

**Sygn. akt VI GC 226/13**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 października 2014r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie Wydział VI Gospodarczy

w składzie:

**Przewodniczący: SSO Barbara Frankowska**

**Protokolant: st. sekr. sądowy Małgorzata Zawilo**

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2014r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: **Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w P.**

przeciwko: **Park Handlowy (...) Sp. z o.o. Sp. k. w R.**

o **zapłatę**

I. **z a s ą d z a** od pozwanego P. Handlowy R. (...) Sp.

z o.o. Sp. k. w R. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w P. reprezentowanego przez Syndyka masy upadłości kwotę 14.710.046,77 zł (czternaście milionów siedemset dziesięć tysięcy czterdzieści sześć złotych 77/100) z ustawowymi odsetkami od kwoty:

- 2.035.774,91 zł od dnia 26 maja 2012 r.

- 2.454. 465,00 zł od dnia 20 czerwca 2012 r.

- 2.000.000,00 zł od dnia 22 maja 2013 r.

- 500.000,00 zł od dnia 13 czerwca 2013 r.

- 7.719.806,86 zł od dnia 22 października 2013r. do dnia zapłaty,

II. **o d d a l a** powództwo w pozostałym zakresie,

III. **z a s ą d z a** od pozwanego P. Handlowy R. (...) Sp.

z o.o. Sp. k. w R. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej w P. reprezentowanego przez Syndyka masy upadłości kwotę 100.830,03 zł (sto tysięcy osiemset trzydzieści złotych 3/100) tytułem kosztów procesu,

IV. **n a k a z u j e** pobrać od pozwanego Park Handlowy (...) Sp. z o.o. Sp. k. w R. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwotę 624,06 zł (sześćset dwadzieścia cztery złote 6/100) tytułem brakującej zaliczki na wydatki.

Sygn. akt VI GC 226/13

# UZASADNIENIE

## **wyroku z dnia 29 października 2014 r.**

Powód Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka z o.o. w P. (dalej: R.), pozwem z dnia 17 października 2012 r., wniósł o zasądzenie od pozwanego Park Handlowy (...) Spółki z o.o. Spółki komandytowej w R. (dalej: (...)) kwoty 4.490.239,91 zł z ustawowymi odsetkami od kwot i dat wskazanych w pozwie oraz kosztami procesu. Swoje roszczenie powód wywiódł z tytułu reszty wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, na podstawie zawartego z pozwanym oraz z R. P. (1) – Firma (...) w R. porozumienia z dnia 18 listopada 2011 r., określającego zasady dokończenia robót rozpoczętych na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 27 września 2010r. oraz zasad dokonania wzajemnych rozliczeń dotychczas wykonanych prac.

W uzasadnieniu pozwu powód wyjaśnił, że wykonał określony porozumieniem zakres prac budowlanych, co zostało potwierdzone certyfikatami płatności nr (...) z dnia 11 maja 2012 r. i nr (...) z dnia 8 czerwca 2012 r. Na tej podstawie powód wystawił faktury VAT nr (...) i nr (...).

Pozwany pismami z dnia 13 czerwca 2012 r. i 20 czerwca 2012 r. złożył nieskuteczne oświadczenia o potrąceniu kar umownych wliczonych na kwotę 32.100.000 zł z wierzytelnościami powoda z faktur (...). Nieskuteczność oświadczeń o potrąceniu wynika z faktu, że w dacie złożenia tych oświadczeń obowiązywała umowa cesji wierzytelności pozwanego z tytułu m.in. porozumienia z 18 listopada 2011r. na rzecz Banku (...) SA, (...) Banku SA oraz (...) Banku (...). Cesja zwrotna nastąpiła dopiero w dniu 13 lipca 2012 r. Natomiast powód w związku z brakiem zapłaty w/w faktur oraz brakiem przystąpienia przez pozwanego, bez uzasadnionej przyczyny, do odbioru wykonanych przez powoda prac, przy jednoczesnej zwłoce w tym zakresie przekraczającej okres 7 dni, działając na podstawie § 6 ust. 3 pkt d porozumienia z dnia 18 listopada 2011r. odstąpił od porozumienia i naliczył karę umowną.

