniosłoby zamierzonego skutku, czyniąc je bezprzedmiotowym.

Jak wskazano powyżej pierwsze ze złożonych oświadczeń o odstąpieniu od umowy miało miejsce w dniu 13.02.2014r. i złożone zostało przez powoda. Ponieważ jednak pismem z dnia 14.03.2014r przez tego samego powoda zostało uznane za bezskuteczne, jako w istocie cofnięte (bo tak należy interpretować wolę składającego to oświadczenie powoda) nie wywoływało skutku prawnego.

Kolejne oświadczenie o odstąpieniu, które zostało złożone było to oświadczenie pozwanego z dnia 17.03.2014r.

Niniejsze oświadczenie jako podstawę powołało 354 par. 2 kc. Stosownie do treści art. 354 kc dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym

zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom (par. 1) w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonywaniu zobowiązania wierzyciel (par. 2).

Jak więc należy wnioskować powód jako podstawę odstąpienia od umowy powołał okoliczność braku współdziałania przez powoda (gminę) przy realizacji umowy.

W ocenie Sądu brak merytorycznych podstaw dla odstąpienia od umowy na podstawie okoliczności wskazanych w piśmie z dnia 17.03.2014r. a w każdym razie odstąpienia od tej umowy na tej podstawie - w dniu 17.03.2014r. Dokonane przez pozwanego odstąpienie nie znajdowało podstaw w realiach sprawy tym samym należało je uznać za bezpodstawne, a w każdym razie przedwczesne.

Pozwany powołał się na bezskuteczny upływ terminu określonego powodowi pismem D.z dnia 24.02.2014r. Pismem tym (wpływ do urzędu gminy 26.02.2014r.) pozwany wezwał powoda do :

- weryfikacji rozwiązań projektowych odnoszących się do zabezpieczenia przeciwpożarowego kotłowni gazowej oraz co do poprawności rozwiązań projektowych w zakresie ochrony przeciwpożarowej całego budynku,

- weryfikacji zaproponowanych przez gminę pismem z dnia 30 stycznia 2014 rozwiązań dotyczących stolarki okiennej i drzwiowej w zakresie zgodności z normami przeciwpożarowymi poprzez uzyskanie stosownej opinii rzeczoznawcy w zakresie zabezpieczeń przeciwpożarowych.

Jak jednak wynikało z ustaleń faktycznych dokonanych powyżej w przedmiotowej dacie kotłownia gazowa została już wykonana i to zgodnie z wymogami zabezpieczenia przeciwpożarowego, a rzecz dotyczyła jedynie wprowadzenia zmian odzwierciedlających niniejsze do dokumentacji projektowej, koniecznych ze względów formalnych już na etapie czynności odbiorowych i decyzji w zakresie pozwolenia na użytkowanie.

W kotłowni w dacie 24.02.2014r. tj. w dacie złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy nie było zamontowane jedynie okienko , a to zważywszy na konsultacje co do jego rodzaju, brak jednak podstaw by przyjąć, iż niniejsze powodowało uniemożliwienie kontynuowania prac przez wykonawcę i pozbawiało go frontu robót. Niniejsze zanegował stanowczo biegły.

Co do weryfikacji dot. stolarki okiennej i drzwiowej w zakresie zgodności z normami przeciwpożarowymi to stwierdzić należy, iż wezwanie w zakresie tejże stolarki okiennej i drzwiowej pozwany wystosował do powoda w dniu 28.01.2014r. (k. 246). Pismem z dnia 30.01.2014r. (k. 247) powód przesłał swoje stanowisko odnośnie drzwi i okien, nie określając jedynie kwestii dot. wymagań p.poż dla drzwi wejściowych DZ 2 oraz okna w kotłowni.

Braki w powyższym zakresie jednak jak wynika z opinii biegłego również nie stanowiły podstawy dla wstrzymania robót, nie umożliwiały ich kontynuacji z uwagi na szeroki front robót i możliwość ich wykonania na dalszym etapie realizacji budowy. Trzeba też dodać, iż na tym etapie nie było wprost mowy o brakach w dokumentacji wymienionych w znacznej części przez biegłego ds. pożarnictwa (biegły bowiem ponad kwestię drzwi Dz2, i okna w pomieszczeniu kotłowni) wskazał dodatkowe braki, ale po analizie i własnej ocenie dokumentacji w tym projekcie. Brak jednak jednoznacznych podstaw dla przyjęcia, iż wykonawca również tego pozostałego wskazanego przez biegłego ds. p. poż. zakresu braków był świadomym, a tym samym obejmował je również swym wezwaniem z dnia 24.02.2014r. , jednocześnie czyniąc je podstawą dla odstąpienia od umowy w dniu 17.03.2014r.

