

Sygn. akt I ACa 1435/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Krzysztof Sobierajski (spr.)
Sędziowie:	SSA Teresa Rak SSA Zbigniew Ducki
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 21 stycznia 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa W. J.

przeciwko (...) S.A. w Ł.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 30 lipca 2013 r. sygn. akt VII GC 147/12

oddala apelację i zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

IA Ca 1435/13

UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym w dniu 27 czerwca 2012r. powód W. J. wnosił o zasądzenie od pozwanego (...) Spółka Akcyjna w Ł. kwoty 360.000zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 kwietnia 2012r. do dnia zapłaty i zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód podnosił, że powód i pozwana spółka w dniu 13 lipca 2011 roku zawarli umowę gwarancyjną ubezpieczenia należnego wykonania kontraktu oznaczoną numerem(...). Gwarancja ubezpieczeniowa dotyczyła umowy z dnia 27 czerwca 2011 roku o wykonawstwo polegające na rozbudowie i podniesieniu standardu Ośrodka (...) w K., w gminie S. w zakresie (...) Centrum (...) wobec nie wykonania zobowiązania wynikającego z tego kontraktu przez (...) spółkę z o.o. z siedzibą w (...) w gminie S.. W trakcie realizacji tego kontraktu, na prowadzonej budowie doszło do istotnych opóźnień z wyłącznej winy wykonawcy. Wobec zaistniałego stanu powód dnia 3 stycznia

2012 roku odstąpił od umowy z dnia 27 czerwca 2011 roku z wykonawcą (...) sp. z o.o.. Z chwilą odstąpienia od wyżej wymienionej umowy, zgodnie z par. 8 pkt 2 ppkt 1, pppkt 3, umowy z dnia 27 czerwca 2011 roku stały się wymagalne kary umowne należne powodowi od wykonawcy (...) sp. z o.o. w kwocie 360.000 zł, ponieważ wartość kontraktu budowlanego wynosiła 3.600.000 zł. Powód zażądał od wykonawcy wypłacenia kar umownych pismem z dnia 3 stycznia 2012 roku w terminie do dnia 6 stycznia 2012 roku. Zapłata nie nastąpiła. Powód wezwał pozwaną spółkę do zapłaty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej dnia 15 lutego 2012 roku. Wezwanie to zostało odrzucone przez pozwanego ze względów formalnych, został zakwestionowany sposób doręczenia wykonawcy wezwania do zapłacenia kar umownych wraz z notą księgową. W związku z powyższym wezwanie to ponownie zostało doręczone (...) sp. z o.o. w jej siedzibie w Z. dnia 20 marca 2012 roku. Dnia 23 marca 2012 roku pozwany ponownie został wezwany przez pełnomocnika powoda do wypłaty kwoty 360.000zł tytułem gwarancji ubezpieczeniowej. Pozwana spółka nie wypłaciła żądanej kwoty, ani nie ustosunkowała się treści wezwania do zapłaty z dnia 23 marca 2012 roku.

W odpowiedzi na pozew pozwany wnosił o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu. Pozwana spółka podnosiła, że w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła żadna z okoliczności wskazanych w § 11.1.1.pkt 2-4 umowy, które uprawniałyby powoda do odstąpienia od kontraktu, a następnie do naliczenia kar umownych. W związku z tym oświadczenie o odstąpieniu od umowy z wykonawcą zostało złożone niezgodnie z treścią kontraktu objętego gwarancją, a kary umowne zostały naliczone niezgodnie z warunkami kontraktu. Oświadczenie o odstąpieniu zostało zakwestionowane przez Wykonawcę, który wystąpił przeciwko Zamawiającemu do Sądu Okręgowego w Kielcach z pozwem z dnia 14 marca 2012 r. z roszczeniem o zapłatę kwoty 1.071.767,71 zł.

Sąd Okręgowy w Kielcach wyrokiem wydanym w dniu 30 lipca 2013 roku zasądził od (...) Spółka Akcyjna w Ł. na rzecz W. J. kwotę 360.000 złotych z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym w wysokości 13% od dnia 23 kwietnia 2012r. i z dalszymi każdorazowymi ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty oraz kwotę 34.217,00zł tytułem kosztów procesu, pobrał od (...) Spółka Akcyjna w Ł. na rzecz Skarbu Państwa Sąd Okręgowy w Kielcach kwotę 1.560 złotych tytułem kosztów sądowych.