Kwoty dochodzone pozwem uwzględniają wcześniejsze rozliczenia oraz dokonanie częściowej cesji wierzytelności.

W dniu 10 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w R.VI Wydział Gospodarczy wydał w sprawie nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, sygn. akt. VI GNc 618/12 (k. 94).

Pozwany w sprzeciwie od w/w nakazu zapłaty wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu jednocześnie przyznając fakt zawarcia umowy o roboty budowlane z dnia 27 września 2010 r., a następnie porozumienia z dnia 18 listopada 2011 r. Wskazując na uregulowania zawarte w paragrafach 1, 3 i 6 porozumienia pozwany zarzucił, że powód popadł w zwłokę z wykonaniem I etapu przedmiotu umowy, który do dnia 6 czerwca 2012r. nie został jeszcze wykonany. Na tej podstawie pozwany naliczył karę umowną w kwocie 32.100.000 zł i wystawił notę obciążeniową nr (...) przyjmując 107 dni zwłoki w wykonaniu robót i wliczając karę umowną jako 0,5 % kwoty wynagrodzenia netto 60.000.000 zł, to jest 300.000 zł za każdy dzień opóźnienia. Pozwany potwierdził fakt złożenia oświadczeń o potrąceniu pismami z dnia 13 i 20 czerwca 2012 r., a następnie pismem z dnia 23 października 2012 r.

Powód w odpowiedzi na sprzeciw, pismem z dnia 4 marca 2013 r. (k. 571 i nast.), podtrzymał żądanie pozwu w całości oraz dotychczasową argumentację, a ponadto - z ostrożności procesowej - podniósł zarzut ewentualny miarkowania kary umownej oraz nadużycia przez pozwanego prawa podmiotowego (art. 5 kc).

Sąd Rejonowy w P. V Wydział Gospodarczy postanowieniem z dnia 5 czerwca 2013 r. sygn. akt V GU 4/13 ogłosił (...) Sp. z o.o. w P. (odpis postanowienia k. 2053), co dało podstawę do zawieszenia postępowania w sprawie (postanowienie k. 2054).

Syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Sp. z o.o. w P. pismem z dnia 1 lipca 2013 r. oświadczył, że wstępuje do niniejszego postępowania (oświadczenie k. 2093), co skutkowało podjęciem postępowania w sprawie (postanowienie, k. 2095).

Powód Syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Sp. z o.o. w P. pismem z dnia 7 października 2013r. (data prezentaty k. 2140) rozszerzył powództwo o kwotę 12.219.806,86 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty:

- 1.900.000 zł od dnia 18 września 2012r.,
- 2.100.000 zł od dnia 22 maja 2012r.,
- 500.000 zł od dnia 13 czerwca 2013r. (oświadczeniem do protokołu rozprawy z dnia 15 października 2014r. sprostowano datę odsetek odnośnie roku 2013 zamiast 2012, k. 2666/XIV)
- 7.719.806,86 zł od dnia rozszerzenia powództwa do dnia zapłaty.

Powód wyjaśnił, że na rozszerzone żądanie pozwu składają się następujące należności:

1. 2.000.000 zł tytułem kary umownej należnej upadłemu w związku z odstąpieniem od porozumienia z dnia 18 listopada 2011r. z przyczyn leżących po stronie pozwanego. W tym zakresie powód powołał się na oświadczenie i na notę księgową przy piśmie z dnia 4 września 2012 r. Odsetki od tej kwoty powód policza od kwoty 1.900.000 zł od ósmego dnia od otrzymania przez pozwanego oświadczenia i noty obciążeniowej w związku z siedmiodniowym terminem do zapłaty, to jest od 18 września 2012 r. oraz od kwoty 100.000 zł od 22 maja 2013 r., tj. od daty otrzymania przez pozwanego informacji o zwrotnym przeniesieniu na rzecz upadłego części wierzytelności;
2. 500.000 zł stanowi kaucję zatrzymaną przez pozwanego na podstawie postanowienia § 4 ust. 3 lit. e porozumienia z dnia 18 listopada 2011r., która powinna zostać zwrócona w terminie 12 miesięcy od odbioru końcowego, a który nastąpił 12 czerwca 2012 r. Dlatego powód policza odsetki od 13 czerwca 2013 r. (po sprostowaniu daty – k. 2666/XIV);
3. 2.000.000 zł stanowi wynagrodzenie za roboty objęte fakturą VAT nr (...) oraz część wynagrodzenia za roboty budowlane objęte fakturą VAT nr (...). Powód wyjaśnił, że należność z faktury VAT nr (...) w całości oraz z faktury VAT nr (...) w części przelana została przez upadłego na rzecz (...) Sp. z o.o. w P. na podstawie umowy cesji z dnia 27 września 2012 r., o której to cesji pozwany został zawiadomiony. Dnia 20 grudnia 2012 r. upadły stał się na powrót wierzycielem pozwanego w związku z odstąpieniem od umowy cesji na podstawie oświadczenia z dnia 20 grudnia 2012 r.;
4. 4.305.000 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie tzw. gospodarki wodnej. Przedmiotowe prace zostały przez upadłego wykonane i doręczony został upadłemu certyfikat płatności częściowej nr (...) z dnia 12 czerwca 2012 r. Świadcstwo płatności nie zostało podpisane przez strony, bo pozwany dokonał w nim odliczeń, których upadły nie uznawał, m.in. w kwocie 105.000 zł odnośnie wykonania spornych robót. Natomiast rozliczenie robót, stanowiące załącznik do świadectwa płatności, zostało podpisane przez administratora ze strony Grupy (...) SA. W konsekwencji upadły nie wystawił pozwanemu faktury VAT, ale dokumentacja wskazuje, że roboty zostały przez upadłego wykonane za co przysługuje mu wynagrodzenie. Powód nie akceptuje natomiast obniżenia wynagrodzenia dokonanego przez pozwanego;
5. 1.968.000 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie ślimaka od strony wiaduktu wraz ze stropem nad nim. Odnośnie tych prac również doręczony został certyfikat płatności częściowej nr (...) z dnia 12 czerwca 2012r., niepodpisany przez strony z uwagi na nieakceptowane przez upadłego odliczenia dokonane przez pozwanego, w tym w zakresie kwoty 48.000 zł. Natomiast rozliczenie robót, stanowiące załącznik do świadectwa płatności, zostało podpisane przez administratora ze strony Grupy (...) SA. W konsekwencji upadły nie wystawił pozwanemu faktury VAT, ale dokumentacja wskazuje, że roboty zostały przez upadłego wykonane, za co przysługuje mu wynagrodzenie. Powód nie akceptuje natomiast obniżenia wynagrodzenia dokonanego przez pozwanego;

6. 1.230.000 zł tytułem wynagrodzenia za uporządkowanie placu budowy wokół i wewnątrz budynku itd. zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 3 lit. b tiret 6 porozumienia. Z przewidzianej w porozumieniu kwoty 2.000.000 zł netto pozwany zapłacił upadłemu 1.000.000 zł, a następnie obniżył wynagrodzenie o kwotę 7.000 zł netto uzależniając wystawienie certyfikatu płatności od zaakceptowania tego obniżenia wynagrodzenia. Pozwany nie zgodził się na obniżenie wynagrodzenia, nie podpisał protokołu odbioru i w konsekwencji nie wystawił faktury VAT obejmującej zakres tych prac;

7. 216.806,86 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe w zakresie dodatkowych elementów żelbetowych oraz wycięć w stropach żelbetowych. Prace zostały wykonane na podstawie zlecenia (...). Następnie dokonano odbioru robót protokołem z dnia 28 sierpnia 2012r., wystawiono przejściowe świadectwo płatności nr (...)/05/2012/Z bez potrąceń, lecz pozwany w samym certyfikacie potrącił kwotę 50.897,83 zł netto, z którym to obniżeniem wynagrodzenia upadły nie zgadza się.

