

Sygn. akt I AGa 186/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Dariusz Rystał (spr.)
------------------------	----------------------------------

Sędziowie: SA Małgorzata Gawinek,

SA Artur Kowalewski

Protokolant: St. sekr. sąd. Beata Węgrowska-Płaza

po rozpoznaniu w dniu 6 czerwca 2019 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa K. Ł.

przeciwko Gminie Miasto S.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 21 marca 2018 r. sygn. akt VIII GC 342/17

I. oddala obie apelacje,

II. zasądza od powoda K. Ł. na rzecz pozwanej Gminy Miasto S. kwotę 1.350 (jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

SSA Artur Kowalewski SSA Dariusz Rystał SSA Małgorzata Gawinek

Sygn. akt: I AGa 186/18

UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym 22 sierpnia 2017 roku K. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy Miasto S. na rzecz powoda kwoty 101.342,55 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwoty 101.342,55 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie pozwu w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej zwrotu kosztów procesu.

Równocześnie pozwana wniosła pozew wzajemny, żądając zasądzenia od pozwanego wzajemnego na rzecz powódki wzajemnej kwoty 31.733,27 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 10 kwietnia 2017 roku do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego wzajemnego na rzecz powódki wzajemnej zwrotu kosztów procesu.

Pozwany wzajemny wniosł o oddalenie powództwa wzajemnego oraz o zasądzenie od powódki wzajemnej na rzecz pozwanego wzajemnego kosztów postępowania wywołanego wniesionym pozvem.

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z 21 marca 2018 roku oddalił powództwo główne i wzajemne oraz orzekł w przedmiocie kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił poniższy stan faktyczny.

K. Ł. prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą w zakresie robót budowlanych pod nazwą (...) K. Ł. od 2008 roku.

Powód zawarł z Przedsiębiorstwem (...) pólka z o.o. w Z. umowę konsorcjum nr (...) z dnia 6 listopada 2015 roku, celem wspólnego pozyskania zamówienia pod nazwą "Budowa hali tenisowej przy Al. (...) w S." (dalej Wykonawca) realizowanego przez Gminę Miasto S.- Miejski Ośrodek (...) w S. (pozwaną).

Na skutek wyboru oferty Wykonawcy, w dniu 10 grudnia 2015 roku zawarło ono z pozwaną umowę nr (...), na mocy której Wykonawca, reprezentowany przez K. Ł. zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia.

Postanowienia umowy przewidywały wykonanie zamówienia własnymi siłami Wykonawcy. W przypadku zlecenia jakichkolwiek robót podwykonawcom przewidziano obowiązek zawarcia przez Wykonawcę umów w formie pisemnej pod rygorem nieważności (§3 ust. 1-3 umowy).

Na mocy §3 ust. 4 Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zobowiązany był przedstawić Zamawiającemu projekt umowy i projekt zmiany umowy o podwykonawstwo, przy czym Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zobowiązali się dołączyć zgodę Wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. Niezgłoszenie przez Zamawiającego w terminie 14 dni pisemnych zastrzeżeń uznano za wyraz akceptacji projektu umowy lub jej zmian. Zgodnie z §3 ust. 5 umowy Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zostali zobowiązani do przedstawienia Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo w terminie 7 dni od daty jej zawarcia. Jeżeli zamawiający w terminie 14 dni od dnia otrzymania umowy nie zgłosi na piśmie sprzeciwu, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy oraz na wprowadzenie Podwykonawcy na teren budowy.

Wykonawca zobowiązał się do wykonania całości robót stanowiących przedmiot umowy w terminie 229 dni kalendarzowych liczonych od dnia podpisania umowy (§5).

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe brutto w wysokości 8.455.020,00 zł zgodnie z ceną oferowaną przez Wykonawcę (§8 ust. 1), a podstawę do uregulowania należności za wykonanie przedmiotu umowy stanowić będzie prawidłowo wystawiona faktura VAT (§9 ust. 1). W ust. 2 §9 Zamawiający przewidział regulowanie należności za wykonane roboty na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej w ten sposób, że: a) wykonawca nie częściej niż raz w miesiącu, począwszy od stycznia 2016 roku, może przedstawiać Zamawiającemu faktury za prace wykonane i odebrane przez Zamawiającego, b) płatność ostatniej faktury nie może być mniejsza niż 20% wartości całego zamówienia. Podstawą do wystawienia faktury stanowi podpisany przez strony protokół odbioru robót (częściowego/końcowego) - §9 ust. 3. W przypadku zatrudnienia przez Wykonawcę Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, załącznikiem do faktur Wykonawcy są oświadczenia podwykonawców lub dalszych podwykonawców o braku wymaganych zobowiązań finansowych wynikających z umów o podwykonawstwo robót budowlanych (§9 ust. 4).

Wynagrodzenie wykonawcy zostanie przekazane na rachunek bankowy wskazany w prawidłowo wystawionej fakturze VAT w terminie do 14 dni od daty doręczenia faktury do siedziby Zamawiającego (§9 ust. 6).

W §9 ust. 9 zastrzeżono, że z wynagrodzenia Wykonawcy określonego w fakturze Zamawiający ma prawo potrącić wysokość kar, o których mowa w §13 umowy lub ewentualnych wypłat wynagrodzeń podwykonawców dokonanych bezpośrednio przez Zamawiającego, zaś w ust. 12 zastrzeżono prawo wstrzymania się Zamawiającego do czasu ustania przyczyny, płatności bieżących faktur w całości lub w części, w przypadku nie wywiązania się Wykonawcy z któregośkolwiek ze zobowiązań wynikających z umowy. W takim przypadku nie przysługują Wykonawcy odsetki z tytułu opóźnienia w zapłacie.

Do momentu podpisania umowy Wykonawca wniósł na rzecz Zamawiającego zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 676.401,60 zł, tj. 8% wynagrodzenia brutto zaproponowanego w ofercie cenowej w formie gwarancji ubezpieczeniowej (§11 ust. 1 i 3).

W §13 pkt 1 umowy przewidziano zapłatę przez Wykonawcę Zamawiającemu kar umownych za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za cały przedmiot umowy.

W §14 ust. 1 pkt 3 umowy przewidziano prawo Zamawiającego do odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania w trybie natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w razie rażącego niewywiązania się przez Wykonawcę z postanowień umowy, a w szczególności jeżeli: Wykonawca opóźnia się bądź pozostaje w zwłoce z realizacją poszczególnych prac w sposób zagrażający terminowemu wykonaniu przedmiotu umowy lub opóźnia się o 30 dni w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do przedstawionego harmonogramu rzeczowego. Odstąpienie od umowy lub jej rozwiązanie w trybie natychmiastowym musi być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności i musi zawierać uzasadnienie. Prawo odstąpienia lub rozwiązania umowy może zostać zrealizowane w terminie 30 dni od dnia zaistnienia okoliczności uzasadniającej wykonanie prawa odstąpienia lub rozwiązania umowy (§14 ust. 2). Warunkiem odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania jest uprzednie wezwanie Wykonawcy do zakończenia danego elementu robót we wskazanym dodatkowym terminie (§14 ust. 3). W przypadku odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy Zamawiający ma prawo żądania kary umownej, o której mowa w §13 ust. 1 umowy.

Zgodnie z treścią §15 ust. 1 umowy Zamawiający zobowiązał się zapłacić Wykonawcy, w wypadku odstąpienia od umowy z powodu okoliczności niezależnych od Wykonawcy, wynagrodzenie za roboty już wykonane i odebrane do dnia odstąpienia lub rozwiązania umowy wg cen wynikających z kosztorysu ofertowego. W takim przypadku Zamawiający ma prawo potrącenia z wynagrodzenia Wykonawcy lub zabezpieczenia należności Zamawiającego wynikających z umowy.

W §17 ust. 6 umowy przewidziano zastosowanie – w sprawach nie uregulowanych w treści umowy – przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz przepisów kodeksu cywilnego i innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Umową z 9 grudnia 2015 roku zawartą pomiędzy powodem a Towarzystwem (...) S.A. w W. o nr (...) ubezpieczyciel udzielił powodowi gwarancji należytego wykonania i właściwego usunięcia wad na rzecz Gminy Miasto S.- Miejskiego Ośrodka (...) w S. w związku z realizacją umowy z 10.12.2015r., na sumę 676.401,60 zł, o okresie ważności od 10 grudnia 2015 roku do 25 sierpnia 2016 roku z tytułu niewykonania bądź nienależytego robót określonych w umowie oraz na sumę 202.920,48 zł o okresie ważności od dnia 26 sierpnia 2016 roku do dnia 9 września 2021 roku dotyczącą odpowiedzialności gwaranta z tytułu nieusuniętych wad fizycznych.

W celu zabezpieczenia wierzytelności (...) S.A. w W. zawarto w dniu 9 grudnia 2015 roku umowę z powodem, na mocy której zabezpieczono wierzytelności ubezpieczyciela wynikające z umowy o udzielenie ubezpieczeniowej gwarancji nr (...) z 09.12.2015r. poprzez złożenie przez powoda kaucji w postaci 100.000,00 zł zdeponowanych na rachunku

bankowym, obowiązującej do dnia całkowitej spłaty należności (...) S.A. w W. wynikającej z umowy ubezpieczeniowej gwarancji.

Pozwana wyraziła gotowość przekazania placu budowy na dzień 17 grudnia 2015 roku. Na wniosek powoda wyraziła zgodę na przekazanie placu budowy w dniu 22 grudnia 2015 roku.

Pozwana wyraziła zgodę na wykorzystanie części terenu na zaplecze placu budowy do dnia 17 lipca 2016 roku.

Pismem z 23 grudnia 2015 roku pozwana nie wyraziła zgody na zmianę kierownika budowy wskazując, że przedstawiona osoba (p. Ż.) nie spełnia wymagań wyznaczonych w przetargu. Ponownie, z tej samej przyczyny, nie wyraził zgody na zmianę kierownika budowy na p. K. Ł. pismem z 29 grudnia 2015 roku.

W dniu 20 kwietnia 2016 roku Inspektor Nadzoru Inwestorskiego B. G. (1) wstrzymał roboty budowlane do czasu ustanowienia kierownika budowy w związku z informacją powoda o zaprzestaniu pełnienia tej funkcji przez M. W. (1).

W dzienniku budowy pod datą 21 kwietnia 2016 roku odnotowano przejęcie obowiązków kierownika budowy przez P. S..

Pismem z 22 kwietnia 2016 roku pozwana poinformowała powoda o braku akceptacji P. S. jako kierownika budowy do czasu wykazania co najmniej 5-letniego doświadczenia w pełnieniu tej funkcji zgodnie z SIWZ oraz wskazała na prowadzenie robót pomimo wstrzymania budowy w dniu 20 kwietnia 2016 roku przez Inspektora nadzoru.

Pismem z 26 kwietnia 2016 roku pozwana zaakceptowała zmianę na stanowisku kierownika budowy (P. S.), prosząc o uzupełnienie jego doświadczenia zawodowego w sposób konkretny, a 27 kwietnia 2016 roku oraz 28 kwietnia 2016 roku wzywała powoda do przejęcia dzienników budowy i wznowienia prac budowlanych.

P. S. zrezygnował z funkcji kierownika budowy 6 maja 2016 roku.

W dniu 9 maja 2016 roku pozwana wyraziła zgodę na podjęcie obowiązków kierownika budowy przez J. A. wzywając go do odebrania dzienników budowy w dniu 10 maja 2016 roku. J. A. przejął obowiązki kierownika budowy 10 maja 2016 roku.

17 maja 2016 roku wraz z wpływem pisma powoda o odstąpieniu od umowy wstrzymano roboty budowlane.

Po przekazaniu placu budowy przedstawiciele stron co tydzień spotykali się na Radach Budowy, począwszy od 12 stycznia 2016 roku, aż do 19 kwietnia 2016 roku.

Podczas Rady Budowy w dniu 26 stycznia 2016 roku przedstawiciel powoda zadeklarował nadrobienie nieznacznego opóźnienia w harmonogramie. Zaniepokojenie niewielkim postępem przedstawiciele pozwanej wyrażali na każdej Radzie Budowy począwszy od 2 lutego 2016 roku. Nadzór inwestorski zgłosił 2 lutego 2016 roku brak obecności kierownika budowy zgłoszonego w ofercie – od dnia przekazania placu budowy. Inspektorzy nadzoru podczas kolejnych narad wskazywali na niewielką ilość pracowników oraz niewystarczający stopień zaawansowania poszczególnych prac.

Wobec dalszego braku obecności kierownika budowy podczas Rady budowy 16 lutego 2016 roku wezwano wykonawcę do należytego wykonania umów oraz przyspieszenia tempa zgłaszania podwykonawców. Na czas zgłaszania umów podwykonawczych jako zagrożenie dla realizacji inwestycji w terminie przedstawiciele pozwanej zwracali uwagę podczas wszystkich kolejnych Rad Budowy.

Inspektorzy nadzoru z ramienia pozwanej kwestionowali również tempo przekazywania wniosków materiałowych i niedostarczenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku niepalności materiału na elewację E160 (Rada Budowy 19 kwietnia 2016 roku).

Podczas Rady Budowy 23 lutego 2016 roku przedstawiciel pozwanej poinformował o wprowadzeniu dziennika wykazu pracowników pracujących przy realizacji zadania. W lutym odnotowywano od 5 do 16 pracowników każdego dnia, w marcu od 11 do 24, w kwietniu od 8 do 26 poza okresami wstrzymania budowy, a w maju – jedynie 8 pracowników 4 maja, 9 pracowników 5 maja oraz 11 pracowników 6 maja 2016 roku.

Podczas Rady Budowy 5 kwietnia 2016 roku przedstawiciele pozwanej wskazali, że zwłoka związana z brakiem podwykonawcy i dostawcy konstrukcji drewnianej spowoduje niedotrzymanie terminu zakończenia inwestycji.

Podczas Rady Budowy 19 kwietnia 2016 roku powód przedłożył zamawiającemu umowy z D. Z., przy czym wobec oczekiwania uzupełnienia umowy zgodnie z uwagami pozwanej, powód wycofał zgłoszenie podwykonawcy oświadczając, że firma ta nie wykonywała robót jako podwykonawca. Powód przedłożył również poprawioną umowę z (...) spółką z o.o., a wobec twierdzeń Inwestora Nadzoru, że roboty elektryczne były wykonywane przez to przedsiębiorstwo bez zgody pozwanej, powód oświadczył, że firma ta nie wykonywała robót jako podwykonawca. W obydwu przypadkach pozwana poinformowała powoda o naliczeniu kar umownych.