Niezależnie zresztą od powyższego wskazać należy , iż wskazane braki w dokumentacji i brak decyzji co do dwóch elementów (okna w kotłowni i drzwi Dz2) nie stanowiły przeszkody w kontynuacji prac, nie uniemożliwiały ich , z uwagi na szeroki front robót i rodzaj prac przewidzianych dla tego okresu w harmonogramie.

Reasumując wobec braku wykazania przez pozwanego realnych, a przez to wiarygodnych podstaw dla odstąpienia od umowy z uwagi na brak współdziałania powoda, kiedy brak tego współdziałania nie powodował uniemożliwienia

kontynuacji prac budowlanych nosząc charakter fragmentaryczny Sąd uznał przedmiotowe oświadczenie o odstąpieniu od umowy za bezskuteczne.

Tym samym Sąd zobligowany był do oceny zasadności kolejnego oświadczenia o odstąpieniu od umowy złożonego przez pozwanego, a to pismem z dnia 14.04.2014r. Podstawę dla tego oświadczenia, jak wskazał pozwany, stanowił brak żądanej gwarancji zapłaty.

W tym zakresie istotnie pismem z dnia 24.02.2014r. pozwany wezwał powoda do udzielenia gwarancji zapłaty z tytułu pozostałych do zrealizowania w ramach umowy robót tj. w kwocie 500 tys. zł netto. Stosownie do treści art. 649¹ kc z gwarancji zapłaty za roboty budowlane inwestor udziela wykonawcy w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Gwarancją zapłaty jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone na zlecenie inwestora.

Jak wynika z prezentaty na przedmiotowym piśmie k. 68 niniejsze żądanie wpłynęło do Urzędu Gminy B. w dniu 26.02.14r. i jeżeli liczyć od tej daty wyznaczony w tym zakresie 45 dniowy termin dla udzielenia powyższej gwarancji to termin ten upływał w dniu 12 kwietnia 2014r. Trzeba jednak wziąć pod uwagę, iż przedmiotowe pismo zostało podpisane nie przez K. O., ale działającego jako pełnomocnik Ł. G. - bez dołączenia pełnomocnictwa. W związku z tym gmina pismem z dnia 21.03.2014. wezwała pozwanego do niezwłocznego potwierdzenia żądania w tym przedmiocie wobec braku pełnomocnictwa i niniejsze zostało uzupełnione w dniu 3.04.2014r. (wpływ do UG pisma z dnia 31.03.2014r. w którym K. O. potwierdził wszelkie oświadczenia uprzednio złożone w jego imieniu przez pełnomocnika adw. Ł. G., wskazując iż zostały one złożone w granicach udzielonego mu pełnomocnictwa). 45- dniowy termin liczony od dnia 3.04.2014r. to data 19.05.2014r. natomiast odstąpienie od umowy z tytułu braku udzielenia gwarancji nastąpiło oświadczeniem z dnia 14.04.2014r. Licząc więc 45 dniowy termin od tej daty wskazać należy, iż odstąpienie od umowy nastąpiło przed upływem wyznaczonego gminie terminu. Nawet jeżeli jednak liczyć ten termin od daty wpływu do Urzędu Gminy pierwotnego pisma, to i tak wskazać należy, iż gwarancja została udzielona w terminie, a wykonawca został o tym zawiadomiony w sposób w którym mógł zapoznać się z jej treścią i ją otrzymać. Trzeba bowiem wskazać, iż gmina przed upływem tego terminu bo w dniu 9.04.2014r. dysponowała już udzieloną gwarancją przez Bank (...) SA i została ona przesłana pozwanemu przesyłką kurierską, co do której próbę doręczenia podjęto w dniu 10.04.2014r. a nie doręczono jej pozwanemu z uwagi na absencję w miejscu prowadzonej działalności gospodarczej. Trzeba jednak dodać, iż przedstawiciele gminy poczynili dalsze czynności celem doręczenia gwarancji, co potwierdzało ich wole i znaczące zaangażowanie w tym zakresie, skoro Burmistrz i Sekretarz Gminy osobiście podjęli czynności mające na celu osobiste doręczenie tej gwarancji pozwanemu. Kierując się zarówno pod adres prowadzonej działalności pozwanego, jak i drugi oznaczony pod tym adresem, nie zastali jednak pozwanego, pozostawili więc informację zarówno o niemożności doręczenia gwarancji jak i jej ustanowieniu i możliwym miejscu odbioru, z czego zresztą pozwany nie skorzystał. Reasumując w ocenie Sądu oświadczenie pozwanego z dnia 14.04.2014r., wobec braku uzasadnionych podstaw nie odniosło zamierzonego skutku.