Pozwany w odpowiedzi na rozszerzenie żądania pozwu (k. 2223-2226/XII) wniósł o oddalenie zmienionego powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu zgłaszając poniższe zarzuty co do poszczególnych należności:

Ad 1. - 2.000.000 zł tytułem kary umownej w związku z odstąpieniem przez powoda od porozumienia z dnia 18 listopada 2011 r. – według pozwanego nie nastąpiła żadna z przyczyn wymienionych w § 6 ust. 3 lit. a do d, uzasadniających odstąpienie przez upadłego od porozumienia. Zapłata spornych należności nastąpiła poprzez kompensatę, co oznacza, że nie zaszedł przypadek określony lit. c w/w uregulowań;

Ad 2. - 500.000 zł - pozwany nie kwestionuje roszczenia o zwrot kaucji, zarzuca jednak, że rozliczenie nastąpiło przez kompensatę dokonaną oświadczeniem o potrąceniu z dnia 14 października 2013 r.

Ad 3. - 2.000.000 zł, na którą składają się należności z faktury VAT (...) w całości (1.848.774,91 zł) oraz faktury VAT nr (...) w części (151.225,09 zł) - według pozwanego należność została rozliczona poprzez oświadczenie o potrąceniu z dnia 13 czerwca 2012r.

Ad 4. - 4.305.000 zł – wynagrodzenie z tytułu wykonania tzw. gospodarki wodnej – pozwany uznał powyższe roszczenie do kwoty 4.200.000 zł, zarzucając obniżenie wynagrodzenia o kwotę 105.000 zł, jako 3 % wartości robót zgodnie z przejściowym świadectwem płatności nr (...) z dnia 12 czerwca 2012 r. Uznana kwota została rozliczona w wyniku kompensaty na podstawie oświadczenia z dnia 14 października 2013 r.;

Ad 5. - 1.968.000 zł – wynagrodzenie za wykonanie ślimaka od strony wiaduktu – pozwany uznał powyższe roszczenie do kwoty 1.920.000 zł jednocześnie zarzucając obniżenie wynagrodzenia z powodu nieusuwalnych wad na kwotę 48.000 zł na podstawie świadectwa płatności nr (...) z dnia 12 czerwca 2012 r. Uznana kwota została rozliczona w wyniku kompensaty na podstawie oświadczenia z dnia 14 października 2013 r.;

Ad 6. - 1.230.000 zł – wynagrodzenie z tytułu uporządkowania placu budowy – pozwany uznał roszczenie do kwoty 1.223.000 zł oraz powołał się na obniżenie wynagrodzenia z powodu określonego w świadectwie płatności. Uznana przez pozwanego kwota została rozliczona w wyniku kompensaty na podstawie oświadczenia z dnia 14 października 2013r.;

Ad 7. - 216.806,86 zł - pozwany uznał roszczenie do kwoty 154.202,53 zł oraz zarzucił, że obniżenie wynagrodzenia nastąpiło z powodu niezakończenia prac przez upadłego i konieczności wprowadzenia wykonawstwa zastępczego. Z tytułu wykonawstwa zastępczego została zapłacona (...) Sp. z o.o. kwota 51.045 zł, zaś (...) Sp. z o.o. kwota 11.559,33 zł. O powyższe kwoty pozwana spółka obniżyła wynagrodzenie powoda. Uznana kwota została rozliczona w wyniku kompensaty na podstawie oświadczenia z dnia 14 października 2013 r.

Pozwany wyjaśnił nadto, że w dniu 3 września 2013r. zgłosił wierzytelność do masy upadłości w postępowaniu upadłościowym, a po zapoznaniu się ze zgłoszonymi żądaniami z tytułu rozszerzonego powództwa złożył oświadczenie o potrąceniu z dnia 14 października 2013 r.