Pozwana wielokrotnie upominała powoda, wytykała zbyt mały postęp prac, niewystarczającą ilość pracowników oraz złą jakość prac. Wzywała także do przyspieszenia prac budowlanych. Między innymi:

- pismem z 26 stycznia 2016 roku wezwała do natychmiastowego wznowienia prac budowlanych wskazując na sprzyjające warunki atmosferyczne i wskazując, że w dniu 25 stycznia 2016 roku na budowie przebywał tylko jeden pracownik;

- pismem z 5 lutego 2016 roku wyraziła oczekiwanie przedstawienia programu naprawczego wobec braku postępu robót budowlanych i wskazała, że podwykonawca nie został zgłoszony stosownym wnioskiem, a materiały nie zostały zatwierdzone w zakresie frontów robót zadeklarowanych (roboty żelbetowe: fundamenty, izolacje cieplne, kanalizacja deszczowa, kanalizacja sanitarna);

- pismem z 17 lutego 2016 roku wezwała do natychmiastowego wznowienia prac budowlanych po kolizji z istniejącą infrastrukturą podziemną zwracając uwagę na niewielką ilość pracowników (9) i brak podstaw do wstrzymania prac,

- pismem z 17 lutego 2016 roku wyrażając zaniepokojenie tempem prac opisała procentowo stopień wykonania prac zgodnie z harmonogramem i wezwała do zgłoszenia podwykonawców, dostarczenia kopii podpisanych umów wg wzorów oraz odpowiednio wcześniejszego zgłoszenia wniosków materiałowych,

- pismem z 3 lutego 2016 roku ponownie upomniała się o harmonogram i program naprawczy w zakresie opóźnienia w wykonanych pracach;

- pismem z 8 marca 2016 roku zwróciła uwagę, że wobec 39% upływu czasu inwestycji, prace wykonano na poziomie zaledwie 6%,

- pismami z 18 marca 2016 roku wyraziła oczekiwanie przedstawienia jej projektu technologicznego deskowania i potwierdzenia wykonania prac naprawczych przez kierownika budowy, a pismem z 21 marca 2016 roku także wprowadzenia stałego nadzoru nad robotami kierownika budowy

Pozwana, w oparciu o opinię projektantów, nie wyrażała zgody na zmiany materiałów budowlanych, które jej zdaniem były klasy niższej, bądź nie były „materiałem równoważnym”

Pozwana wielokrotnie, tak podczas porad, jak i w korespondencji z powodem, wносиła uwagi co do treści umów, jakie powód zamierzał zawierać z podwykonawcami.

Powód, uznając, że pozwana jest wrogo nastawiona do niego jako wykonawcy i odrzuca wszelkie jego propozycje, doprowadził do spotkania z Prezydentem.

Pozwana dokonywała częściowych odbiorów prac wykonanych przez powoda oraz podwykonawców.

PHU (...) spółka z o.o. w S. została zgłoszona jako podwykonawca 21 marca 2016 roku. Po uzupełnieniu zgłoszenia poprzez dosłanie referencji podwykonawcy oraz wniesieniu uwag do projektu umowy, ponownie zgłoszono tego podwykonawcę 5 kwietnia 2016 roku, który został zaakceptowany na Radzie Budowy.

Powód nie podpisał zaakceptowanej umowy z PHU (...) spółką z o.o. na wykonanie prac branży elektrycznej, z przewidzianym wynagrodzeniem w kwocie 592.471,07 zł brutto.

Od 30 marca 2016 roku podwykonawca ten pracował na budowie hali tenisowej i do 11 kwietnia 2016 roku wykonał część robót, co potwierdzono protokołem z inwentaryzacji sieci i instalacji elektrycznej z 24 maja 2016 roku.

PHU (...) spółka z o.o. wystawiła powodowi dwie faktury VAT nr (...) na kwotę 2656,80 zł oraz (...) na kwotę 590,40 zł, których powód nie zapłacił.

O braku zapłaty PHU (...) poinformowała pozwaną pismem z 11 maja 2016 roku oraz ponownie 7 czerwca 2016 roku. Po potwierdzeniu przez Inspektora Nadzoru zasadności żądania PHU (...) zapłaty za roboty wykonane przy budowie hali na kwotę 2656,80 zł, wynagrodzenie to zapłaciła 13 września 2016 roku pozwana.

Powód zgłosił Zakład Ogólnobudowlany D. Z. jako swojego podwykonawcę 21 marca 2016 roku. Po ponowieniu zgłoszenia 1 kwietnia 2016 roku oraz 6 kwietnia 2016 roku, wraz z którym powód przedłożył poprawiony projekt umowy.

Dnia 19 kwietnia 2016 roku powód cofnął zgłoszenie D. Z. jako podwykonawcy na Radzie Budowy.

Powód nie zawarł z D. Z. pisemnej umowy na wykonanie przez niego prac żelbetowych, które w całości wykonane zostały w marcu 2016 roku.

Powód nie zapłacił żadnej z wystawionych przez D. Z. faktur: (...) na kwotę 1659,17 zł, (...) na kwotę 838,65 zł, (...) na kwotę 3953,27 zł, (...) na kwotę 24.067,71 zł.

Należności D. Z. zostały opłacone przez pozwaną (łącznie 30.518,50 zł).

Zakład Budowlany (...) R. S. został zgłoszony jako podwykonawca 8 marca 2016 roku. Ponownego zgłoszenia – po nianiesieniu poprawek do projektu umowy – dokonano 21 marca 2016 roku. Podwykonawca został zaakceptowany 23 marca 2016 roku. Umowę z powodem nr (...) R. S. zawarł w dniu 1 kwietnia 2016 roku.

Prace murarskie wykonywał już od 7 marca 2016 roku, o czym pozwana nie wiedziała.

Po wykonaniu zleconego zakresu robót R. S. wystawił: fakturę VAT nr (...) na kwotę 19.995,86 zł oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 13.336,71 zł – zapłacone przez powoda jako wykonawcę oraz fakturę nr (...) na kwotę 18.232,79 zł i fakturę nr (...) na kwotę 6.902,66 zł – nie zapłacone przez powoda.

Po zwróceniu się przez R. S. o dokonanie na jego rzecz bezpośredniej płatności za ww. faktury, 31 sierpnia 2016 roku pozwana – po poinformowaniu powoda o takim zamiarze – dokonała dwóch bezpośrednich płatności na rzecz R. S. tytułem należności objętych fakturami VAT nr (...) na kwotę 25.135,43 zł.

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. została zgłoszona jako podwykonawca pismem z 25 stycznia 2016 roku, a ponownie – po wniesieniu uwag do umowy podwykonawczej – w dniu 9 lutego 2016 roku. Podwykonawca został zaakceptowany przez pozwaną, co odnotowywano w protokołach Rady Budowy od 23 lutego 2016 roku.

11 lutego 2016 roku powód zawarł z (...) spółką z o.o. umowę nr (...) na kompleksowe wykonanie robót ziemnych za wynagrodzeniem w kwocie 66.420,00zł.

Po wykonaniu robót spółka wystawiła powodowi faktury VAT nr (...) na kwotę 49.200,00 zł, nr (...) z 14 kwietnia 2016 roku na kwotę 5.658,00 zł, nr (...) na kwotę 3.075,00 zł oraz nr (...) na kwotę 24.907,50 zł, z których opłacił on faktury VAT nr (...).

Aneksiem z 13 maja 2016 roku do ww. umowy strony powód oraz (...) (...) spółka z o.o. uzgodniły zakończenie prac w terminie do 31 maja 2016 roku.

O braku zapłaty za fakturę nr (...) z 14 kwietnia 2016 roku (...) powiadomił pozwaną e-mailem z 6 czerwca 2016 roku, a 9 grudnia 2016 roku o braku zapłaty za fakturę nr (...).

Na podstawie protokołu inwentaryzacji wykonanych przez (...) pozwana zawarła z tą spółką ugodę i 9 grudnia 2016 roku dokonała bezpośredniej płatności podwykonawcy tytułem faktury (...) z 16 czerwca 2016r. na kwotę 8.302,05 zł.

(...) jako podwykonawca została zgłoszona pozwanej 11 lutego 2016 roku i została zaakceptowana.

Powód 16 lutego 2016 roku zawarł z (...) umowę nr (...) na kompleksowe wykonanie robót branży sanitarnej i p.poż. za wynagrodzeniem w kwocie 281.670,00 zł brutto.

Podwykonawca wykonał w części zlecony zakres robót, co potwierdzono protokołami z 6 i 17 maja 2016 roku.

(...) wystawiła powodowi faktury VAT nr (...) z 29 lutego 2016 roku – zapłaconą przez powoda oraz faktury nr (...).

W zakresie faktury nr (...) z dnia 14 kwietnia 2016 roku na kwotę 85.960,96 zł, o braku płatności której podwykonawca poinformował pozwaną, powód wniósł o dokonanie bezpośredniej zapłaty podwykonawcy, co też nastąpiło. Fakturę nr (...) opiewającą na kwotę 129.712,64 zł pozwana zapłaciła podwykonawcy w związku z nieotrzymaniem zapłaty od powoda (31 sierpnia 2016 roku).

Zakład Produkcyjno-Usługowy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. zawarła z powodem w dniu 2 marca 2016 roku umowę na dostawę betonu na budowę hali tenisowej, za wynagrodzeniem 112.000,00 zł plus podatek VAT.

Po otrzymaniu zawiadomienia o wstrzymaniu dostaw betonu w związku z brakiem zapłaty (pismem z 25 kwietnia 2016 roku), pozwana została poinformowana pismami z 10 maja 2016 roku oraz 6 czerwca 2016 roku o narastającym zadłużeniu powoda wobec spółki. Pismem z 28 czerwca 2016 roku wezwała powoda do ustosunkowania się do zasadności bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego (pozwana) wynagrodzenia temu podwykonawcy.

14 września 2016 roku pozwana dokonała zapłaty na rzecz (...) spółki z o.o. kwoty 7.996,23 zł oraz kwotę 3.361,59 zł.

Notą księgową nr (...) z 20 maja 2016 roku pozwana obciążyła powoda, na podstawie §9 ust. 9 umowy nr (...) karą umowną w kwocie 20.000 zł za wprowadzenie na plac budowy w dniu 30 marca 2016 roku niezgłoszonego podwykonawcy PHU (...) spółki z o.o.

Notą księgową nr (...) z 20 maja 2016 roku pozwana obciążyła powoda, na podstawie §9 ust. 9 umowy nr (...) karą umowną w kwocie 20.000 zł za wprowadzenie na plac budowy w dniu 14 marca 2016 roku niezgłoszonego podwykonawcy Zakład (...).

Notą księgową nr (...) z 20 maja 2016 roku pozwana obciążyła powoda, na podstawie §9 ust. 9 umowy nr (...) karą umowną w kwocie 20.000 zł za wprowadzenie na plac budowy w dniu 7 marca 2016 roku niezgłoszonego podwykonawcy Zakładu Budowlanego (...) w G..

Notą księgową nr (...) z 20 maja 2016 roku pozwana obciążyła powoda, na podstawie §9 ust. 9 umowy nr (...) karą umowną w kwocie 20.000 zł za wprowadzenie na plac budowy w dniu 13 kwietnia 2016 roku niezgłoszonego podwykonawcy (...) (...) spółki z o.o. w S..

W związku z wątpliwościami pozwanej co do możliwości ukończenia inwestycji w przewidzianym umową terminie zasięgnęła ona opinii J. G. („...”), który w dniu 21 kwietnia 2016 roku określił przewidywany termin ukończenia inwestycji na 6 miesięcy.

W dniu 6 maja 2016 roku, wskazując na 64,6% upływ czasu kontraktowego oraz 12,02% zaawansowanie finansowe kontraktu oraz pogłębianie się opóźnienia w realizacji inwestycji Inspektor Nadzoru B. G. (2) zarekomendował odstąpienie od umowy z winy wykonawcy.

Na wniosek pozwanej (...) spółka z o.o. (Biuro Architektoniczne) w opinii z 26 kwietnia 2016 roku oceniło, że najwcześniejszym możliwym terminem zakończenia prac przy inwestycji jest 7 października 2016 roku.

Równocześnie z realizacją umowy z pozwaną, powód realizował także budowę basenu.

Pozwana pismem z 26 kwietnia 2016 roku poinformowała powoda o odmowie zapłaty faktury z 18 kwietnia 2016 roku wskazując, że pomimo złożenia oświadczenia o niezaleganiu z płatnościami, w tym okresie realizowane były roboty przez Zakład (...), Zakład Budowlany (...) R. S. oraz PHU (...) spółkę z o.o. Wezwała powoda także do dołączenia oświadczenia o niezaleganiu wobec podwykonawcy (...) (...) spółki z o.o.

K. Ł. 17 lutego 2016 roku wystawił powódce:

- fakturę częściową nr (...) zgodnie z umową (...) na łączną kwotę 245.956,10 zł tytułem „Protokół nr (...) branża budowlana” oraz „Protokół nr (...) zagospodarowanie” z terminem płatności do 14 dni;
- fakturę częściową nr (...) zgodnie z umową (...) na łączną kwotę 234.201,00 zł tytułem „Protokół branża budowlana z 01.03.2016r.” oraz „Protokół branża sanitarna z 01.03.2016r.”, z terminem płatności do 14 dni;
- fakturę częściową nr (...) zgodnie z umową (...) na kwotę 238.214,14 zł tytułem „Protokół nr (...)”, z terminem płatności do 14 dni.

Do faktury tej nie dołączył oświadczeń podwykonawców o braku wymagalnych zobowiązań finansowych wynikających z umowy podwykonawczej.

Pozwana zapłaciła powodowi należności objęte fakturami nr (...).

Z faktury nr (...), pozwana zapłaciła bezpośrednio podwykonawcy (...) kwotę 85.930,965 zł, a pozostałą wypłatę należności wstrzymała.

W związku z powyższym pismem z 28 kwietnia 2016 roku powód wezwał powódkę do zapłaty 152.283,19 zł.