Wyrok powyższy został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

Powód W. J. w dniu 27 czerwca 2011r. zawarł z (...) Spółka z o. o. w Z. umowę o roboty budowlane na podstawie której zamawiający zlecił a wykonawca przyjął do wykonania prace polegające na rozbudowie i podniesieniu standardu Ośrodka (...) w (...) w zakresie (...) Centrum (...).” Szczegółowy zakres rzeczowy i ilościowy robót określały załączniki do umowy: Opis przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 1 lipca 2011roku. Zakończenie przedmiotu umowy i zgłoszenie przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego miało nastąpić do dnia 28 lutego 2012roku. W § 3 umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe na podstawie złożonej oferty według cen: wartość bez VAT 3.600.000,00 zł plus podatek od towarów i usług w stawce obowiązującej w dniu wystawienia. W §8 umowy strony ustaliły kary umowne przy czym w § 8 pkt 2 ppkt 1 pppkt 3 ustalono, że Wykonawca płaci Zamawiającemu kary umowne: z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn występujących wyłącznie po stronie Wykonawcy, w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto.

W §11 pkt 1 w ustalono, że Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w następujących sytuacjach;

1. w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie Zamawiającego, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy; odstąpienie od umowy w tym wypadku może nastąpić w terminie miesiąca od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach – w takim przypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy,
2. wykonawca z nieuzasadnionych przyczyn przerwał realizację prac i przerwa ta trwała dłużej niż 14 dni pomimo wezwania wystosowanego przez namawiającego złożonego na piśmie,

3. wykonawca nie rozpoczął robót w ciągu 14 dni kalendarzowych od zawarcia umowy pomimo wezwania wystosowanego przez Zamawiającego złożonego na piśmie,

4. stwierdzi, że Wykonawca prowadzi roboty rażąco niezgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną warunków wykonania i odbioru robót w niezgodnych z kosztorysem ofertowym i normami budowlanymi, zaś Wykonawca nie naprawia tych uchybień niezwłocznie po pisemnym wezwaniu wystosowanym przez Zamawiającego w przedmiocie zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy lub zmiany używanych do wykonania przedmiotu umowy. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie.

W dniu 13 lipca 2011r. powód W. J. zawarł z pozwaną (...) Spółka Akcyjna w Ł. umowę gwarancyjną ubezpieczenia należytego wykonania kontraktu oznaczoną numerem (...)należytego wykonania kontraktu. Gwarancja ubezpieczeniowa dotyczyła umowy z dnia 27 kwietnia 2011r. o wykonawstwo polegającej na rozbudowie i podniesieniu standardu Ośrodka (...) w K., w gminie S. w zakresie (...) Centrum (...) wobec nie wykonania zobowiązania wynikającego z tego kontraktu przez (...) Spółkę z o.o. w Z.. W pkt 1 powyższej Gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu Gwarant w związku z Umową zawartą pomiędzy Beneficjentem a Zobowiązanym w dniu 27 czerwca 2011r. której przedmiotem była : Rozbudowa i podniesienie standardu Ośrodka (...) w (...) w zakresie (...) Centrum (...) gwarantował nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w gwarancji zapłatę Beneficjentowi należności wymienionych w punkcie 2 gwarancji do kwoty 360.000,00zł. Powyższa gwarancja zabezpieczała roszczenie Beneficjenta w stosunku do Zobowiązanego z tytułu wymagalnych kar umownych wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania przez Zobowiązanego Kontraktu określonego w punkcie 1, zgodnie z jego treścią z dnia wystawienia gwarancji, które to kary nie zostały zapłacone przez Zobowiązanego. Gwarancja była ważna w okresie od dnia 13 lipca 2011r. do dnia 27 marca 2012r. beneficjent zobowiązany był do zgłoszenia żądania zapłaty z gwarancji w terminie obowiązywania gwarancji, pod rygorem odmowy zapłaty przez (...) SA gwarantowanego świadczenia. Na podstawie tej gwarancji Gwarant miał zapłacić na rzecz Beneficjenta należną kwotę w terminie 30 od daty otrzymania od Beneficjenta pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty wraz z załącznikami określonymi w punkcie(...). (...) Spółka z o. o. przystąpił do wykonywania przedmiotu umowy jednakże w trakcie realizacji tego kontraktu, na prowadzonej budowie doszło do istotnych opóźnień z wyłącznej winy wykonawcy. W piśmie z dnia 26 lipca 2011r. stwierdzono niewywiązywanie się wykonawcy z kontraktu. Na datę 17 sierpnia 2011r. po dokonanej wizji lokalnej stwierdzono, że opóźnienie w wykonaniu robót w stosunku do harmonogramu robót wynosiło 2 do 3 tygodni. w piśmie z dnia 16 września 2011r. powoda oraz inspektora nadzoru budowlanego zawarte było ostrzeżenie, że w sytuacji, gdy opóźnienia nie zostaną nadrobione inwestor odstąpi od umowy z wyłącznej winy wykonawcy. W piśmie z dnia 19 września 2011r. skierowanym do powoda Inspektor nadzoru wnosił o rozważenie wstrzymania przez powoda płatności za fakturę, obejmującą wykonanie: law fundamentowych, ścian piwnic z izolacjami i poziomów kanalizacji, albowiem pomimo pism wysyłanych przez powoda do (...) Sp. z o.o., firma nie zmieniła sposobu realizacji inwestycji – w dalszym ciągu była niedostateczna ilość pracowników, brak było niezbędnego sprzętu, jak np.: dźwig, koparka, itp. Deklarowane przez firmę (...) nadrobienie zaległości do końca września było niemożliwe i fakt ten uniemożliwiał wykonanie inwestycji w terminie. Prace wykonywane we wrześniu spowodowały większe opóźnienie w stosunku do ułożonego harmonogramu.