W dalszym toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

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

W dniu 27 września 2010 r. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka z o.o., jako wykonawca oraz pozwany, jako zamawiający zawarli umowę o roboty budowlane na podstawie, której R. przyjął do wykonania realizację stanu surowego otwartego budynku (...) zgodnie z projektem budowlanym zatwierdzonym decyzją Prezydenta Miasta R. z dnia 6 sierpnia 2010 r. (umowa, k. 6 i nast.). Strony ustaliły wynagrodzenie w wysokości 65.000.000 zł netto (§ 4 umowy), zaś termin realizacji przedmiotu umowy na 11 miesięcy od dnia przekazania placu budowy według warunków opisanych w § 5 umowy.

Na tle realizacji powyższej umowy strony popadły w konflikt, który opisały w preambule do porozumienia zawartego w dniu 18 listopada 2011r. (porozumienie, k. 16 i nast.), polubownie załatwiającego sprawę. Strony zgodnie przyjęły, że celem tego porozumienia jest w pierwszej kolejności dążenie do terminowego zakończenia robót budowlanych oraz dokonanie wzajemnych rozliczeń wynikających z dotychczas wykonanych wszystkich prac oraz prac określonych w porozumieniu. Mając to na względzie strony uchylily wszystkie postanowienia umowy nie objęte tym porozumieniem i ustaliły, że przedmiotem porozumienia jest wykonanie prac szczegółowo opisanych w § 1 porozumienia w dwóch etapach. Etap I obejmował wykonanie wszystkich prac wymienionych w umowie z dnia 27 września 2010 r. oraz robót dodatkowych, które mają być wykonane w oparciu o projekt budowlany zatwierdzony decyzją z dnia 6 sierpnia 2010 r. i projekt wykonawczy branży konstrukcyjnej (...). P., opracowany na zlecenie wykonawcy, stanowiący załącznik nr 2 do porozumienia, oraz zamienny projekt budowlany opracowany na zlecenie zamawiającego przez w/w (...), stanowiący załącznik nr 3 do porozumienia, a także dokumentację architektoniczną zamienną stanowiącą załącznik nr 4. Dokumentacje powyższe odzwierciedlają zmiany w stosunku do projektu budowlanego zatwierdzonego decyzją z dnia 6 sierpnia 2010r., które już zostały wykonane jak również te, które miały być wykonane (§ 1 ust. 1-3). Etap II obejmował roboty budowlane nieprzewidziane umową z dnia 27 września 2010r., które dotyczą tzw. gospodarki wodnej oraz wychodzącej poza obrys zewnętrzny budynku części ślimaka zewnętrznego wraz ze stropem nad nim. Prace obejmowały również wykopy na poziomie minus 6, wykonanie szczelnych ścianek – tzw. biała wanna na zbiorniki p.poż. (§ 1 ust. 1 i 4). W § 3 ustalono termin wykonania Etapu I do 31 stycznia 2012 r., na warunkach opisanych w ust. 3, i terminy wykonania Etapu II w dwóch datach: do 15 marca 2012r. (część minus 1), do dnia 31 marca 2012r. (zakres opisany w ust. 5) na warunkach § 3 ust. 6. Jednocześnie strony zastrzegły, że występowanie temperatur poniżej minus 12<sup>o</sup> C, mierzonej o 8:00, przesuwają termin wykonania umowy o termin ich występowania. Płatność ustalonego wynagrodzenia na kwotę 60.000.000 zł netto uregulowano w § 4 porozumienia. Zapłata następować miała na podstawie faktur VAT wraz z dołączonymi protokołami odbioru, z terminem płatności 7 dni od doręczenia, z wyjątkiem kwoty 4.000.000 zł (pierwsza wpłata), której płatność wynosiła 2 dni robocze (§ 4 ust. 4). Powyższe kwoty miały być powiększone o podatek VAT (ust. 7). W przypadku gdy zgłoszone do odbioru roboty miały wady zamawiający w terminie 2 dni miał ustalić ich zakres, a wykonawca był zobowiązany do ich usunięcia w wyznaczonym terminie nie dłuższym niż 14 dni roboczych (§ 4 ust. 6).