Pismem z 12 maja 2016 roku, które doręczono powodowi 17 maja 2016 roku powódka oświadczyła, że zamierza skorzystać z uprawnienia określonego w §14 ust. 1 pkt 3 umowy. Stwierdziła, że wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, tj. do dnia 26 lipca 2016 roku. Wskazała przy tym na czasochłonność pozostałych do wykonania robót, w tym stropu nad pierwszą kondygnacją, konstrukcji stalowej i żelbetowej trybun, pokrycia dachu, wykonania i montażu elewacyjnych płyt betonowych oraz szacowany okres do zakończenia robót ok. 6 miesięcy.

Wskazała na wykazywanie dobrej woli współpracy pomimo ewidentnych uchybień Wykonawcy polegających m.in.

- na przedkładaniu wniosków materiałowych koniecznych do bieżących realizacji prac na kilka dni przed wbudowaniem lub przedkładaniu wniosków niepełnych uniemożliwiających zaakceptowanie,
- kierowaniu budową przez osobę niezaakceptowaną przez zamawiającego,
- wykonaniu robót budowlanych złej jakości i utracie czasu poprzez konieczność ich poprawy,

- wielokrotnym, a wręcz notorycznym przedstawianiu projektów umów z podwykonawcami bez stosownego wyprzedzenia czasowego,
- wprowadzaniu na plac budowy podwykonawców bez akceptacji zamawiającego,
- nieterminowym rozliczaniu się z dostawcami i podwykonawcami.

Nadto wskazała na kolejną zmianę kierownika budowy w dniu 6 maja 2016 roku, przy znacznej zwłoce w wykonaniu robót i wezwała do zakończenia niektórych elementów robót w terminie 7 dni od otrzymania niniejszego pisma.

Pismem z 13 maja 2016 roku powód – w odpowiedzi na pismo z 12 maja 2016 roku, nie uznał zasadności nałożenia kar umownych i nie wyraził zgody na ich potrącenie z należnego wynagrodzenia. Wezwał równocześnie pozwaną do zapłaty pozostałej z faktury VAT nr (...) kwoty 152.53,18 zł. Argumentował przy tym, że skoro PHU (...) spółka z o.o. i Zakład (...) nie zostali zaakceptowani, brak jest podstaw do zatrzymania wypłaty kwot, które tym podmiotom nie przysługują. Zaprzeczył przy tym istnieniu wymagalnych zobowiązań wobec zaakceptowanych podwykonawców.

Pismem z 17 maja 2016 roku, doręczonym tego samego dnia pozwanej, powód oświadczył, że na podstawie art. 640 k.c. w związku z art. 656 k.c. odstępuje od umowy nr (...) z powodu braku współdziałania występującego po stronie pozwanej.

Opisał przy tym m.in.

- wstrzymanie możliwości wykonywania robót w dniu 20 kwietnia 2016 roku, odebranie dzienników budowy i wstrzymywanie wydania zgody na zmianę kierownika budowy, co skutkowało 9. dniową przerwą w pracach,
- straszenie kierownika budowy, że prowadzona budowa „jest bagnem”,
- zmniejszenie wartości odebranych robót z 238.291,37 zł do 44.034,00 zł,
- nieuregulowanie należności z tytułu faktury VAT nr (...),
- brak współpracy i 13. dniowe wstrzymanie prac w związku ze zgłoszonym złym rozwiązaniem projektowym dot. żelbetów.

Pismem z 19 maja 2016 roku powód wezwał pozwaną do udziału w inwentaryzacji robót w dniu 24 maja 2016 roku pod rygorem jednostronnego jej przeprowadzenia. Następnie przedstawił pozwanej: Inwentaryzację sieci i instalacji elektrycznych, Inwentaryzację robót kanalizacji deszczowej, wody studziennej i wody użytkowej, inwentaryzację robót sanitarnych, Inwentaryzację robót budowlanych. Pozwana częściowo nie uznała wartości wykonanych prac wskazanej przez powoda, sporządzając protokół rozbieżności.

Pismem z 24 maja 2016 roku powód wezwał pozwaną do przejęcia terenu budowy w związku z odstąpieniem od umowy do dnia 27 maja 2016 roku.

Pismem z 20 maja 2016 roku, doręczonym powodowi 30 maja 2016 roku pozwana oświadczyła, że odstępuje od umowy nr (...) w trybie natychmiastowym. Jako powód podała ponad 3-miesięczne opóźnienie w realizacji poszczególnych prac w sposób zagrażający terminowemu wykonaniu budowy hali tenisowej przy al. (...) w S..

Pozwana w dniu 24 maja 2016 roku wystawiła notę księgową nr (...), obciążającą powoda karą umowną za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za cały przedmiot umowy, tj. w kwocie 845.502,00 zł i wezwała do jej uiszczenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania noty.

Na skutek wezwania do zapłaty z tytułu ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania i właściwego usunięcia wad z dnia 11 lipca 2016 roku w związku z niewykonaniem umowy przez Konsorcjum (...) i (...)spółki z o.o. przy budowie hali tenisowej przy Al. (...) w (...)S.A. wypłaciła pozwanej żadaną kwotę 676.401,60 zł.

Wypłata ta została zarachowana przez pozwaną na poczet kary umownej w kwocie 845.502,00 zł.

Pismem z 29 września 2015 roku powód zwrócił się do (...) S.A. o zwrot kaucji w kwocie 100000 zł wpłaconej na podstawie Umowy o Ustanowieniu Kaucji z 9 grudnia 2015 roku.

Pismem z 7 października 2016 roku (...) S.A. poinformowała powoda o dokonaniu – w związku z brakiem wpłaty należności regresowej w kwocie 676.401,60 zł – potrącenia w całości w wysokości 101.342,55 zł (wraz z odsetkami) swojej wierzytelności ze złożonej kaucji oraz podtrzymała roszczenia regresowe w zakresie kwoty 575.059,05 zł.

Pismem z 11 października 2016 roku (...) S.A. wezwała powoda do zapłaty kwoty 676.401,60 zł tytułem należności regresowej związanej z wypłatą pozwanej odszkodowania.

Pismem z 10 stycznia 2017 roku powód wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 522.602,37 zł tytułem wykonanych prac zgodnie z inwentaryzacją przeprowadzoną przez powoda.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo K. Ł., jak i powództwo Gminy Miasto S. okazały się nieuzasadnione.

Przedmiotem powództwa głównego było żądanie K. Ł. jako Generalnego Wykonawcy zamówienia realizowanego na rzecz Gminy Miasto S. Miejskiego Ośrodka(...)w S. pod nazwą „Budowa hali tenisowej przy Al. (...) w S. – ETAP Ib” - zwrotu przez pozwaną kwoty 101.342,55 zł „kaucji” bezpodstawnie jego zdaniem wypłaconej przez ubezpieczyciela Towarzystwo (...) spółkę akcyjną w W. w następstwie uwzględnienia roszczeń pozwanej o wypłatę gwarancji należytego wykonania umowy.

Wg tego sądu powództwo to opierało się na przepisie art. 415 k.c., a powód winy pozwanej skutkującej obowiązkiem zwrotu żądanej kwoty upatrywał w bezpodstawnym i bezprawnym skorzystaniu przez nią z gwarancji ubezpieczeniowej.

Dodał, że niespornym przy tym było, iż na skutek wystąpienia pozwanej do gwaranta, wypłacono jej należność w kwocie 676.401,60 zł wobec uznania przez ubezpieczyciela ((...) S.A.), że spełnione zostały warunki jego odpowiedzialności gwarancyjnej, tj. niewykonanie przez powoda (z jego winy) objętych umową stron robót budowlanych. Na skutek uwzględnienia roszczenia pozwanej (...) S.A. uzyskała roszczenie regresowe wobec powoda jako zleceniodawcy gwarancji, które zrealizowała poprzez potrącenie kaucji uiszczony przez powoda gwarantowi w dniu 9 grudnia 2015 roku w kwocie 101.342,55 zł (tj. 100000 zł wraz z odsetkami).

Dla uwzględnienia powództwa niezbędne było wykazanie przez powoda, na którym w tym zakresie ciążył obowiązek określony przepisem art. 6 k.c., że pozwana Gmina Miasto S. nie miała podstaw do naliczenia kary umownej za niewykonanie umowy. Tylko wykazanie bezpodstawności i bezprawności naliczenia ww. kary uzasadniać mogło uwzględnienie powództwa w oparciu o treść art. 415 k.c.

Jak wskazuje treść noty księgowej nr (...) z 24 maja 2016 roku obciążenie powoda karą umowną w kwocie 845.502,00 zł, tj. 10% wynagrodzenia brutto za cały przedmiot umowy nastąpiło na podstawie §13 ust. 1 pkt 1 w związku z §8 umowy stron nr (...).

Treść tej umowy nie była sporna i przewidywała (§13 ust. 1 pkt 1) karę umowną za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za cały przedmiot umowy. Powód podnosił, że użyte w tym zapisie określenie „rozwiązanie umowy” nie mogło uzasadniać naliczenia kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.

Taka interpretacja wg tego sądu nie była jednak uprawniona. Zwracając uwagę na to, że zgodnie z treścią §14 umowy w przypadku m.in. pozostawania w zwłoce z realizacją poszczególnych prac w sposób zagrażający terminowemu wykonaniu przedmiotu umowy lub opóźnieniu o 30 dni w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do przedstawionego harmonogramu, pozwanej jako zamawiającemu umowa przyznawała prawo „odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania w trybie natychmiastowym”. Umowa nie wskazywała przy tym precyzyjnie, na czym polegała różnica pomiędzy tak sformułowanymi uprawnieniami, a pojęć tych używała zamiennie we wszystkich ustępach §14 „Odstąpienie od umowy”, przy równoczesnym użyciu jedynie pojęcia „rozwiązanie umowy” w §13 ust. 1 pkt 1 umowy.

Prawidłowa interpretacja użytych w §13 i §14 umowy postanowień wg tego sądu nakazywała uznanie, że prawo do naliczenia kary umownej zgodnie z §13 ust. 1 pkt 1 obejmowało wszystkie, leżące po stronie wykonawcy przyczyny zakończenia stosunku prawnego łączącego strony na podstawie tejże umowy. Wbrew sugestiom powoda, żaden zapis przedmiotowej umowy nie dawał podstaw do rozróżnienia skutków odstąpienia od umowy od skutków rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ustalając, czy istniały podstawy do odstąpienia od umowy przez pozwaną (co w dalszej kolejności skutkowało naliczeniem kar umownych), w pierwszej kolejności wg tego sądu zauważyć należało, że to powód jako pierwszy złożył pozwanej oświadczenie o odstąpieniu od umowy—oświadczenie to, datowane na 17 maja 2016 roku było nieskuteczne.

Jako podstawy odstąpienia od umowy powód wskazał w pierwszej kolejności brak współdziałania ze strony pozwanej (w tym wstrzymywanie robót, poszukiwanie przykładów nieporządku, wstrzymanie płatności, zaniżanie wartości odebranych robót, zwlekanie z przedstawianiem informacji o rozwiązaniach projektanta), podkreślając równocześnie dotychczasowe nieuregulowanie należności objętych fakturą VAT nr (...) z 15.04.2016r.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że po stronie pozwanej nie sposób stwierdzić utrudniania wykonania umowy. Zarówno ustalenia w tym zakresie, jak i ustalenia obejmujące istnienie podstaw do odstąpienia od umowy po stronie pozwanej, Sąd ten poczynił przede wszystkim w oparciu o znajdującą się w aktach sprawy dokumentację, której prawdziwości i wiarygodności żadna ze stron nie kwestionowała. Dokumentacja ta obejmowała zarówno umowy stron, umowy z gwarantem, umowy i projekty umów powoda z podwykonawcami, potwierdzenia przelewów, dziennik budowy, protokoły cotygodniowych Rad Budowy, korespondencję stron, korespondencję stron z podwykonawcami powoda, faktury VAT (tak powoda, jak i podwykonawców), noty księgowo i opinie.

Zawarte w tych dokumentach informacje o przebiegu procesu inwestycyjnego budowy hali tenisowej znalazły swoje odzwierciedlenie także w zeznaniach świadków B. G. (2) i T. P..

Potwierdzili oni w szczególności to, że pozwana wymagała oświadczeń o wypłaceniu wynagrodzenia podwykonawcom, że zarzucała powodowi bałagan na budowie, że odrzucała wnioski materiałowe powoda, jeśli nie zgadzały się one z dokumentacją, że wykonywano dokumentację fotograficzną na budowie, że nie akceptowała zgłaszanych przez powoda kierowników budowy, że domagała się przedstawiania umów zawartych z podwykonawcami, że potwierdzała mniejszy zakres wykonanych robót niż zgłaszał powód.

W oparciu o takie – zarzucane przez powoda i potwierdzone w materiale dowodowym – zarzuty stawiane pozwanej, nie sposób było wg tego sądu stwierdzić utrudniania przez nią wykonywania umowy przez powoda, jak również braku współpracy. Żaden z zarzutów kierowanych pod adresem pozwanej nie może być uznany za nienależyte działanie inwestora. Ponaglanie, protokołowanie postępów prac, nieakceptowanych w świetle SIWZ niedociągnięć, wstrzymanie budowy z uwagi na brak jej kierownika, nieakceptowanie materiałów w oparciu o stanowisko projektanta o ich niższej od wymaganej jakości stanowiło realizację uprawnień pozwanej jako inwestora. Przedstawiony przez powoda materiał nie pozwala przy tym na ustalenie, że adresowane do pozwanej zarzuty dotyczące jej decyzji (zwłaszcza braku akceptacji proponowanych materiałów, zaniżenia wartości wykonanych prac, opóźnionej reakcji na zapytania wykonawcy) były uzasadnione.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie sposób zatem stwierdzić, by tym sposobem (bezzasadnie) przyczyniała się ona do przedłużenia procesu inwestycyjnego i nieprawidłowego wykonania umowy.

Powód zarzucał pozwanej także nieuregulowanie zobowiązań finansowych objętych fakturą VAT nr (...). Istotnie, pozwana wstrzymała dokonanie płatności z tej faktury (co do kwoty 152.283,19 zł), jednak powyższe było uzasadnione – nie tylko obciążaniem powoda karami umownymi, ale przede wszystkim wątpliwościami co do dokonywania przez powoda płatności na rzecz podwykonawców inwestycji i potencjalną koniecznością wypłaty wynagrodzeń bezpośrednio podwykonawcom.