Powyższe obligowało Sąd do oceny kolejnego oświadczenia o odstąpieniu od umowy tym razem złożonego przez powoda w dniu 12 maja 2014r. Oświadczenie to powoływało jako podstawę art. 635 kc w zw. z art. 656 kc tj. fakt opóźnienia w wykonywaniu umowy tak znaczący, że nie jest prawdopodobne, by wykonawca wykonał przedmiot umowy w terminie do dnia 31.07.2014r.

Strony wiązała umowa o roboty budowlane. Poczynając więc od odpowiedzi na pytanie czy w jej zakresie znajdował zastosowanie art. 635 kc to należy odpowiedzieć twierdząco. Stosownie bowiem do treści art. 656 par. 1 kc do skutku 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 i umowie od dzieła.

Stosownie do treści 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 wyznaczania terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła.

Odpowiednie stosowanie przepisów o umowie o dzieło zostało ograniczone w art. 656 par. 1 kc wyłącznie do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu co oznacza konieczność odpowiedniego stosowania art. 635 kc, 636 par. 1 par. 2 kc, 637 par. 1 i par. 2 kc, , 638 kc oraz 644 kc. Niniejsze wynika wprost z zakresu określonego w art. 656 par. kc (vide Przemysław Drapała komentarz do art. 656 kc kc komentarz tom 4 zobowiązania część szczegółowa wyd 2 Gudowski Jacek, WKP 2017).

W ocenie Sądu zważywszy na realia niniejszej sprawy zachodziły przesłanki dla zastosowania 635 kc.

Ponieważ podstawą dla oświadczenia powoda był ten przepis, to była to wiążąca dla stron i sądu podstawa, przynajmniej w zakresie wskazania wiążących okoliczności faktycznych. Brak było więc podstaw do badania czy w dacie oświadczenia powoda o odstąpieniu tj. w dniu 12.05.2014r. zachodziły inne przyczyny odstąpienia w szczególności wskazane w umowie (vide SN III CSK 276/12 SA w W-wie VI ACa 822/13).

Przechodząc zatem na grunt wskazanego przepisu art. 635 kc, to Sąd podziela stanowisko wyrażone już przez tut. Sąd w wyroku z dnia 13.11.2015r. sygn. akt VI GC 279/13 , iż przepis ten nie uzależnia skuteczności odstąpienia od przyczyn opóźnienia. W przepisie tym chodzi wyłącznie o tak dalekie opóźnienie, że nie jest nawet prawdopodobnym na datę złożenia oświadczenia, by termin wykonania umowy został dopełniony. Odmienna interpretacja powodowałaby zbędność zapisu o „opóźnieniu tak dalekim” . Niemniej, zdaniem Sądu, ocena, czy opóźnienie pozostawało „tak dalekie” jako wyłączna przyczyna braku prawdopodobieństwa wykonania umowy w terminie musi zostać dokonana w konkretnych realiach sprawy, a więc po ocenie warunków, w jakich przebiegała dotychczasowa budowa oraz czy można było przypuszczać, że w tych realiach termin zostanie dochowany. Niewystarczającym było ustalenie, że obiektywnie i teoretycznie rzecz biorąc, a więc tylko oceniając proces technologiczny, możliwe było zachowanie terminu końcowego (tzw. nadrobienie opóźnienia, zwiększenie intensywności prac. zwiększenie liczby pracowników, wydłużenie czasu ich pracy)