W dniu 14 listopada 2011 r. powód został powiadomiony przez inspektora nadzoru budowlanego o dalszych opóźnieniach wykonawcy (...) Sp. z o. o. w stosunku do założonego harmonogramu i nie wywiązywania się z podpisanej umowy. Opóźnienie na dzień 14 listopada 2011r. wynikało z braku wykonania: robót murowych poddasza więźby dachowej, pokrycia dachu instalacji wodan, co podtynkowej I podposadzkowej parteru. Dodatkowo w miesiącu listopadzie miała być wykonana elewacja, montaż szamba i okładziny ścian i posadzek w piwnicach. Została tylko odebrana niecka basenowa, zbiorniki przelewowe zostały wykonane tylko w stanie surowym. Opóźnienie w pracach wynosiło od 4 do 6 tygodni.

W dniu 28 listopada 2011 roku jeden z podwykonawców wykonawcy (...) Sp. z o.o. wobec nieregulowania przez niego faktur powiadomił powoda, że zamierza „zejść z placu budowy”. W tych okolicznościach powód dnia 3 stycznia 2012 roku odstąpił od umowy z dnia 27 czerwca 2011 roku z wykonawcą (...) sp. z o.o. z przyczyn leżących po stronie

wykonawcy. Pismem z dnia 3 stycznia 2012 roku powód wezwał wykonawcę do zapłaty na jego rzecz Noty księgowej tytułem kary umownej w wysokości 442.000zł, na podstawie § 8 pppkt 3 umowy z dnia 27 czerwca 2011r. w terminie do dnia 6 stycznia 2012 roku. Pozwany pomimo wezwania nie zapłacił powodowi kary umownej. W takiej sytuacji powód wezwał pozwaną spółkę jako Gwaranta do zapłaty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej dnia 15 lutego 2012 roku. Wezwanie to zostało odrzucone przez pozwanego ze względów formalnych, bowiem został zakwestionowany sposób doręczenia wykonawcy wezwania do zapłacenia kar umownych wraz z notą księgową. W związku z powyższym wezwanie to ponownie zostało doręczone (...) sp. z o.o. w jej siedzibie w Z. dnia 20 marca 2012 roku. Dnia 23 marca 2012 roku pozwany ponownie został wezwany przez pełnomocnika powoda do wypłaty kwoty 360.000zł tytułem gwarancji ubezpieczeniowej.