Wątpliwości te były uzasadnione. Przynajmniej w kilku przypadkach powód nie zawierał umów z podwykonawcami (pomimo ich przedstawienia do akceptacji przez pozwaną, ich poprawienia zgodnie z jej wytycznymi i uzyskania akceptacji danego podwykonawcy), a pozwanej przedstawiał jedynie projekty umów podwykonawczych. Bogata dokumentacja złożona wraz z pismem przygotowawczym pozwanej jednoznacznie potwierdza także to, że większość podwykonawców powoda wykonywała swoje prace przy budowie hali już przed, ewentualnie w trakcie procesu uzyskiwania zgody pozwanej na danego podwykonawcę. Zważywszy na to, że to na powodzie ciążył obowiązek prawidłowego wypełniania obowiązków generalnego wykonawcy, niezawieranie umów z podwykonawcami, jak również zaleganie z płatnościami i nieskładanie wymaganych do dokonania wypłaty oświadczeń o niezaleganiu z płatnościami na rzecz poszczególnych wykonawców uzasadniało po stronie pozwanej wstrzymanie wypłaty powodowi wynagrodzenia objętego fakturą VAT nr (...).

Przy czym, sąd I instancji zwrócił też uwagę, że powód – przed wezwaniem do zapłaty z 28 kwietnia 2016 roku, kiedy to wezwał pozwaną jedynie do zapłaty wynagrodzenia – nie sygnalizował na wcześniejszym etapie postępowania trudności przy współpracy. Nie kwestionując celu, w jakim powód spotkał się z pozwaną u Prezydenta (spotkanie to nie było kwestionowane), przedstawiony przez powoda materiał dowodowy nie wskazywał by kwestionował on wcześniej podejmowane przez pozwaną decyzje, które opisał w odstąpieniu od umowy.

Żaden z przedstawionych przez powoda dokumentów na tego rodzaju skargi nie wskazuje. Wręcz przeciwnie, zapewniał on pozwaną podczas kolejnych Rad Budowy, że zdąży z wykonaniem budowy w umówionym terminie i to pomimo coraz bardziej stanowczego stanowiska inspektorów nadzoru, którzy widzieli zagrożenie dla realizacji harmonogramu budowy.

Żaden z dokumentów nie potwierdza kwestionowania przez powoda decyzji odmownych co do zamiany materiałów wykorzystywanych przy budowie, czy też braku akceptacji kierownika budowy. Innymi słowy, nie sygnalizował on w sposób wyraźny i jednoznaczny, że pozwana nie współdziałała przy wykonywaniu umowy.

Takie zachowanie powoda przed majem 2016 roku wg tego sądu nakazywało uznanie, że datowane na 17 maja 2016 roku „odstąpienie od umowy” powoda, oparte na treści art. 640 k.c. było jedynie reakcją powoda na pismo pozwanej z 12 maja 2016 roku stanowiące zapowiedź odstąpienia od umowy ze względu na brak prawdopodobieństwa ukończenia zamówienia do 26 lipca 2016 roku. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez powoda (dokonane bez wyznaczenia pozwanej terminu do podjęcia współdziałania wymaganego przepisem wskazanego przez powoda art. 640 k.c.) ewidentnie zmierzało do „uprzedzenia” zapowiedzianego przez pozwaną odstąpienia od umowy, a w konsekwencji do zapobieżenia rozwiązaniu umowy na skutek odstąpienia przez pozwaną i aktualizacji zapisów o karach umownych należnych od wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po jego stronie - o powyższym przekonuje przede wszystkim to, że oświadczenie o odstąpieniu powód złożył pozwanej w dniu, w którym wpłynęło do powoda pismo pozwanej, w którym zapowiedziała ona odstąpienie od umowy w przypadku niewykonania w 7-dniowym terminie wyszczególnionych w tym piśmie robót oraz wskazała na uchybienia powoda przy realizacji umowy (17 maja 2016 roku).

Wobec tak poczynionych ustaleń, datowane na 17 maja 2016 roku odstąpienie od umowy przez powoda zostało przez ten sąd uznane za nieskuteczne.

Pozwana natomiast skutecznie złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodem pismem z 20 maja 2016 roku.

Oceniając zasadność, nadmienionych już wyżej, zarzutów pod adresem powoda Sąd ten – opierając się o liczną przedstawioną przez pozwaną dokumentację – jednoznacznie stwierdził nieprawidłową realizację umowy przez powoda.

Potwierdzone w postępowaniu dowodowym zarzuty dotyczyły m.in. wskazywanego w piśmie z 12 maja 2016 roku kierownika budową przez osobę niezaakceptowaną przez pozwaną. Zwrócić przy tym należy uwagę, że inna osoba była wskazana w ofercie jako kierownik budowy (J. A.), a inną zgłoszono jako kierownika budowy 22 grudnia 2016 roku (osoba ta nie spełniała wymogów SIWZ), a następnie jeszcze inną (powoda) w dniu 23 grudnia 2016 roku (także nie spełniał wymogów SIWZ). Następnie, choć kierownikiem budowy formalnie został J. A. (29 grudnia 2016 roku) w istocie funkcji tej nie pełnił. Od 23 lutego 2016 roku funkcję tę pełnił M. W. (2), który przestał ją pełnić nagle 20 kwietnia 2016 roku. Tego samego dnia – jako niezaakceptowany przez pozwaną kierownik budowy – do dziennika budowy wpisany został P. S., który funkcję tę pełnił do 6 maja 2016 roku. 9 maja 2016 roku pozwana wyraziła zgodę na ponowne objęcie tej funkcji przez J. A..

Tak częste zmiany osoby pełniącej najważniejszą funkcję na budowie były jedynie jedną z nieprawidłowości procesu budowlanego prowadzonego przez powoda przy realizacji budowy hali tenisowej.

Przedłożone dokumenty potwierdzają także, że przynajmniej kilkakrotnie powód przedstawiał do zaakceptowania materiały, które swoją jakością nie odpowiadały materiałom ujętym w SIWZ (o czym świadczą pisma biura architektonicznego), przy czym czynił to w takim czasie, że ich zamiana powodowała dalsze wydłużenie prac.

Potwierdzone zostało również to, że jedną z przyczyn zwiększającego się opóźnienia w realizacji umowy w stosunku do harmonogramu była – wielokrotnie wskazywana przez pozwaną m.in. podczas Rad Budowy – niewystarczająca ilość pracowników. Doszło nawet do tego, że pozwana codziennie odnotowywała ilość pracowników pracujących przy budowie hali (od marca 2016 roku).

Największe znaczenie wg tego sądu miały jednak nieprawidłowości związane z pracą podwykonawców, które do pewnego momentu nie skutkowały konsekwencjami wynikającymi z umowy, pomimo wielokrotnego (zwłaszcza podczas Rad Budowy) upominania powoda co do właściwego sposobu ich zgłaszania, jak również wstrzymania wypłaty należności objętych fakturą VAT nr (...) na skutek braku oświadczeń o niezaleganiu przez powoda z wypłatą wynagrodzeń należnych podwykonawcom.

Sąd ten stwierdził, że przedłożona dokumentacja jednoznacznie potwierdzała, że ani z PHU (...) spółką z o.o. ani z D. Z. powód nie zawarł umów podwykonawczych pomimo wykonania bądź częściowego wykonania powierzonych tym podwykonawcom prac. Odnotować należy m.in., że pomimo wcześniejszego zgłoszenia jako podwykonawcy D. Z., zgłoszenie to powód cofnął podczas Rady Budowy w dniu 19 kwietnia 2016 roku i to pomimo wykonania wszystkich prac jeszcze w marcu 2016 roku. Powód zawarł natomiast umowy z R. S., (...) spółką z o.o. oraz J. N. (...), przy czym umowy te zawierane były już w trakcie wykonywania przez ww. podmioty powierzonych im zakresów robót. Nadto, powód każdemu z podwykonawców nie wypłacił przynajmniej części umówionego wynagrodzenia, podobnie jak nie regulował należności za dostawę betonu przez (...) spółkę z o.o. Wynagrodzenie to ostatecznie zostało zapłacone przez pozwaną, która jako inwestor była do tego zobowiązana bądź też poczuwała się do odpowiedzialności za należności podwykonawców, z którymi powód nie zawarł pisemnych umów, a którzy zostali przez nią zaakceptowani.

Powód argumentował również, że możliwość złożenia przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu od umowy wygasła na skutek upływu 30-dniowego terminu od wystąpienia okoliczności uzasadniających odstąpienie (jak również, że pozwana wyznaczyła mu zbyt krótki termin na zakończenie określonych prac). W ocenie tego Sądu samo istnienie 3-miesięcznego opóźnienia w harmonogramie nie było wystarczające do ustalenia, że okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy zaistniały w terminie wcześniejszym niż 30 dni przed 20 maja 2016 roku, kiedy to oświadczenie

zostało złożone. Zwrócił uwagę, że pozwana – choć zgłaszała zastrzeżenia do tempa prac i podważała twierdzenia powoda o możliwości nadrobienia zaległości – zasięgnęła opinii trzech różnych specjalistycznych podmiotów (pierwsza opinia była z 21 kwietnia 2016 roku), które potwierdziły jej przypuszczenia i stanowisko. Dopiero upewniwszy się, że opóźnienie w realizacji harmonogramu wynosi ponad 3 miesiące – po wezwaniu powoda do wykonania poszczególnych prac odstąpiła od umowy. Przyjmując datę 25 kwietnia 2016 roku, kiedy to wpłynęła do pozwanej pierwsza z opinii dotyczących czasu niezbędnego na dokończenie inwestycji, sąd ten uznał, że pozwana zmieściła się w 30-dniowym terminie na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Niezależnie od powyższych uwag, nawet przy przyjęciu poglądu przeciwnego i uznaniu, że określony w umowie termin do skorzystania z umownego prawa odstąpienia przez pozwaną upłynął (wygasł), to wg tego sądu mogła ona odstąpić od umowy na zasadach określonych w ustawie, a więc na zasadach regulujących ustawowe prawo odstąpienia od umowy, przewidziane w przepisach ogólnych określających skutki zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania (art. 491- 493 k.c.) lub w przepisach szczególnych, między innymi w art. 635 k.c.

Dodał też, że powszechnie przyjmuje się, że art. 635 k.c. ma charakter względnie obowiązujący, a zatem może być on modyfikowany przez strony - postanowienia §14 ust. 1 pkt 3 umowy przewidują prawo odstąpienia od umowy w przypadku opóźnienia w realizacji poszczególnych prac w sposób zagrażający terminowemu wykonaniu przedmiotu umowy bądź też opóźnienia się o 30 dni w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do harmonogramu rzeczowego. Żadne z tych postanowień (ani żadne inne postanowienie umowy) nie obejmuje sytuacji, o której mowa w przepisie art. 635 k.c., tj. zaistnienia sytuacji braku prawdopodobieństwa ukończenia dzieła (robót) w umówionym czasie.

Nadto, sąd ten dodał, że zastosowanie art. 635 k.c. nie zostało wyłączone umową stron, które w §17 ust. 6 przewidziały, że w sprawach nie uregulowanych w treści umowy, mają zastosowanie przepisy m. in. Kodeksu cywilnego - w konsekwencji, w omawianej sprawie po upływie zastrzeżonego w umowie stron terminu umownego odstąpienia od umowy, strona powodowa mogła skorzystać z ustawowego prawa odstąpienia na podstawie art. 635 k.c.

O tym, że z taką sytuacją pozwana miała do czynienia, wg tego sądu przekonywały zamówione przez nią opinie trzech różnych ekspertów, którzy w tożsamy sposób wskazali na stopień opóźnienia realizacji prac oraz wyjaśnili przyczyny, dla których nie było możliwe ich ukończenie w umówionym terminie. Stwierdzenie tak daleko posuniętego opóźnienia w wykonywaniu robót, że nie jest prawdopodobne ukończenie robót w czasie umówionym, o czym stanowi art. 635 k.c., uzasadniało złożenie przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu od umowy z powodem, które zakończyło istniejący na podstawie umowy z 10 grudnia 2015 roku stosunek prawny stron.

Wg Sądu Okręgowego konsekwencją uznania za uzasadnione odstąpienie od umowy była także zasadność naliczenia przez pozwaną kary umownej zastrzeżonej w §13 ust. 1 pkt 1 umowy za jej rozwiązanie z przyczyn leżących po stronie powoda (wykonawcy) w określonej wysokości notą nr (...).

Wg tego sądu mając na uwadze brzmienie przepisu art. 483 § 1 k.c, uprawniającego do naliczenia kary umownej za nienależyte wykonanie bądź niewykonanie zobowiązania, zastrzeżenie kary umownej za odstąpienie od umowy należało w istocie oceniać w kategoriach kary za niewykonanie umowy, do jakiego doszło na skutek odstąpienia od umowy - w wypadku odstąpienia przez jedną ze stron od umowy z przyczyn zawinionych przez kontrahenta powstaje bowiem stan niewykonania.

Powyższe przemawiało wg tego sądu za uznaniem prawidłowego naliczenia kary umownej przez pozwaną, a w dalszej kolejności wypłaty przez gwaranta odszkodowania tytułem niewykonania przez powoda umowy nr (...) i zatrzymania przez tego gwaranta wniesionej przez powoda w związku z zawarciem umowy ubezpieczenia kaucji.

W oparciu o tak poczynione ustalenia Sąd Okręgowy, na podstawie art. 415 k.c. a contrario uznał, że powód nie wykazał zawinonego przez pozwaną wyrządzenia mu szkody i powództwo główne oddalił.

Podniósł też, że powództwo wzajemne także okazało się nieuzasadnione.

Powódka wzajemna wraz z odpowiedzią na pozew wniosła o zapłatę na jej rzecz kwoty 31733,27 zł, co wynikało z dokonanego przez nią rozliczenia częściowego wykonania robót oraz należnej jej kary umownej w kwocie 845.502,00 zł. Wskazała przy tym, że dokonała kompensaty wypłaconej jej przez ubezpieczyciela kwoty 676.401,60 zł z należnością powoda z faktury (...) w kwocie 5719,22 zł (do rozliczenia pozostała kwota 163.381,18 zł). Wartość wykonanych przez powoda robót wynosi 297.853,80 zł brutto, a zapłata na rzecz podwykonawców powoda wyniosła 166.205,89 zł.