Biegły wprawdzie stwierdził iż, przy wzmożonym wysiłku bo zwiększonej liczbie pracowników, przy założeniu braku pracy w dni świąteczne, bądź przy 21 robotnikach pracujących w 8 godzinnym czasie pracy możliwym było ukończenie przez pozwanego robót budowlanych do dnia 31.07.2013r. ale było to związane z koniecznością zachowania odpowiedniej organizacji robót, rytmicznej dostawy materiałów, zapewnieniem niezbędnego sprzętu, jak też koniecznością wydłużenia czasu pracy i zatrudnienia pracowników. W realiach niniejszej sprawy podkreślenia jednak wymaga, iż pozwany od stycznia czyli blisko 5 m-cy nie kontynuował prac, nie miał takiej woli, nie miał takiego zamiaru, o czym bezsprzecznie świadczyły złożonego przez niego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Brak więc było jakichkolwiek racjonalnych podstaw dla założenia, iż w przypadku niezłożenia przez gminę oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniu 12.05.2014r. pozwany kontynuowałby prace i zdążył z ich zakończeniem na dzień 31.07.2014. Trzeba podkreślić , iż omawiany przepis ma przecież na celu ochronę inwestora przed nieterminowym zakończeniem dzieła, tak , by możliwym było przy pomocy innego wykonawcy termin zachować. A zatem brak podstaw do przyjęcia, iż skutecznie można byłoby odstąpić dopiero na etapie, gdy nie byłoby nawet prawdopodobne (a contrario byłoby oczywiste), że nikt nawet przy wzmożonych działaniach obiektywnie nie dokończy prac w terminie pierwotnym. Taka interpretacja tego przepisu nie spełnia funkcji ochronnej inwestora : odstąpienie od umowy w takich okolicznościach byłoby już dla niego zbyt późne. Zatem przy ocenie, czy opóźnienie było „tak dalekie, że nie było prawdopodobieństwa dochowania terminu” należało uwzględnić konkretne okoliczności dotyczące przebiegu prowadzonych prac przez dotychczasowego wykonawcę – powoda (vide: stanowisko wyrażone w/w wyroku SO w Rzeszowie). Ten zaś z uwagi na stale rosnące opóźnienie od stycznia 2014r. do maja 2014r. w stosunku do harmonogramu - nie dawał żadnych podstaw do założenia, że dopełni terminu. Zatem pozwany skutecznie pismem z

dnia 12.05.2014. odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (tj. z powodu opóźnienia określonego w art. 635 kc); a tym samym powód miał podstawy do naliczenia pozwanemu kary umownej wedle § 9 .2 b umowy.

Sąd uwzględnił natomiast zgłoszony przez pozwanego zarzut miarkowania kary umownej, stosownie do treści art. 484 kc. W ocenie Sądu z uwagi na zakres wykonania zobowiązania, jak również z uwagi na wysokość żądanej przez gminę kary umownej byłaby ona rażąco wygórowana. W ocenie Sądu właściwą jest kara umowna w wysokości jej 50% jako spełniająca rolę sankcyjną, tym bardziej, iż strony w umowie przewidziały możliwość żądania dalszego odszkodowania, już przy wykazaniu właściwej i uzasadnionej wartości szkody.

Stąd też Sąd orzekł jak w sentencji na mocy w.w norm prawnych. O kosztach postępowania orzekając stosownie do wyniku sprawy. Na koszty powoda złożyły się: 9. 379 tytułem opłaty sądowej od pozwu, 7 217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, 3 000 tytułem wydatków , łącznie 19 596 zł, na koszty pozwanego złożyły się: 7 217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, wydatki 6 770,92 zł łącznie koszty procesu wyniosły 13 987 , 92 zł , łącznie koszty procesu to 33 583,92 zł, skoro każda ze stron winna je ponieść w 50% - do zwrotu przez pozwanego na rzecz powoda pozostawała kwota 2 804, 04 zł . Jednocześnie wobec braku zaliczki na pełny zakres wydatków (opinie biegłych) brakującą część w pkt 4 i 5 Sąd zarządził ściągnąć od obu stron postępowania również w proporcji 50% /50% stosownie do wyniku sprawy.

ZARZĄDZENIE

1. (...)

2. (...)