W toku procesu Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa B. N. (1) na okoliczność ustalenia czy wykonawca (...) sp. z o.o. w Z. przy wykonywaniu przedmiotu umowy z dnia 27 czerwca 2011r. zawartej z powodem W. J. realizował zakres rzeczowy i ilościowy zleconych robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo finansowym, czy były opóźnienia w wykonywaniu robót i jakiego zakresu one dotyczyły, jaki był okres tych opóźnień w stosunku do ustalonego w umowie terminu zakończenia robót, oraz jakie były przyczyny tych opóźnień, a ponadto czy wykonawca zdołałby wykonać przedmiot umowy w umówionym terminie tj. do dnia 28 lutego 2012r. przy wykonaniu przedmiotu umowy zgodnie ze sztuką budowlaną. W oparciu o opinię biegłego ustalił Sąd I instancji, że wykonawca przystępując do umowy i rozpoczynając roboty nie dysponował wystarczającymi środkami obrotowymi na płynną realizację robót o czym świadczą powiadomienia i interwencje o wypłatę kierowane przez podwykonawców do inwestora. Umowa nie przewidywała zaliczki ze strony inwestora więc wykonawca nie uzyskał środków na „rozruch” budowy i powinien dysponować własnymi odpowiednimi środkami pieniężnymi na rozpoczęcie i kontynuację robót. W oparciu o ustalenia biegłego uznał sąd I instancji, że duża ilość środków pieniężnych była potrzebna w okresie gdy trzeba było zamawiać komplety stolarki, urządzenia basenowe i inne wyposażenia bo dostawcy przed tym stawiają warunek wpłaty zaliczek, a po zrealizowaniu dostawy, zapłaty reszty należności. W sytuacji braku odpowiedniej ilości środków własnych wykonawca nie mógł wykonać obiektu w terminie, a nawet mogło dojść do opuszczenia placu budowy i zaniechania realizacji pozostawiając w zadłużeniu swoich podwykonawców. W tych okolicznościach uznał sąd I instancji z powołaniem się na opinie biegłego, iż przesłanki i zdobyte informacje powoda odnośnie sytuacji finansowej wykonawcy były główną przyczyną odstąpienia od umowy. Opinia biegłego oraz dowody w postaci: umowy z dnia 26. 06.2011r. zawartej pomiędzy powodem a (...) Sp. z o.o., gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu z dnia 13 lipca 2011r., pisma powoda skierowanego do F. Sp. z o.o stwierdzające niewywiązywanie się wykonawcy z umowy, notatki służbowej z dnia 19 sierpnia 2011r., pisma powoda skierowanego do (...) Sp. z o.o. stwierdzające dalsze niewywiązywanie się wykonawcy z umowy. pism inspektora nadzoru z dnia 19 września 2011r. oraz 14 listopada 2011r., pisma podwykonawcy z dnia 28 listopada 2011r., zawiadomienia o odstąpieniu przez zamawiającego od umowy, wezwania do zapłaty kar umownych powoda do wykonawcy (...) Sp. z o.o. z potwierdzeniem nadania, noty księgowej z dnia 30 grudnia 2011r., wiadomości e-mailowej wzywającej wykonawcę do zapłaty, wezwania do zapłaty skierowanego do pozwanego z dnia 15 lutego 2012 roku oświadczenie powoda, że (...) Sp. z o.o. pomimo pisemnego wezwania nie wykonał kontraktu objętego gwarancją ubezpieczeniową, informacji z (...) wezwania do zapłaty skierowanego do pozwanego dnia 23 marca 2012r., zeznania świadków: A. B., J. J., zestawienia wezwań do zajęcia wierzytelności od dłużników (...) Sp. z o.o., zajęć wierzytelności. Zeznania powoda W. J., oraz akta szkody Nr U/008859/2012 stanowiły podstawę powyższych ustaleń faktycznych.

Oceniając dowody osobowe Sąd Okręgowy dał wiarę szczegółowym zeznaniom świadka A. B., które w pełni korespondowały z zeznaniami powoda W. J.. Sąd Okręgowy natomiast z dużą dozą ostrożności podszedł do oceny wiarygodności zeznań świadka J. J. prezesa zarządu Wykonawcy, jako pośrednio zainteresowanego w rozstrzygnięciu niniejszego sporu powoda z gwarantem. W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego zeznania świadka J. J. jakoby wykonawca (...) sp. z o.o. wykonałaby cały zakres przedmiotu umowy zgodnie terminem umownym jawiły się zdaniem sądu I instancji jako gołosłowne i nieprzekonywujące.

W oparciu o te ustalenia uznał sąd I instancji powództwo za uzasadnione gdyż jego podstawa faktyczna została wykazana przeprowadzonymi w sprawie dowodami.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że wykonawca ostatecznie nie wykonał przedmiotu umowy zgodnie z zawartą umową oraz to, że strony wiązała gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania kontraktu oznaczoną nr (...). Istota niniejszego sporu sprowadzała się zatem do ustalenia, czy w niniejszym przypadku w sytuacji niewykonania przez wykonawcę przedmiotu umowy w ustalonym w umowie o roboty budowlane terminie, powód skutecznie odstąpił od umowy i w konsekwencji czy powodowi przysługuje powodowi roszczenie wobec pozwanego jako gwaranta z gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu.

W oparciu o materiał dowodowy, w szczególności w szczególności opinię biegłego sądowego B. N. ustalił sąd, że wykonawca przystępując do realizacji przedmiotu umowy i rozpoczynając roboty nie dysponował wystarczającymi środkami obrotowymi na płynną realizację robót, a skoro umowa nie przewidywała zaliczki ze strony inwestora to wykonawca powinien dysponować własnymi odpowiednimi środkami pieniężnymi na rozpoczęcie i kontynuację robót. Z tych okoliczności wspierając się opinią biegłego wyprowadził sąd I instancji wniosek, że **wykonawca nie mógł wykonać obiektu w terminie**, a nawet w ogóle mogło dojść do opuszczenia placu budowy zaniechania realizacji pozostawiając w zadłużeniu swoich podwykonawców a co było główną przyczyną odstąpienia od umowy z wykonawcą (...) Sp. z o. o.. Trudną sytuację finansową wykonawcy obrazowały również zestawienia jego zobowiązań w tym zajęć komorniczych.