W piśmie z 29 stycznia 2018 roku powódka wzajemna rozwinęła argumentację uzasadniającą jej powództwo i wskazała na sposób rozliczenia ostatniej faktury powoda nr (...) opiewającej na 238.214,14 zł, którą zapłaciła poprzez potrącenia:

- 80.000,00 zł tytułem kar umownych za wprowadzenie podwykonawców na plac budowy i dopuszczenie ich do wykonywania prac bez zgody zamawiającego.
- 85.930,96 zł tytułem bezpośredniej płatności dokonanej na rzecz J. N. zgodnie z wnioskiem samego powoda (faktura nr (...)),
- 2.656,80 zł tytułem płatności bezpośredniej dokonanej na rzecz PHU (...) spółki z o.o. ((...))
- 30.518,80 zł tytułem bezpośredniej płatności na rzecz Zakładu (...) (faktury nr (...));
- 25.085,86 zł tytułem bezpośredniej płatności na rzecz (...) spółki z o.o.,
- 8.302,50 zł tytułem bezpośredniej płatności na rzecz (...) spółki z o.o. ((...));
- 5.719,22 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy naliczonej notą księgową nr (...) z 24 maja 2016 roku.

Wyjaśniła również, że zgodnie w tym zakresie stanowisko stron wskazuje, że wartość robót wykonanych przez powoda wynosiła łącznie 1.016.225,04 zł brutto, tj. dwie dotychczas zapłacone faktury nr (...) z 17 lutego 2016 roku i (...) z 1 marca 2016 roku (odpowiednio na: 245.956,10 zł i 234.201,00 zł), niekwestionowana kwota objęta fakturą VAT nr (...) na kwotę 238.214,14 zł oraz kwota 297.853,80 zł brutto uznana przez obydwie strony i nie objęta dotychczas żadną fakturą.

Powódka wzajemna, domagając się zapłaty 31.733,27 zł wskazywała także, że na skutek dokonanych potrąceń przy rozliczaniu niekwestionowanej przez żadną ze stron kwoty 297.853,80 zł należnej pozwanemu wzajemnemu za wykonane (niezafakturowane) prace:

- jej wierzytelność wynosiła 163.381,18 zł (845.502,00 zł tytułem kary umownej – 676.401,60 zł wypłacone tytułem gwarancji ubezpieczeniowej, 5.719,22 zł potrącone z wynagrodzenia objętego ostatnią fakturą wystawioną przez pozwanego wzajemnego),
- wierzytelność pozwanego wzajemnego jedynie 131.647,91 zł (297.853,80 zł tytułem wynagrodzenia – (25.135,43 zł tytułem bezpośredniej zapłaty na rzecz (...)) – (129.712,64 zł tytułem bezpośredniej zapłaty na rzecz (...)) (faktura (...)))
- (11.357,82 zł tytułem bezpośredniej zapłaty na rzecz (...) spółki z o.o.).

Sąd ten zgodził się z powódką wzajemną, że skoro powód – wnosząc o oddalenie powództwa wzajemnego twierdził, że jego wynagrodzenie powinno być wyższe i wynosić 1.240.973,62 zł (vide: pismo z 10.01.2017r.), powinien fakt ten udowodnić zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną przepisem art. 6 k.c.

Powód opisał wprawdzie, w jakim zakresie jego stanowisko różni się co do ilości (procentowego zaawansowania) wykonanych prac w poszczególnych zakresach robót i przedstawił protokoły odbioru robót oraz częściowego odbioru robót, wskazujące na wyższy niż to przyjęła powódka wzajemna rzeczowy zakres wykonanych przez niego prac. Sama dokonana inwentaryzacja prac nie jest jednak wystarczająca do uwzględnienia twierdzeń powoda o należnej mu wyższej kwocie wynagrodzenia. Niezależnie od potwierdzenia ilości wykonanych prac, zasadność wypłaty dodatkowego wynagrodzenia powinna zostać wykazana przez powoda (choćby przy pomocy opinii biegłego

sądowego), jako że warunkiem tej wypłaty była nie tylko ilość, ale także jakość wykonanych przez pozwanego wzajemnego prac. Wobec kwestionowania przez powódkę wzajemną zasadności wypłaty na rzecz pozwanego wzajemnego wynagrodzenia przenoszącego kwotę 297.853,80 zł brutto, to na nim spoczywał obowiązek wykazania, że wynagrodzenie w tej właśnie wysokości było mu należne. Obowiązkowi temu pozwany wzajemny nie sprostał.

Niemniej, nieprawidłowe było także dokonane przez powódkę wzajemną potrącenie z należności przysługujących pozwanemu wzajemnemu wynagrodzenia zapłaconego przez powódkę wzajemną PHU (...) spółce z o.o. (2.656,80 zł tytułem faktury VAT nr (...)) oraz D. Z. (łącznie 30.518,80 zł tytułem faktur o nr (...)).

Zgodnie z art. 498 §1 k.c. do potrącenia mogą być przedstawione wierzytelności pieniężne lub w zakresie rzeczy tej samej jakości oznaczonych tylko co do gatunku, pod warunkiem wymagalności i zaskarżalności obu wierzytelności.

Wg tego sądu cech tych nie spełniają należności wypłacone przez powódkę wzajemną PHU (...) spółce z o.o. w S. w kwocie 2.656,80 zł tytułem (...) oraz D. Z. w kwocie 30.518,80 zł tytułem faktur nr (...).

Niekwestionowane w tym zakresie ustalenia oparte o przedłożoną dokumentację potwierdzają, że z PHU (...) spółka z o.o., pomimo zaakceptowania przez powódkę wzajemną, pozwany wzajemny nie zawarł umowy podwykonawczej, zaś w odniesieniu do D. Z. pozwany wzajemny (już po wykonaniu prac) wycofał zgłoszenie podwykonawcy.

Wg tego sądu niezależnie od okoliczności, z których wynikało, że to z przyczyn leżących po stronie pozwanego wzajemnego ostatecznie nie doszło do zawarcia umów z ww. podwykonawcami, bezsprzecznie powódka wzajemna dysponowała jedynie projektami umów podwykonawczych -tym samym nie sposób uznać w świetle zapisów umowy stron (§3 ust. 3) wymagającej zawarcia przez wykonawcę z podwykonawcą umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności, że powódka wzajemna była odpowiedzialna za zobowiązania pozwanego wzajemnego wobec ww. podmiotów. Nadto, uwzględniając nawet wyrażenie przez powódkę zgody na podwykonawstwo ww. podmiotów, zwrócił uwagę, że zgoda ta była wyrażana w trakcie, a nawet po wykonaniu wszystkich prac objętych projektowanymi umowami, co także w świetle przepisu art. 647¹ §1 k.c. wyklucza jej odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

Pomimo docenienia poczucia odpowiedzialności powódki wzajemnej wobec podwykonawców realizujących budowę hali tenisowej, ww. wypłaty w łącznej wysokości 33.175,60 zł wg tego sądu należało uznać za dokonane na ryzyko samego inwestora - tym samym kwoty tej nie można było uznać za nadającą się do potrącenia z przysługującym pozwanemu wzajemnemu wynagrodzeniem.

Uzasadnione były natomiast potrącenia zarówno 80.000,00 zł kar za wprowadzenie podwykonawców na plac budowy i dopuszczenie ich do wykonywania prac bez zgody zamawiającego (co zostało wykazane przedłożoną dokumentacją), jak i wypłat na rzecz podwykonawców, z którym powód zawarł umowy, tj. J. N. (85.930,96 zł), (...) spółki z o.o. (25.085,86 zł) oraz (...) spółki z o.o. (8.302,50 zł), które to wypłaty pozwany wzajemny akceptował. Zasadne okazało się także potrącenie z wynagrodzenia ujętego fakturą (...) kwoty 5.719,22 zł tytułem kary umownej, tj. łącznie 205038,54 zł.

Tym samym do zapłaty na rzecz pozwanego wzajemnego z faktury nr (...) po tak dokonanych potrąceniach pozostaje kwota 33.175,60 zł (238.214,14 zł – 205.038,54 zł = 33.175,60 zł). Po dodaniu ww. kwoty do niespornej wartości wykonanych przez pozwanego wzajemnego, a nie zafakturowanych prac (297.853,80 zł), wg tego sądu powódka wzajemna powinna zapłacić pozwanemu wzajemnemu jeszcze kwotę 331.029,40 zł.

Powódka wzajemna z ww. kwoty 297.853,80 zł dokonała dodatkowo potrąceń na łączną kwotę 166.205,89 zł, co szczegółowo opisała w piśmie z 29 stycznia 2018 roku. Kwota potrąceń obejmowała 25.135,43 zł tytułem wynagrodzenia wypłaconego R. S., 129.712,64 zł tytułem wynagrodzenia wypłaconego J. N. oraz 11.357,82 zł tytułem zapłaty za dostawy betonu od (...) sp. z o.o.). Pozwany wzajemny nie kwestionował ostatnich dwóch potrąceń, wskazywał natomiast, że R. S. powódka wzajemna wypłaciła należności na własne ryzyko. Sąd ten podniósł, że R. S. był

zaakceptowanym podwykonawcą, z którym pozwany wzajemny zawarł umowę o podwykonawstwo, co uzasadniało dokonanie przez powódkę wzajemną bezpośredniej zapłaty należnego mu wynagrodzenia.

Z zestawienia kwot należnego powodowi wynagrodzenia (331.029,40 zł), pomniejszonego o należną powódce wzajemnej pozostałą karę umowną (854502,00 – 676401,60 – 5719,22 zł) oraz dokonanych przez nią potrąceń (166.205,89 zł) jednoznacznie wynika, że wierzytelność pozwanego wzajemnego jest wyższa (wynosi 167648,22 zł) od wierzytelności powódki wzajemnej objętej pozwem wzajemnym (31.733,27 zł), co nakazywało wg tego sądu oddalenie powództwa wzajemnego.

Konsekwencją oddalenia powództwa głównego (punkt I) oraz powództwa wzajemnego (punkt II) było rozstrzygnięcie przez ten sąd o kosztach postępowania na podstawie art. 98 §1 i 3 k.p.c.

Apelacje od powyższego wyroku, w zakresie powództwa głównego wniósł powód zaskarżając go w pkt I oraz III, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej Gminy Miasto S. na rzecz powoda kwoty 101.342,55 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Nadto wniósł o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, za obie instancje według norm przepisanych.

Dopiero w uzasadnieniu apelacji powód podniósł, że zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

a. naruszenie przepisu postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) i przyjęcie, że w § 13 ust. 1 pkt 1 umowy strony przewidziały karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, mimo że § 13 ust. 1 pkt 1 umowy przewiduje karę umowną za „rozwiązanie umowy”, a w postępowaniu przed Sądem I instancji nie został przeprowadzony jakikolwiek dowód, który mógłby wskazywać, że literalna treść umowy nie odpowiada rzeczywistej woli stron,

b. naruszenie przepisu prawa procesowego, mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to art. 6 k.c. poprzez jego niewłaściwą interpretację i przyjęcie, że to na powodzie spoczywał ciężar udowodnienia, iż rzeczywista treść umowy nie jest odmienna od treści literalnej,

c. naruszenie przepisu prawa materialnego, a to art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwą interpretację i przyjęcie, że sąd orzekający w sprawie umowy jest uprawniony do ustalenia treści umowy niezależnie od twierdzeń stron i zgłaszanych przez nie dowodów ,

W zakresie uznania przez Sąd Okręgowy , że oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy było bezskuteczne, zaskarżonemu wyrokowi skarżący zarzucił:

a. naruszenie przepisu postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) (§ 3 ust. 4-5 oraz § 3 ust. 15) i przyjęcie, że pozwana zasadnie wstrzymała płatności z faktury VAT nr (...) z uwagi na „potencjalną konieczność wypłaty wynagrodzeń bezpośrednio podwykonawcom" w sytuacji, gdy sam Sąd dostrzeża, że pozwana nie ponosiła solidarnej odpowiedzialności wobec D. Z. oraz PHU (...) sp. z o.o.,

b. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 143c ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 143b ust. 1 oraz art. 143b ust. 5-7 p.z.p. poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że pozwana zasadnie wstrzymała płatności z faktury VAT nr (...) z uwagi na „potencjalną konieczność wypłaty wynagrodzeń bezpośrednio podwykonawcom", mimo, że wobec „podwykonawców", z uwagi na których doszło do wstrzymania wypłaty, pozwana nie była zobowiązana solidarnie.

W zakresie uznania przez Sąd Okręgowy, że oświadczenie pozwanej o odstąpieniu od umowy było skuteczne, zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

a. naruszenie przepisu postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) (§ 14 ust. 1 pkt 3 oraz § 14 ust. 2) i przyjęcie, że pozwana złożyła oświadczenie o odstąpieniu w otwartym terminie 30 dni, mimo iż termin ten winien być liczony od zaistnienia okoliczności, uzasadniającej odstąpienie a nie od dnia dowiedzenia się o tej okoliczności przez pozwaną ,

b. naruszenie przepisu postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) (§ 14 ust. 3 oraz § 14 ust. 6) i przyjęcie, że pozwana złożyła skuteczne oświadczenie o odstąpieniu, mimo iż pozwana pismem z dnia 12 maja 2016 r. wezwała powoda do zakończenia określonych prac w terminie 7 dni,

c. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 635 k.c. poprzez jego zastosowanie, mimo że strony wyłączyły jego zastosowanie w § 14 ust. 1 pkt 3 umowy.

W uzasadnieniu wskazał argumentację poszczególnych zarzutów.

Apelację od powyższego wyroku, w zakresie powództwa wzajemnego wniosła powódka wzajemna (pozwana) zaskarżając go w części, tj. w zakresie punktu II i IV, zarzucając mu:

1) naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018r. poz. 155) poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego polegającego na pominięciu przez Sąd zapisów umownych, które dawały pozwanemu (powodowi wzajemnemu) możliwość dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców (w tym PHU (...) sp. z o.o.) niezależnie od ważności umowy podwykonawczej i możliwość potrącenia tak dokonanej płatności z wynagrodzenia wykonawcy,

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 6471 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018r. poz. 1025) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że brak pisemnej umowy między wykonawcą i podwykonawcą automatycznie wyłącza solidarną odpowiedzialność inwestora za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy i to nawet wówczas, gdy inwestor godzi się z obecnością podwykonawcy na budowie. Taka wykładnia spowodowała, że Sąd Okręgowy zakwestionował możliwość dokonania przez zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy D. Z. i potrącenia tej płatności z wynagrodzenia wykonawcy.

Wskazując na powyższe wniosła o zamianę punktów II i IV zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od powoda (pozwanego wzajemnego) K. Ł. na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) Gminy Miasto S. - Miejski Ośrodek (...) w S. kwoty 31.733,27 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 10 kwietnia 2017r. do dnia zapłaty oraz o zmianę punktu IV wyroku poprzez zwrotu kosztów procesu w I instancji , jak również o zasądzenie od kosztów postępowania w II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazała argumentację poszczególnych zarzutów.

Każda ze stron wniosła odpowiedź na apelację.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja obu stron jako bezzasadne podlegały oddaleniu.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że Sąd I instancji w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy, a następnie w sposób niewadliwy dokonał jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny, odpowiadający treści tych dowodów. Tym samym Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń,

gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Jak jednolicie wskazuje się w judykaturze, obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), oznacza co do zasady związanie sądu odwoławczego zarzutami prawa procesowego (tak Sąd Najwyższy min. w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07), za wyjątkiem oczywiście tego rodzaju naruszeń, które skutkują nieważnością postępowania. Sąd Apelacyjny nie dostrzegł ich wystąpienia w niniejszej sprawie.

Stosownie do przedstawionych wyżej uwag, Sąd Apelacyjny związany był zgłoszonymi przez skarżących zarzutami naruszenia prawa procesowego.

Tu zaś obie strony wskazały na naruszenie art. 233 § 1 k.p.c.

W ocenie Sądu Odwoławczego zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. sformułowany przez apelujących okazał się niezasadny.

Wskazać należy, że stosownie do treści przepisu art. 233 k.p.c. przepis sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena, dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego.

Przepis art. 233 § 1 k.p.c. jest naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać choćby w równym stopniu na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych, praktycznych związków przyczynowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

W tym świetle uwypuklić również należy, że nie można Sądowi dokonującemu oceny materiału procesowego postawić skutecznie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. jeśli z tego samego materiału procesowego można równolegle wyprowadzić odmienne wnioski, co do przebiegu okoliczności istotnych dla sprawy, o ile ocena sądowa nie narusza wzorca określonego art. 233 § 1 k.p.c.

Zwalczanie ustaleń faktycznych Sądu i związanej z tym oceny materiału dowodowego może następować tylko poprzez argumenty natury jurydycznej, wykazanie jakie kryteria oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności lub mocy dowodowej lub niesłusznie im ją przyznając, a takowych apelacja nie zawiera.

Pomimo sformułowania zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. obie strony właściwie nie podniosły żadnych zarzutów względem postępowania dowodowego.

Uzasadniając powyższy zarzut strony ograniczyły się praktycznie jedynie do wskazania swojego poglądu w przedmiotowym zakresie, zwłaszcza w odniesieniu do analizy poszczególnych zapisów łączącej strony umowy.

Podkreślić zatem należy, że zarzuty stron dotyczące wadliwych ustaleń faktycznych są niezasadne przede wszystkim z tego względu, że skarżący nie podnosili merytorycznych zarzutów względem przeprowadzonego postępowania dowodowego. Zaś oczywistym jest, że błąd w ustaleniach faktycznych może nastąpić wyłącznie w konsekwencji błędnej oceny dowodów bądź niezasadnego pominięcia części materiału dowodowego. Zaznaczyć należy, że ustalenia faktyczne są konsekwencją uprzedniego dopuszczenia określonych dowodów, ich przeprowadzenia i następnie oceny. Stąd też nie jest uprawnione w ramach omawianego zarzutu odwoływanie się do stanu faktycznego, jaki w ocenie

skarżących winien w sprawie być ustalony, czy nawet jak wynika z treści apelacji ostatecznie został ustalony. Konieczne jest konkretne wskazanie w czym każdy ze skarżących upatruje wadliwości oceny dowodów dokonanej przez Sąd, precyzyjne wskazanie uchybień w tym zakresie, wskazanie, które z przedstawionych wyżej zasad rządzących tą oceną zostały naruszone i w jaki sposób.

Bez względu na powyższe wspomnieć należy, iż uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omawiany zarzut nie podważa skutecznie ustalonych przez Sąd Okręgowy faktów, w rzeczywistości jest on w stosunku do nich wyłącznie polemiczny, będący wyrazem bardzo subiektywnej oceny toku postępowania przed sądem I instancji, która w ich założeniu miała wykazać zasadność argumentacji każdej ze stron.

W świetle powyższych rozważań, zdaniem Sądu Apelacyjnego, przedstawione przez Sąd I instancji wnioski prawne choć zostały wywiedzione przy zastosowaniu niewłaściwej podstawy prawnej w odniesieniu do żądania powoda, to jednak w oparciu o należyte ustalony stan faktyczny sprawy. Sąd Okręgowy prawidłowo przeprowadził też postępowanie dowodowe, w żaden sposób nie uchybiając przepisom prawa procesowego. Ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego nie budzi zastrzeżeń sądu drugiej instancji, nie narusza ani reguł logicznego myślenia, ani zasad doświadczenia życiowego, czy właściwego kojarzenia faktów. Sąd Okręgowy zebrał i rozważył dowody oraz ocenił je w sposób nie naruszający swobodnej oceny dowodów, uwzględniając w ramach tejże oceny zasady logiki i wskazania doświadczenia życiowego. Nie ma podstaw by podważać adekwatność dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń do treści przeprowadzonych dowodów. Sąd Okręgowy dokonał oceny dowodów, a w dalszej kolejności skonfrontował z pozostałym materiałem. Pisemne motywy wyroku w należyty sposób wskazują na to, jaki stan faktyczny stał się podstawą jego rozstrzygnięcia oraz na jakich dowodach Sąd się oparł przy jego ustalaniu.

Choć nie sposób było podzielić całości argumentacji sądu I instancji w zakresie przemawiającym za oddaleniem żądań każdej ze stron, to wnioski końcowe podjęte przez ten sąd były prawidłowe.

Z uwagi na sposób formułowania zarzutów apelacyjnych przez strony- zwłaszcza powoda, to Sąd Apelacyjny łącznie odniesie się zarówno do zarzutów prawa procesowego jak i materialnego.

W pierwszym rzędzie odnosząc się do apelacji powoda, to przede wszystkim akcentowano w niej naruszenie przepisu postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) i przyjęcie, że w § 13 ust. 1 pkt 1 umowy strony przewidziały karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, mimo że § 13 ust. 1 pkt 1 umowy przewiduje karę umowną za „rozwiązanie umowy”, a w postępowaniu przed Sądem I instancji nie został przeprowadzony jakikolwiek dowód, który mógłby wskazywać, że literalna treść umowy nie odpowiada rzeczywistej woli stron.

W związku z powyższym wg skarżącego zagadnienie braku zastrzeżenia przez strony w umowie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy miało w tej sprawie charakter kluczowy i rozstrzygający.

Jednakże Sąd Apelacyjny w żaden sposób nie mógł uznać powyższej argumentacji za logiczną i przekonującą z uwagi na to, że była ona (w mniej lub bardziej celowy sposób) oderwana od innych zapisów przedmiotowej umowy.

Treść przedmiotowej umowy wbrew twierdzeniom skarżącego nie była sporna i faktycznie przewidywała w §13 ust. 1 pkt 1 karę umowną za rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za cały przedmiot umowy.

Powód podnosząc, że użyte w tym zapisie określenie „rozwiązanie umowy” nie mogło uzasadniać naliczenia kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy zdaje się nie zauważać, że w § 14 ust. 4 umowy przewidziano - w sposób wyraźny, nie budzący wątpliwości i nie wymagający stosowania skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych - iż w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający miał możliwość naliczenia kary umownej określonej w § 13 ust. 1 pkt 1 umowy.

Dlatego dosyć obszerne dywagacje powoda na okoliczność braku zastrzeżenia przez strony w umowie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy i powiązane z tym zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., art. 6 k.c. art. 65 § 2 k.c. nie mogły odnieść jakiegokolwiek skutku.

Skarżący podniósł też, że oświadczenie pozwanej o odstąpieniu od umowy nie wywołało skutków prawnych, gdyż dnia 17 maja 2016 r. to on skutecznie odstąpił od umowy.

Wskazał, że doszło do naruszenia przepisu postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) (§ 3 ust. 4-5 oraz § 3 ust. 15) i przyjęcie, że pozwana zasadnie wstrzymała płatności z faktury VAT nr (...) z uwagi na „potencjalną konieczność wypłaty wynagrodzeń bezpośrednio podwykonawcom” w sytuacji, gdy sam Sąd dostrzega, że pozwana nie ponosiła solidarnej odpowiedzialności wobec D. Z. oraz PHU (...) sp. z o.o.

Powód akcentował też, że choć swoje odstąpienie oparł na dwóch podstawach faktycznych tj. braku należytej współpracy ze strony zamawiającego oraz braku zapłaty należnego wynagrodzenia, to jednak należy mieć na uwadze, iż zarówno w toku postępowania przed sądem I instancji jak i w apelacji pełnomocnik powoda przyznał, że ze względów prawnych art. 640 k.c. nie mógł stanowić podstawy do odstąpienia od umowy o roboty budowlane.

Z powyższym stwierdzeniem Sąd Apelacyjny w pełni się zgadza, gdyż przepis ten znajduje zastosowanie do umowy o dzieło, a nie o roboty budowlane - nie ulega zaś wątpliwości, że art. 656 § 1 k.c. nie odsyła ani do art. 639 k.c., ani do art. 640 k.c.

Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 3 grudnia 2004 r., IV CK 340/04, z dnia 14 października 2015 r., V CSK 720/14 oraz z dnia 27 kwietnia 2017 r., II CSK 323/16.

Jednakże skarżący stwierdził, że podtrzymuje powyższe stanowisko i wskazuje, że odstąpienie od umowy przez powoda stało się faktem z uwagi na brak zapłaty przez pozwaną pełnej kwoty objętej fakturą VAT nr (...).

Dodał, że pozwana pozostawała wobec niego w zwłoce z zapłatą kwoty 152.283,19 zł (przynajmniej części tej kwoty), gdyż wstrzymanie jej zapłaty nie znajdowało podstaw w § 3 ust. 15 umowy – dlatego też wezwał ją do zapłaty pod rygorem odstąpienia, a pozwana zapłaty odmówiła, odstąpienie powoda od umowy odniosło skutek prawny zgodnie z art. 491 § 1 k.c.

Z powyższym zarzutem jak i jego uzasadnieniem jednak w żaden sposób nie można się zgodzić, albowiem analiza materiału dowodowego zebranego w sprawie, a zwłaszcza dokumentów, w tym w szczególności tego obejmującego oświadczenie powoda o odstąpieniu i jego uzasadnienie - wskazuje w sposób jednoznaczny i nie mogący budzić wątpliwości, że w rzeczywistości jedyną podstawą odstąpienia powoda od umowy wzajemnej był art. 640 kc tj. brak należytej współpracy ze strony zamawiającego.

I tak pismem z 17 maja 2016 roku powód oświadczył, że na podstawie art. 640 k.c. w związku z art. 656 k.c. odstępuje od umowy nr (...) z powodu braku współdziałania występującego po stronie pozwanej.

W uzasadnieniu wskazał przede wszystkim na wstrzymanie możliwości wykonywania robót w dniu 20 kwietnia 2016 roku, odebranie dzienników budowy i wstrzymywanie wydania zgody na zmianę kierownik budowy, co skutkowało 9. dniową przerwą w pracach, straszenie kierownika budowy, że prowadzona budowa „jest bagnem”, zmniejszenie wartości odebranych robót z 238.291,37 zł do 44.034,00 zł, brak współpracy i 13. dniowe wstrzymanie prac w związku ze zgłoszonym złym rozwiązaniem projektowym dot. żelbetów.

W uzasadnieniu powołał się też na nieuregulowanie należności z tytułu faktury VAT nr (...).

Zgodnie z treścią art. 491§ 1 kc jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy.

Przepis ten dla skuteczności odstąpienia od umowy wymaga, po pierwsze, wyznaczenia dodatkowego, odpowiedniego, terminu do wykonania zobowiązania, po drugie, zagrożenia odstąpieniem w razie niespełnienia świadczenia, po trzecie, złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Analiza akt sprawy wskazuje, że nie zaszły dwie pierwsze z powyżej wskazanych przesłanek – zdecydowanie nie jest wystraszającą sama okoliczność pozostawania przez pozwaną wobec powoda w zwłoce z zapłatą kwoty 152.283,19 zł – ponadto umowa nie przewidywała w takiej sytuacji prawa powoda do odstąpienia od umowy.

Przed wszystkim należało mieć na uwadze, że powód przed złożeniem oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy nie zagroził pozwanej odstąpieniem w razie niespełnienia świadczenia – w piśmie z dnia 28.04.2016r. wezwał on pozwaną do zapłaty z faktury VAT nr (...). kwoty 152.283,19 zł – jedynym wskazanym w nim rygorem dla braku płatności było zagrożenie skierowania sprawy o zapłatę do sądu

Znamienne i istotne dla powyższych rozważań jest też i to, że powód w kolejnym piśmie, z dnia 13.05.2016r. wskazał, że brak zapłaty i to w terminie 1 dnia od otrzymania wezwania, będzie następnym dowodem na brak współdziałania Gminy przy realizacji umowy, do czego ją ponownie wezwano pod rygorem odstąpienia umowy i - z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że zagrożenie odstąpieniem od umowy dotyczyło braku współdziałania – a więc powoływanego następnie w samym oświadczeniu o odstąpieniu od umowy art. 640 kc.