Sąd Okręgowy podzielił zatem stanowisko powoda, iż w tych okolicznościach posiadał on uprawnienie do odstąpienia od umowy z dnia 27 czerwca 2011r. z wykonawcą (...) Sp. z o. o. z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy a to wskutek nienależytego wykonywania przez pozwanego zobowiązań umownych, w szczególności opóźnień w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do ustalonego w umowie harmonogramu rzeczowo - finansowego. Realizacja przedmiotu umowy odbywała się bowiem z opóźnieniem w stosunku do przyjętego harmonogramu. Opóźnienie w pracach wykonawcy wynosiło na dzień 14 listopada 2011r. od 4 do 6 tygodni. Nie uwzględnił w tym wypadku sąd I instancji zarzutu pozwanego, iż opóźnienia te wynikały ze zmiany zakresu robót gdyż w sprawie brak było aneksu wydłużającego termin z tego powodu, co skutkowało przyjęcie, że strony dalej wiązał termin określony w umowie z dnia 27 czerwca 2011 roku. W tych okolicznościach za niezasadne uznał sąd I instancji twierdzenia pozwanego, że powód odstąpił od umowy z powodu opóźnienia wykonawcy w realizacji robót w sytuacji gdy wcześniej zmienił on w sposób istotny przedmiot zlecenia nie dostosowując do tej zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego. Nie bez znaczenia była także okoliczność, że przedmiotową inwestycję powód realizował w ramach dofinansowania jej z funduszy „unijnych”. Nadto wykonawca od samego początku opóźniał się z realizacją robót, nie zorganizował właściwie placu budowy, m. innymi brak było zabezpieczenia przez wykonawcę drogi dojazdowej, co skutkowało niszczeniem otoczenia przez samochody wywożące ziemię z wykopu, w dalszym etapie wykonawca wykonywał fundamenty. Realizowane było to już z opóźnieniem na z około dwutygodniowym. Wykonawca nie dysponował odpowiednią ilością pracowników i sprzętu. Inwestor pisemnie informował wykonawcę, że nie wywiązuje się z postanowień umowy. Opóźnienie prac na połowę sierpnia 2011 r. wynosiło około 3-ch tygodni. Kierownik robót zobowiązywał się do przyspieszenia prac i nadrobienia opóźnień. Na co spisano notatki z dnia 17 sierpnia 2011 roku i 16 września 2011 roku. Opóźnienie w realizacji prac nie zostało nadrobione lecz zwiększyło się i wynosiło już ponad miesiąc. Następowala dalsza wymiana pism, wykonawca nie płacił podwykonawcom i dostawcom, którzy zgłaszali się do inwestora. z tytułu dostawy betonu żadnych pieniędzy. Niecka żelbetowa basenu, która miała być wykonana we wrześniu 2011r. nie była odebrana do grudnia 2011r., ze względu na nieszczelności i przecieki. Część prac została wykonana przez wykonawcę, lecz z miesięcznym opóźnieniem. Skutkowało to niemożność wykonania innych prac np. elewacje które mogły być wykonane dopiero w okresie wiosennym. Nie było przez wykonawcę wykonane pokrycie dachu które miało być wykonane w listopadzie 2011 r., skutkiem tego wstrzymane zostały dalsze prace. Nie mogły być wykonane roboty murowe poddasza, które miały być zakończone z terminem na październik 2011 r. a w miesiącu grudniu 2011 r. nie były jeszcze wykonane. Opóźnienia dochodzące do 1 miesiąca w postępie robót przy braku przykrycia dachowego wstrzymywały wykonywanie pozostałych prac takich jak instalacje wody, kanalizacji, co., elektryczności. Przeciekająca niecka basenu wstrzymywała wykonanie prac technologii basenów. Nie zakończone zostały prace związane ze zbiornikami przelewowymi z podbasenia, które miały być wykonane w miesiącu sierpniu 2011r. zaś w miesiącu grudniu 2011 r. wykonane były jedynie w 50% i w niektórych elementach opóźnienia sięgały do 3-ch miesięcy. Przy tym tempie prac, zdaniem sądu I instancji roboty mogły być zakończone najwcześniej w

maju 2012r. i dokładając do tego około 2 miesięczny okres odbiorowy przez nadzór budowlany inwestycja mogła być przekazana inwestorowi w miesiącu lipcu 2012r. Te okoliczności skutkowały przyjęcie przez sąd I instancji, że inwestor skutecznie odstąpił od umowy, Wobec odstąpienia od umowy z przyczyn wyłącznie leżących po stronie wykonawcy zgodnie z §8 pkt 2 ppkt 1 pppkt 3 umowy z dnia 27 czerwca 2011r. powód posiadał uprawnienie do naliczenia kary umownej w stosunku do wykonawcy (...) Sp. z o. o. w kwocie 360.000zł (10% wartości wynagrodzenia ustalonego w umowie). Zdaniem Sądu Okręgowego w braku zapłaty kary umownej przez wykonawcę, powód zasadnie domaga się od pozwanej spółki zapłaty kwoty 360.000zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej dnia 13 lipca 2011roku co skutkowało uwzględnienie powództwa.

O kosztach procesu stosownie do rozstrzygnięcia, Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 §1 i §3 kpc w związku z art. 3 ust. 2 pkt 1, art. 13 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2010r. Nr 90, poz. 594 ze zm.), § 6 ust. 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września w sprawie opłat za czynności adwokacie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 z póź. zm.) i art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006r. o opłacie skarbowej (Dz. U. Nr 225, poz. 1635 z póź. zm.).

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona pozwana , która zaskarżyła orzeczenie w całości i zarzuciła:

1. Błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu ,że wykonawca opóźniał się w wykonaniu robót w sytuacji gdy stan opóźnienia we wrześniu 2011 roku wynosił około 15 dni i został zakwalifikowany przez biegłego jako niewielki i dopuszczalny, a nadto wykonawca przed odstąpieniem od umowy , oprócz robót ujętych w harmonogramie do listopada 2011roku wykonał również prace zaplanowane na okres późniejszy tj grudzień i styczeń, a ponadto część prac w harmonogramie nie ujętych, co przy porównaniu wartości netto robót zaplanowanych i wykonanych wg. stanu z dnia inwentaryzacji prowadzi do wniosku , że wartość robót wykonanych odpowiadała wartości robót z harmonogramu.

2. Naruszenie art. 805 kc w zw. z art. 635 kc i art. 656 kc przez uznanie ,że powód miał podstawy do odstąpienia od umowy z powodu zwłoki wykonawcy podczas gdy wykonawca wprawdzie opóźniał się z rozpoczęciem robót ale nie ma to wpływu na dotrzymanie terminu w realizacji obiektu a ewentualne opóźnienie nie miało wpływu na termin oddania obiektu

3. Naruszenie art. 5 kc w związku z art. 483 § 1 kc i art. 656 kc oraz 634 kc poprzez brak uznania ,że odstąpienie od umowy z powodu zwłoki wykonawcy stanowiło po stronie powoda nadużycie prawa w sytuacji gdy powód nałożył na wykonawcę dodatkowy istotny zakres robót bez zmian w harmonogramie, a następnie z powodu opóźnienia w realizacji odstąpił od umowy

4. Naruszenie art. 805 kc w zw. z art. 483 § 1 kc w związku z § 8.2.1/3 umowy przez przyjęcie , że powód miał prawo odstąpić od umowy w sytuacji gdy nie zaistniały okoliczności wskazane w § 11.1 umowy dające podstawę do odstąpienia.

Z powołaniem się na te zarzuty strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania .

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja nie jest uzasadniona.

W nawiązaniu do zarzutów apelacji dotyczących naruszenia przepisów postępowania stwierdzić należy, iż sąd I instancji prawidłowo zgodnie z regułami dowodowymi wymienionymi w art. 233 § 1 kpc ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy i poczynił trafne ustalenia faktyczne obrazujące przebieg wykonania umowy przez strony. Pozwana co do zasady nie kwestionuje tych ustaleń, zarzuca tylko ich wadliwą interpretację. Z tych względów Sąd Apelacyjny w pełni podziela ustalenia faktyczne sądu I instancji i przyjmuje za podstawę rozpoznania zarzutów