Sąd Apelacyjny miał też na uwadze i to, że czas odpowiedni to czas rozsądny z punktu widzenia dłużnika (którego ochronie ten termin służy) i interesu wierzyciela, podlegającego ocenie z uwzględnieniem znanego dłużnikowi celu zobowiązania

Odpowiednim terminem w rozumieniu komentowanego przepisu jest taki, który w zwykłym toku czynności pozwala dłużnikowi spełnić świadczenie. Dłużnik jest już jednak w zwłoce, powinien był świadczyć, musi być zatem gotowy do spełnienia świadczenia, znać sposób wykonania zobowiązania, a ze względu na stan zwłoki można wymagać od niego większego wysiłku. Termin może być zatem krótszy od wynikającego z treści zobowiązania, zwłaszcza gdy nie musi już uwzględniać przygotowań, jakie zwykle dłużnik powinien mieć już za sobą dla spełnienia świadczenia.

Termin musi być jednak obiektywnie realny – a za takowy z pewnością nie można uznać zakreślonego przez powoda terminu 1 dnia.

Trudno się oprzeć wrażeniu, że powód - zorientowawszy się, że powołana przez niego w oświadczeniu o odstąpieniu podstawa prawna z art. 640 kc nie ma racji bytu - zdeterminowany był na znalezienie innej podstawy prawnej mającej za zadanie wykazanie zasadności jego przedmiotowego odstąpienia.

Mając na uwadze powyższe rozważania należało przyjąć, że dla kierunku rozstrzygnięcia niniejszej sprawy (mając na uwadze podstawę prawną i faktyczną żądania powoda) nie miało znaczenie to, czy w istocie pozwana pozostawała w opóźnieniu w płatnościach wynagrodzenia na rzecz powoda, skoro odstąpienie przez powoda od umowy było nieskuteczne, a pozwanej skuteczne – dlatego pozwana była uprawniona do domagania się zapłaty kary umownej w wysokości 845.502,00 zł (jej wysokości powód nie kwestionował).

Natomiast gwarant (...) S.A. była zobowiązana do zapłaty żądanej przez pozwaną kwoty 676.401,60 zł, która została zarachowana przez pozwaną na poczet przedmiotowej kary umownej.

W świetle powyższych rozważań należało przyjąć, że sąd I instancji prawidłowo uznał, że oświadczenie o odstąpieniu złożone przez powoda nie było skuteczne, choć nie sposób było podzielić jego argumentacji w tym zakresie, należy też podkreślić brak jakichkolwiek rozważań tego sądu na okoliczność istnienia samej zasady dopuszczalności

powoływania się w niniejszej sprawie przez powoda na przesłanki zastosowania art. 640 kc., czy też brak obniesienia do regulacji art. 491§ 1 kc, na którą również powód się powoływał.

Natomiast w zakresie uznania przez Sąd Okręgowy, że oświadczenie pozwanej o odstąpieniu od umowy było skuteczne, powód zarzucił naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) (§ 14 ust. 1 pkt 3 oraz § 14 ust. 2) i przyjęcie, że pozwana złożyła oświadczenie o odstąpieniu w otwartym terminie 30 dni, mimo iż termin ten winien być liczony od zaistnienia okoliczności uzasadniającej odstąpienie a nie od dnia dowiedzenia się o tej okoliczności przez pozwaną.

Skarżący w jego uzasadnieniu wskazał, że treść § 14 ust. 2 umowy jest jednoznaczna i wynika z niej, że 30-dniowy termin na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy liczony jest od zaistnienia okoliczności uzasadniających odstąpienie a nie od dnia dowiedzenia się o tych okolicznościach przez pozwaną - dlatego też dla skuteczności złożonego przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu nie ma jakiegokolwiek znaczenia stan wiedzy pozwanej odnośnie rzeczywistego zaangażowania robót budowlanych.

Dodał też, że w świetle powyższego opinia z dnia 21 kwietnia 2016 r., opinia z dnia 26 kwietnia 2016 r. oraz analiza z dnia 6 maja 2016 r. nie powinny mieć żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia - nawet przyjęcie, że pozwana dopiero dnia 25 kwietnia 2018 r. dowiedziała się o faktycznej podstawie do odstąpienia od umowy, nie pozwala wg skarżącego na uznanie, że oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone w otwartym terminie, o którym mowa w § 14 ust. 2.

Podniósł też, że zupełnie inną sprawą jest, iż twierdzenie jakoby pozwana nie była świadoma rzeczywistego stanu prowadzonych robót jest zupełnie niewiarygodne, a po raz kolejny Sąd Okręgowy w sposób bezkrytyczny i całkowicie dowolny ocenił dowody naprowadzone przez pozwaną, nie dostrzegając mimo jego zarzutu, że autorem analizy z dnia 6 maja 2016 r. był zatrudniony przez pozwaną inspektor nadzoru.

Jednakże i z powyższym stanowiskiem nie sposób się pogodzić, z uwagi na to, że jest ono jedynie polemiczne, nie nawiązuje w tym zakresie w sposób merytoryczny do uzasadnienia sądu I instancji.

Zasadnie Sąd Okręgowy wskazał, że samo istnienie 3-miesięcznego opóźnienia w harmonogramie nie było wystarczające do ustalenia, że okoliczności uzasadniające odstąpienie od umowy zaistniały w terminie wcześniejszym niż 30 dni przed 20 maja 2016 roku, kiedy to oświadczenie zostało złożone.

Pozwana – choć zgłaszała zastrzeżenia do tempa prac i podważała twierdzenia powoda o możliwości nadrobienia zaległości – zasięgnęła opinii trzech różnych specjalistycznych podmiotów (pierwsza opinia była z 21 kwietnia 2016 roku), które potwierdziły jej przypuszczenia i stanowisko. Dopiero upewniwszy się, że opóźnienie w realizacji harmonogramu wynosi ponad 3 miesiące – po wezwaniu powoda do wykonania poszczególnych prac odstąpiła od umowy.

Przyjmując datę 25 kwietnia 2016 roku, kiedy to wpłynęła do pozwanej pierwsza z opinii dotyczących czasu niezbędnego na dokończenie inwestycji - stwierdzająca zaistnienie okoliczności uzasadniających odstąpienie, uznać należało, że pozwana zmieściła się w 30-dniowym terminie na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

W świetle powyższego brak było podstaw do przyjęcia, że dla kierunku rozstrzygnięcia miała decydujące znaczenie jedynie dodatkowa argumentacja Sądu Okręgowego, że pozwana mogła odstąpić od umowy na zasadach określonych w ustawie, a więc na zasadach regulujących ustawowe prawo odstąpienia od umowy, przewidziane w przepisach ogólnych określających skutki zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania (art. 491- 493 k.c.) lub w przepisach szczególnych, między innymi w art. 635 k.c.

Natomiast powód podniósł naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 635 k.c. poprzez jego zastosowanie, mimo że strony wyłączyły jego zastosowanie w § 14 ust. 1 pkt 3 umowy, gdyż mimo akceptacji poglądu o dyspozytywności art. 635 k.c. Sąd Okręgowy nietrafnie przyjął, że w § 14 ust. 1 pkt 3 umowy strony nie wyłączyły zastosowania tego przepisu, a odstąpienie pozwanej od umowy może opierać się również na art. 635 k.c.

Skarżący powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego jak i powszechnego twierdził, że odwołanie się w umowie do nieprawdopodobieństwa ukończenia etapu, dalszych etapów czy całości dzieła w terminie (treść § 14 ust. 1 pkt 3 umowy) przesądzało o tym, że dany zapis umowny modyfikował treść art. 635 k.c.

Zaakcentował też, że wyłączenie przez strony zastosowania art. 635 k.c. może polegać właśnie na wprowadzeniu umownego prawa odstąpienia modyfikującego zapisy ustawowe – że na analogicznym stanowisku stanął Sąd Okręgowy w Szczecinie (VIII GC 87/17) oraz Sąd Apelacyjny w Szczecinie (I ACa 869/17) w prawomocnie zakończonych sprawach, która toczyła się między tymi samymi stronami.

Powołał się też na prawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 lutego 2019 r., sygn. akt VIII GC 247/18, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie w sprawie sygn. akt VIII GC 87/17 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie w sprawie sygn. I AGa 71/18).

Jednakże, wbrew twierdzeniom skarżącego, do takiego wniosku nie można było dojść na podstawie analizy powołanego przez niego orzecznictwa Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego w Szczecinie.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 listopada 2016 r., III CSK 397/15 wskazał, że terminy wykonania dzieła mogą wynikać z umowy albo z właściwości dzieła. Art. 635 k.c. odnosi wykonanie do dzieła, a więc do dzieła w rozumieniu art. 627 k.c., czyli rezultatu pracy przyjmującego wykonanie dzieła. Literalna wykładnia omawianego przepisu wskazuje na rozumienie terminu jako terminu wykonania całego dzieła a nie jego części składowych. Ma on charakter względnie obowiązujący, a więc możliwe jest także wprowadzenie postanowień umownych tego rodzaju, że opóźnienie w wykonaniu dzieła daje zamawiającemu prawo do natychmiastowego odstąpienia od umowy także w razie niewykonania w terminie poszczególnych jego etapów. Ponieważ prawo do natychmiastowego odstąpienia od umowy stanowi szczególnie uprawnienie zamawiającego i co do zasady art. 635 k.c. dotyczy całego dzieła i terminu końcowego jego wykonania, modyfikacja terminu polegająca na uprawnieniu do odstąpienia od umowy z powodu uchybienia terminowi wykonania jednego z etapów dzieła musi być wyraźna i jasno wyrażać wolę stron. Z postanowień umownych powinno zatem wynikać, że postanowienie o odstąpieniu od umowy z tej przyczyny dotyczy ustawowego prawa odstąpienia określonego w art. 635 k.c., chociażby przez odwołanie do przesłanki nieprawdopodobieństwa ukończenia danego etapu wykonania dzieła w terminie lub nieukończenia dalszych etapów w terminie z powodu uchybienia terminowi wykonania etapu poprzedniego. Jest to istotne dla rozróżnienia czy chodzi o prawo odstąpienia, którego podstawę stanowi umowa i którego skuteczność jest uzależniona od zastrzeżenia końcowego terminu odstąpienia, czy też chodzi o modyfikację terminu końcowego wykonania dzieła, którego dotyczy ustawowe prawo odstąpienia określone w art. 635 k.c.

Z powyższego w żaden sposób nie wynika to co lansuje powód, że wyłączenie przez strony zastosowania art. 635 k.c. może polegać na wprowadzeniu umownego prawa odstąpienia, nie wspominając już o tym, iż stan faktyczny sprawy w której wypowiedział się Sąd Najwyższy był zgoła odmienny od niniejszego.

Natomiast Sąd Apelacyjny w Szczecinie w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 marca 2018 roku w sprawie sygn. I AGa 71/18 (I ACa 869/17) wskazał, że przepis art. 635 k.c. ma charakter dyspozytywny, co oznacza, że strony mogą odmiennie ustalić przesłanki oraz skutki wykonania prawa odstąpienia -w § 16 ust. 2 umowy strony ustaliły, że prawo odstąpienia może być zrealizowane w terminie 30 dni od dnia zaistnienia okoliczności uzasadniającej wykonanie prawa odstąpienia.

Sąd ten uznał, że jeżeli strony w ramach swobody umów ograniczyły możliwość skorzystania z prawa odstąpienia do określonego terminu, były do czasu jego upływu związane tym postanowieniem, określony w umowie termin do skorzystania z prawa odstąpienia jest końcowym terminem zawitym, po upływie którego prawo do odstąpienia od umowy wygasa.

Dodał też, że po wygaśnięciu tego prawa odstąpienia wskazanego w umowie strony mogą odstąpić od umowy na zasadach określonych w ustawie, a więc na zasadach regulujących ustawowe prawo odstąpienia od umowy, przewidziane w przepisach ogólnych np. w art. 492 k.c. lub szczególnych, między innymi w art. 635 k.c.

Z powyższego wynika więc zgoda odmienna konkluzja niż ta na którą skarżący się powoływał.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżący w żaden sposób nie wykazał (nie przejawiał w tym zakresie skutecznej inicjatywy dowodowej), że § 14 ust.1 pkt 3 umowy należało tak rozumieć, że modyfikował on istniejące ustawową regulację odstąpienia od umowy tj art. 635 kc, jednocześnie ja zastępując w treści łączącego strony stosunku prawnego, a tylko do takiej okoliczności nawiązano - w powoływanym przez skarżącego- uzasadnieniu wyroku z dnia 28 lutego 2019r. w sprawie VIII GC 247/18 Sąd Okręgowy w Szczecinie.

Skarżący podniósł też, że doszło do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) (§ 14 ust. 3 oraz § 14 ust. 6) i przyjęcie, że pozwana złożyła skuteczne oświadczenie o odstąpieniu, mimo iż pozwana pismem z dnia 12 maja 2016 r. wezwała powoda do zakończenia określonych prac w terminie 7 dni.

W jego uzasadnieniu wskazał, że umowa w § 14 ust. 1 pkt 3 przewiduje prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy, jeżeli wykonawca opóźnia się bądź pozostaje w zwłoce z realizacją poszczególnych prac w sposób zagrażający terminowemu wykonaniu przedmiotu umowy lub opóźnia się o 30 dni w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do przedstawionego harmonogramu rzeczowego. Warunkiem odstąpienia od umowy jest w takim przypadku uprzednie wezwanie Wykonawcy do zakończenia danego elementu robót we wskazanym dodatkowym terminie (§ 14 ust. 3). Postanowienie to należy czytać łącznie z § 14 ust. 6 umowy, zgodnie z którym zamawiający może odstąpić od umowy, w przypadku nieprzystąpienia przez Wykonawcę do zakończenia danego elementu robót w okresie dłuższym niż 14 dni od daty wezwania.

Ponieważ pozwana pismem z dnia 12 maja 2016 r. wezwała powoda do zakończenia określonych prac w terminie 7 dni od otrzymania pisma, a następnie pismem z dnia 20 maja 2016 r. odstąpiła od umowy, to wg skarżącego uznać należało, że nie spełniła ona umownych przesłanek warunkujących skuteczność odstąpienia od umowy.

Jednak i z powyższym stanowiskiem nie można się zgodzić.

Pismem z 12 maja 2016 roku pozwana oświadczyła, że zamierza skorzystać z uprawnienia określonego w §14 ust. 1 pkt 3 umowy, a pismem z 20 maja 2016 roku oświadczyła, że odstępuje od umowy nr (...) w trybie natychmiastowym - jako powód podała ponad 3-miesięczne opóźnienie w realizacji poszczególnych prac w sposób zagrażający terminowemu wykonaniu budowy hali tenisowej przy al. (...) w S..