apelacji. Apelacja w pierwszej kolejności zarzuca sądowi I instancji błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że wykonawca opóźnił się z realizacją robót w sytuacji gdy opóźnienie to we wrześniu wynosiło 15 dni a na datę inwentaryzacji robót wykonawca wykonał roboty nie objęte harmonogramem i ich wartość łącznie z robotami z harmonogramu odpowiadała wartości robót zaplanowanych do wykonania. Z tego skarżący wyprowadza wniosek, że nie doszło do zwłoki w realizacji robót, nie zaistniały przesłanki do odstąpienia od umowy. Rozpoznanie tego zarzutu wymaga odniesienia się do dowodów zebranych w sprawie w szczególności opinii biegłego oraz celu umowy i stopnia jej realizacji przez wykonawcę. Istotnie z opinii biegłego wynika, że na datę inwentaryzacji robót wartość prac wykonanych w tym robót zmienionych aneksem nr (...) do umowy odpowiadała prawie wartości wynikającej z harmonogramu. Nie może to stanowić jednak argumentu przemawiającego za przyjęciem braku zwłoki w realizacji prac budowlanych. Inwentaryzacja została dokonana na datę 8 grudnia 2011 roku. Termin oddania robót został określony na 28 lutego 2012 roku. Wykonanie robót budowlanych charakteryzuje się tym, że określone roboty muszą być wykonane w wynikającej z zasad sztuki budowlanej i procesu technologicznego kolejności, zgodnie z projektem oraz w odpowiednim czasie z uwzględnieniem okresu koniecznego dla zaistnienia procesów technologicznych, stabilizacji konstrukcji. Nie bez znaczenia jest również konieczność wykonywania robót w odpowiednich warunkach pogodowych. Poza sporem w niniejszej sprawie jest, że powód dokonał zmian w zakresie wykonania robót w sposób opisany w opinii biegłego na k. 5-6 w miesiącu listopadzie 2011 roku. Równoległe pismem z dnia 21 listopada 2011 roku powód wyłączył z zakresu wykonania robót prace o wartości 1.080.000 złotych czyli około 30% wartości prac. Wykonawca przyjął jak się wydaje przyjął taką zmianę umowy do realizacji gdyż przystąpił do wykonywania robót zamiennych, nie wnosząc o sporządzenie aneksu do umowy po myśli § 10 umowy w zmianę zakresu i terminu wykonania robót. Z tych względów skoro z zakresu robót powód wyłączył 30 % prac to nawet przy przyjęciu, że zmieniony projekt miał istotny wpływ na zakres realizacji to rezygnacja z części robót kompensowała tę wartość. Dokonując analizy zmian dokonanych przez powoda i realizowanych przez pozwanego bez zmiany treści umowy stwierdzić należy, że najistotniejszy charakter co eksponuje biegły miały dodatkowe pomieszczenia pod tarasem. Te roboty nie powinny mieć jednak wpływu na realizację wykonania robót przez wykonawcę gdyż po pierwsze zostały wykonane on na datę inwentaryzacji to dodatkowe pomieszczenie, po drugie projekt zamienny rezygnował z konieczności budowy oranżerii. Po trzecie jak wynika z opinii biegłego przyczyny opóźnień wynikały z wadliwej organizacji robót, braku odpowiedniej liczby pracowników na budowie oraz złej sytuacją finansową polegającą na braku środków dla wykonania umowy i w konsekwencji braku zapłaty na rzecz podwykonawców i dostawców. Nie bez znaczenia dla braku możliwości oddania robót w terminie miało wadliwe wykonanie części robót w szczególności niecki basenowej co do której protokoły szczelności wykazywały wady stwierdzone w protokole z dnia 22 grudnia 2011 roku. Na datę inwentaryzacji prac elewacja została wykonana w 50 %, nie zostały wykonane roboty murowane poddasza plus tynki i prace instalacyjne. O ile prace wewnętrzne były możliwe do wykonania w okresie zimowym to trudno przyjąć aby można było w tym okresie wykonać elewację budynku zgodnie z wymogami technologicznymi i bez szkody dla jakości tych robót. Z tych też względów nie sposób przypisać sądowi I instancji błędu w ustaleniach faktycznych skoro z opinii biegłego wynika, że stan opóźnienia na datę odstąpienia od umowy wynosił jeden miesiąc zaś, proces technologiczny, sytuacja finansowa wykonawcy nie pozwalała na terminowe zakończenie robót. Te okoliczności faktyczne prowadzą do wniosku, że wbrew zarzutom apelacji istniała podstawa do odstąpienia od umowy. W umowie przyczyny odstąpienia zostały wymienione w postanowieniach § 11 przy czym powód powołuje się na postanowienia punktu pierwszego ale przywołuje okoliczności wymienione w art. 635 kc. Samo wadliwe wskazanie podstawy odstąpienia w sytuacji gdy jako postawę wskazuje się fakty przemawiające za zastosowaniem art. 635 kc nie niweczy skutków odstąpienia w sytuacji gdy postanowienia § 11 pkt. 1 są tylko przywoływane na uzasadnienie podstawy faktycznej. W tych okolicznościach istota sporu sprowadza się do wyjaśnienia czy w świetle postanowień art. 635 kc znajdującym zastosowanie na podstawie odesłania zawartego w art. 656 kc istniały podstawy do odstąpienia od umowy. Przesłanka odstąpienia od umowy na tej podstawie prawnej wynika z oceny czy opóźnienie faktyczne jest tak duże, że będzie miało wpływ na dokończenie robót. Z ustaleń faktycznych poczynionych przez sąd I instancji, które Sąd Apelacyjny podziela wynika, że na datę odstąpienia termin opóźnienia wynosił około miesiąca w sytuacji gdy 30 % robót wyłączono z zakresu umowy. Część robót była zawansowana tylko niewielkim zakresie, utrudniony był kontakt z Prezesem zarządu wykonawcy, na budowie panował niedowład organizacyjny, pracowała zbyt mała liczba pracowników, wykonawca nie regulował należności na rzecz dostawców i podwykonawców, posiadał znaczne zadłużenie i zajęcia komornicze.

Opóźnienie w wykonaniu elewacji czyniło wątpliwym możliwość jej wykonania w okresie zimowym, wady niecki basenu skutkowały koniecznością ich usunięcia przy zachowaniu terminów wynikających z procesu technologicznego i wstrzymywały dalsze prace. Dalsze prace wykończeniowe były wstrzymane również brakiem zakończenia innych robót. W świetle takich okoliczności uzasadnione było przekonanie powoda o braku możliwości dotrzymania terminu wykonania robót i uzasadniało podstawę do odstąpienia od umowy. Skuteczne odstąpienie od umowy w myśl postanowień § 8 ust.3 stanowiło podstawę do naliczenia kary umownej z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Wprawdzie podstawa odstąpienia wynikała nie z postanowień umowy ale przepisu art. 635 kc to nie można wywodzić, że kara umowna była zastrzeżona tylko dla przypadków odstąpienia wymienionych w umowie. Nic takiego bowiem z zapisu § 8 nie wynika i należy przyjąć, że kara umowna została zastrzeżona dla każdego przypadku odstąpienia bez względu na jego podstawę. W sprawie przewija się wątek zmian projektowych a tym samym zmian w zakresie wykonywanych robót co miałyby wpłynąć na termin wykonania umowy. Okoliczność ta wynika z opinii biegłego i jest podnoszona w apelacji. Ustalenie, że wykonawca nie mógł dotrzymać terminu oddania robót również z przyczyn leżących po stronie inwestora skutkowałaby bezskutecznością odstąpienia. Tak w niniejszej sprawie nie jest gdyż jak podniesiono wyżej zmiany projektowe nawet jeżeli miały charakter istotny nie miały wpływu na dochowanie terminu gdyż równolegle z zakresu umowy wyłączono 30% robót a najistotniejszy element w postaci pomieszczeń pod tarasem został wykonany i zrezygnowano z budowy oranżerii. Nadto wykonawca bez zastrzeżeń przyjął do realizacji zmieniony zakres i nie wnosił o zmianę treści umowy ani terminu oddania obiektu.

Te okoliczności przemawiają również za przyjęciem, że żądanie zapłaty kary umownej nie może zostać uznane za nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 kc. Jak podkreślono wyżej zmianie zakresu umowy towarzyszyła rezygnacja z innych elementów a ponadto zmniejszono zakres umowy o 30%. Nadto powodowi zależało na terminowym oddaniu robót gdyż były one prowadzone na czynnym obiekcie o charakterze wypoczynkowym i sfinansowane częściowo za środki unijne, co obliżowało powoda do terminowego ich wykorzystania.

W sprawie nie zachodzą również przesłanki do miarkowania kary umownej na podstawie art. 484 § 2 kc gdyż umowa nie została w znacznej części wykonana gdyż wartość robót wykonanych na datę inwentaryzacji wynosiła kwotę rzędu 1.350.000 złotych przy ogólnej wartości do wykonania po wyłączeniu części robót 2.520.000 złotych (k-158). Nie można również przyjąć, że kara umowna w wysokości 10% wartości umowy jest wygórowana. W realiach obrotu gospodarczego zastrzeżenie kary umownej za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości kontraktu jawi się jako nader czysto występująca praktyka, która nie może być skutecznie kwestionowana z powołaniem się na postanowienia art. 484 § 2 kc. Brak jest również podstaw do wywodzenia, że w sytuacji gdy zamawiający wyłączył część prac z zakresu umowy to ewentualna kara umowna winna być liczona od tego zmniejszonego zakresu. Zarzut ten byłby uzasadniony o ile istotnie doszłoby do zmiany treści umowy. W postanowieniach § 10 umowy stwierdzono, że wszelkie zamiany umowy mogą nastąpić pod rygorem nieważności na piśmie. Poza sporem jest, że strony umowy nie dokonały jej zamiany postanowień w sposób przewidziany § 10 zastrzegającym formę pisemną pod rygorem nieważności a powód jednostronnie ograniczył zakres prac. Poza zakresem niniejszego sporu leży skuteczność tego wyłączenia, która wobec odstąpienia od umowy ma już drugorzędne znaczenie. Podstawą zatem naliczenia kary umownej jest wartość umowy określona jej § pkt.2.

Powyższe wątpliwości sprawiły, że apelacja na zasadzie art. 385 kpc podlegała oddaleniu.

Na podstawie art. 98 § 1 kpc w zw. z § 6 ust. 7 i § 13ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września w sprawie opłat za czynności adwokacie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348 z póź. zm.) Sąd Apelacyjny zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 5400 złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.