Z powyższego wynika, że pozwana skorzystała z drugiej, alternatywnej przyczyny odstąpienia od umowy przewidzianej w §14 ust. 1 pkt 3 umowy- a jak wynika już z samej literalnej analizy zapisu § 14 ust. 6 umowy, to przewidziany w nim 14 dniowy termin odnosi się do pierwszej możliwej podstawy przewidzianej w powyższym pkt 3 tj. gdy wykonawca opóźnia się bądź pozostaje w zwłoce z realizacją poszczególnych prac w sposób zagrażający terminowemu wykonaniu przedmiotu umowy – tylko do niej odnosi się warunek z ustępu 6 o nieprzystąpienia przez Wykonawcę do zakończenia danego elementu robót.

Skarżący zarzucił również - w zakresie, w jakim Sąd uznał, że pozwana była solidarnie zobowiązana za zapłatę wynagrodzenia R. S. - naruszenie przepisu postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędną, sprzeczną z zasadami doświadczenia życiowego i logiką ocenę materiału dowodowego, a w szczególności umowy nr (...) (§ 3 ust. 4-5 oraz § 3 ust. 15) i przyjęcie, że „R. S. był zaakceptowanym podwykonawcą”, mimo, iż wymogi wynikające z tych postanowień umownych zostały spełnione dopiero z dniem 22 kwietnia 2016 r.

Podniósł również naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 143c ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 143b ust. 1 oraz art. 143b ust. 5-7 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że pozwana była solidarnie zobowiązana do zapłaty wynagrodzenia R. S..

Jednakże rozstrzyganie przez Sąd Apelacyjny o zasadności powyższych zarzutów było zbędne, gdyż sam skarżący wskazał, że kwestia solidarnego zobowiązania pozwanej za zapłatę wynagrodzenia R. S. miała w przedmiotowej sprawie znaczenie nie tylko dla rozstrzygnięcia o powództwie wzajemnym, lecz również dla oceny, czy powód skutecznie odstąpił od umowy z uwagi na brak zapłaty należnego mu wynagrodzenia.

Jednakże powód nie zaskarżył wyroku w części odnoszącej się do powództwa wzajemnego, a to, że powód nie był umocowany do odstąpienia od umowy z uwagi na brak płatności zostało już powyżej rozważone.

Konsekwencją uznania za uzasadnione odstąpienie pozwanej od umowy była także zasadność naliczenia przez nią kary umownej w wysokości określonej sposobem określony w §13 ust. 1 pkt 1.

Jednocześnie zdaniem Sądu Apelacyjnego wskazana przez powoda podstawa prawna jego żądania tj. art. 415 kc była nieprawidłowa – a powołana na jego poparcie argumentacja zawarta w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 4 października 2013 r., sygn. akt VI A Ca 454/13 była nieprzekonująca z uwagi na jej powierzchowność i nadmierna lakoniczność – ograniczono się jedynie do podania, że odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 415 k.c. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, iż działanie pozwanej, polegające na bezpodstawnym skorzystaniu z gwarancji ubezpieczeniowej, było działaniem bezprawnym, jako sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i lojalności kontraktowej nadużycie prawa podmiotowego, zmierzające do uzyskania świadczenia nienależnego.

Niestety Sąd Okręgowy wbrew ustawowemu obowiązkowi nie wskazał w swoim uzasadnieniu, dlaczego co do zasady uznał za dopuszczalne oparcie powództwa głównego o art. 415 k.c. oraz na czym polegało jego wnioskowanie a contrario na podstawie tego właśnie przepisu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzucane w pozwie bezzasadne zgłoszenie przez pozwaną żądania wypłaty sumy gwarancyjnej na podstawie umowy gwarancji nie może być traktowane jako czyn niedozwolony w rozumieniu art. 415 k.c. Warunkiem konstruowania odpowiedzialności na tej podstawie jest uznanie określonego działania (zaniechania) za obiektywnie bezprawne, tj. sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa lub zasadami współzycia społecznego. Postanowienia umów mają charakter względnie obowiązujący, tj. tworzą prawa i obowiązki pomiędzy podmiotami, które zawarły umowę; naruszenie postanowień umownych przez jedną ze stron powoduje powstanie roszczeń, w tym odszkodowawczych, drugiej strony umowy. Nie jest wykluczone, że działanie (zaniechanie) sprzeczne z postanowieniami umowy będzie również stanowiło czyn niedozwolony. Przesądził to ustawodawca, który w art. 443 k.c. uregulował zbieg roszczeń ex contractu i ex delicto, w orzecznictwie przyjmuje się jednak, że aby niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania stanowiło zarazem czyn bezprawny w rozumieniu art. 415 k.c., musi naruszać obowiązek powszechny, ciężący na każdym (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1997 r., III CKN 202/97 i z dnia 13 lutego 2004 r., IV CK 40/03.). Taka zasada obowiązuje pomiędzy stronami zobowiązania wynikającego z umowy. Tym bardziej jest ona uzasadniona w relacji pomiędzy jedną ze stron stosunku umownego a osobą trzecią, tj. w takiej relacji, jaka łączy powoda z pozwaną.

Z tych względów nie można uznać za obiektywnie bezprawne - zarzucanego przez powoda - działania pozwanej Gminy polegającego na zgłoszeniu żądania wypłaty sumy ubezpieczeniowej, mimo zarzucanego braku materialnoprawnych podstaw, zważywszy na treść tzw. stosunku podstawowego (umowy pozwanej gminy z wykonawcą inwestycji), gdyż takie działanie mogło naruszać jedynie postanowienia umowy łączącej pozwaną Gminę z wykonawcą inwestycji, ewentualnie postanowienia umowy łączącej pozwaną Gminę z gwarantem(...), nie naruszało natomiast obowiązku powszechnego, ciężącego na każdym podmiocie prawa. Z tego powodu działanie pozwanej nie może być uznane za czyn sprzeczny z prawem bądź zasadami współzycia społecznego, co jest warunkiem koniecznym konstruowania odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 415 k.c.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w przypadku bezzasadnej realizacji przez pozwaną gwarancji ubezpieczeniowej byłoby usprawiedliwione żądanie przez dłużnika ze stosunku podstawowego (wykonawcę) zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia na podstawie art. 405 k.c., jeżeli dłużnik byłby jednocześnie zleceniodawcą gwarancji. W takim wypadku dłużnik mógłby dochodzić od pozwanej gminy zwrotu zapłaconej sumy gwarancyjnej. Świadczenie gwaranta z umowy gwarancyjnej, mimo że stanowi spełnienie samodzielnego zobowiązania gwaranta wobec gwarantariusza i służy umorzeniu jego własnego długu, jest jednocześnie zarachowywane przez wierzyciela ze stosunku podstawowego na poczet świadczenia dłużnika z tego stosunku prawnego (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. V CSK 233/09).

Jednakże z uwagi na poczynione powyżej rozważania i tak powództwo w oparciu o art. 405 kc nie zasługiwało na uwzględnienie z uwagi na to, że pozwana wcale nie była bezpodstawnie wzbogacona.

Z kolei pozwana (powódka wzajemna) w zakresie oddalenia swojego żądania z pozwu wzajemnego zarzuciła naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 kpc poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego polegającego na pominięciu przez Sąd zapisów umownych, które dawały pozwanemu (powodowi wzajemnemu) możliwość dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców (w tym PHU (...) sp. z o.o.) niezależnie od ważności umowy podwykonawczej i możliwość potrącenia tak dokonanej płatności z wynagrodzenia wykonawcy,

Ponadto zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 647¹ § 1 kc poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że brak pisemnej umowy między wykonawcą i podwykonawcą automatycznie wyłącza solidarną odpowiedzialność inwestora za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy i to nawet wówczas, gdy inwestor godzi się z obecnością podwykonawcy na budowie.

Wg skarżącej taka wykładnia spowodowała, że Sąd Okręgowy zakwestionował możliwość dokonania przez zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy D. Z. i potrącenia tej płatności z wynagrodzenia wykonawcy.

Jednakże zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższe stanowisko w żadnej mierze nie zasługuje na uwzględnienie – argumentacja skarżącej jest bardzo lakoniczna, powierzchowna – trudno się oprzeć wrażeniu, że jest poczyniona niejako „na siłę” – tak aby znaleźć jakąkolwiek podstawę uzasadniającą uwzględnienie jej żądania zapłaty.

Skarżąca twierdziła, że postanowienia § 9 umowy stanowiły odrębną, samodzielną i dodatkową w stosunku do przepisów k.c. i Prawa zamówień publicznych podstawę prawną do dokonania przez zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy i potrącenia jej z wynagrodzenia wykonawcy

Strony w §9 ust. 7 umowy postanowiły, że „w przypadku uchylania się od obowiązku zapłaty przez Wykonawcę Zamawiający dokona bezpośrednio zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcy zgodnie z zaakceptowanymi przez siebie umowami o podwykonawstwo, którego przedmiotem są roboty budowlane”. W § 9 ust. 9 umowy postanowiono, że „z wynagrodzenia wykonawcy określonego w fakturze zamawiający ma prawo potrącić wysokość ewentualnych wypłat wynagrodzeń podwykonawców dokonanych bezpośrednio przez zamawiającego”.

Pozwana żądając w pozwie wzajemnym zasądzenia od pozwanego wzajemnego na swoją rzecz kwoty 31.733,27 zł w żaden sposób nie powoływała się na - jako podstawę swojego żądania –na §9 ust. 7 umowy – uczyniła to dopiero w swojej apelacji.

Powoływała się natomiast na art. 143c p.z.p. – choć ponownie jej uwadze uchodziło to, że zgodnie z art. 143 c. ustęp 1 p.z.p. zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę,

podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane – takich umów bezspornie w niniejszej sprawie nie było zawartych.

Istotne jest też i to, że pozwana nie podjęła nawet żadnej próby wykazania, że faktycznie zgodnym zamiarem stron, wyrażonym w owym § 9 ust. 7 umowy było nadanie mu waloru samodzielnej podstawy do dokonania płatności bezpośredniej na rzecz podwykonawcy i potrącenia jej z wynagrodzenia wykonawcy.

Zasadnie podniósł powód w odpowiedzi na apelację, że pozwana przedstawia taki sposób argumentacji, który opiera się na wybiórczej analizie treści umowy - pomija jednak, iż zasady akceptacji umów podwykonawczych reguluje ta sama umowa w § 3 ust. 3-7.

Z przedmiotowych zapisów wynika w szczególności, że: umowa pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą musi być zawarta na piśmie pod rygorem nieważności (§ 3 ust. 3), na pierwszym etapie wykonawca lub podwykonawca przedstawia zamawiającemu projekt umowy do akceptacji; zastrzeżenia do projektu zamawiający zgłasza w terminie 14 dni (§ 3 ust. 4), na drugim etapie wykonawca lub podwykonawca przedstawia zamawiającemu kopię zawartej umowy; sprzeciw wobec zawarciu umowy zamawiający zgłasza w terminie 14 dni (§ 3 ust. 5), umowa z podwykonawcą musi zawierać określone zapisy (§ 3 ust. 6) oraz nie może zawierać określonych postanowień (§ 3 ust. 7).

W świetle zapisów umowy - a zwłaszcza tych przytoczonych powyżej, z których wynika, że pozwana jako autor treści umowy w sposób bardzo obszerny i ścisły uregulowała procedurę zawierania umów wykonawcy z podwykonawcami, których rygorystyczne przestrzeganie przez te podmioty uruchamiały dopiero solidarna jej odpowiedzialność jako inwestora - nie sposób przyjąć, aby § 9 ust. 7 umowy stanowił samodzielną podstawę prawną do dokonywania bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców, której zastosowanie było niezależne od spełnienia pozostałych zapisów umowy, a zwłaszcza tych z § 3 ustęp 3-7.

Zgodnie z treścią art. 647¹ § 1 - 6 kc (w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia umowy) w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że niedochowanie wymogu formy pisemnej przewidzianej w art. 647¹ § 4 powoduje nieważność umowy zawartej z podwykonawcą.

Natomiast niekwestionowane w tym zakresie ustalenia faktyczne wskazują, że PHU (...) spółka z o.o. oraz D. Z. nie mieli zawartej umowy podwykonawczej z pozwanym wzajemnym.

Tym samym nie sposób uznać w świetle cytowanych powyżej regulacji oraz zapisów umowy stron (§3 ust. 3), że powódka wzajemna była w podnoszonym przez siebie zakresie odpowiedzialna za zobowiązania pozwanego wzajemnego wobec ww. podmiotów.

Całkowicie gołosłowne, pozbawione jakiegokolwiek merytorycznej argumentacji były twierdzenia skarżącej, że liczyła się ona z tym, że pozwalając podwykonawcy D. Z. na dalszą pracę, mimo nie dochowania formalności, może odpowiadać wobec niego za zapłatę wynagrodzenia oraz, że jej zdaniem w sytuacji, gdy inwestor tolerował obecność na budowie nieprawidłowo zgłoszonego podwykonawcy i znał zakres jego prac, brak pisemnej umowy podwykonawczej nie wyłącza automatycznie jego solidarnej z wykonawcą odpowiedzialności za wynagrodzenie dla podwykonawcy.

Powyższe nijak się ma też do opisywanej wcześniej całej procedury zawierania umów z podwykonawcami, której ścisłe przestrzeganie pozwalało dopiero na zaistnienie odpowiedzialności pozwanej jako inwestora.

W związku z powyższym pozwana (powódka wzajemna) nie była zobowiązana do dokonania bezpośredniej płatności na rzecz powyższych podmiotów – a zapłacone przez nią przedmiotowe kwoty tytułem wynagrodzenia nie nadawały się do potrącenia z wierzytelnością przysługującą powodowi (pozwanemu wzajemnemu) – co czyniło jej powództwo wzajemne całkowicie bezzasadne.

Z przedstawionych przyczyn, stosując normę art. 385 k.p.c., orzeczono o oddaleniu obu apelacji w całości.

O kosztach procesu orzeczono stosując zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania na podst. art. 98 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c., a po dokonaniu wzajemnego obrachunku należnej każdej ze stron zwrotu kosztów zastępstwa procesowego zasądzone od powoda na rzecz pozwanej kwotę 1350 zł.

SSA Artur Kowalewski SSA Dariusz Rostał SSA Małgorzata Gawinek