Strony przyjęły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną m.in. w przypadku zwłoki wykonawcy w wykonaniu każdego etapu robót – w wysokości 0,5% wynagrodzenia ryczałtowego netto za każdy dzień zwłoki (§ 6 ust. 1 a porozumienia), zaś wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, m.in. jeżeli zamawiający nie przystąpi bez uzasadnionych przyczyn do odbioru wykonanych prac, a zwłoka wynosi powyżej 7 dni oraz jeżeli opóźnienie w zapłacie faktur wynosi powyżej 14 dni. W przypadku odstąpienia od umowy z winy zamawiającego wykonawca ma prawo naliczyć karę umowną wynoszącą 2.000.000 zł (§ 6 ust. 3 lit. a, c i d).

Wykonawcy wraz z porozumieniem wydano zamienny projekt budowlany na płycie CD, który nie był jeszcze opracowany w wersji ostatecznej.

Projekt zamienny był podstawą do wystąpienia przez pozwanego z wnioskiem z dnia 7 grudnia 2011r. o zmianę pozwolenia na budowę, przy czym wniosek był korygowany jeszcze w dniu 20 grudnia 2011r. (uzasadnienie decyzji,

k. 136). Wniosek został uwzględniony decyzją nr (...) z dnia 5 stycznia 2012r. (decyzja, k. 134-138), która stała się ostateczną w dniu 20 stycznia 2012 r.

(k. 138). Projekt budowlany zamienny był wykonany na dzień 7.12.2011r., a projekty wykonawcze w poszczególnych branżach były wykonane w komplecie do kwietnia 2012r. (opinia biegłego, k. 2409)

Powód realizował roboty w oparciu o dołączone do porozumienia dokumenty w postaci załączników od 1 do 4 (k. 22-23) oraz udzielane na bieżąco wytyczne architektoniczne. Obie strony zgodnie realizowały inwestycję w sposób odbiegający od warunków zawartych w aktualnej decyzji pozwolenia na budowę z dnia 6 września 2010r., co wprost wynika z treści porozumienia.

W dniu 23 grudnia 2011r. pozwany zawarł z Grupą (...) SA w K. (dalej: (...)) umowę o wykonanie usług kierowania i pełnienia nadzoru nad realizowaną inwestycją (umowa k. 246/II i nast.). W ramach tej umowy (...) zobowiązane było m.in. do sporządzenia tzw. raportu otwarcia - sprawdzenia stanu technicznego robót budowlanych wykonanych do dnia zawarcia umowy i raportu jakościowego – do dnia 31 stycznia 2012r. (§ 2 ust. 1 pkt 1.1.). Raport ten został opracowany. Z jego treści wynika, że według stanu na dzień 1 lutego 2012r. zawansowanie robót etapu I wynosiło 99,11%, zaś robót globalnie 97,41%. Brakujące 0,89% robót I etapu wynikało z faktu nie zakończenia projektów wykonawczych architektury i instalacji, a w konsekwencji zakończenia projektu wykonawczego konstrukcji (pismo z dnia 1.02.2012 r. wraz z załącznikiem, k. 650 – 654; pismo firmy (...), k. 679; opinia biegłego, k. 2408). Istotne jest również, że wykonanie niektórych robót wiązało się nierozłącznie z obydwojema etapami robót, jak np. wykonanie ślimaka (zeznania świadków: M. S. k. 2186, D. M. k. 2186/b, A. S. k. 2356).

Powód nie był w zwłoce z wykonaniem I Etapu. Zakończenie robót I Etapu nastąpiło w terminie przy uwzględnieniu wydłużenia go o 20 dni czasu realizacji uzasadnionego niskimi temperaturami oraz braku możliwości kontynuowania robót w 0,89% z przyczyn j/w (zeznania świadka M. S. k. 2185/XI; D. M. k. 2186/b, A. S. k. 2356/XII, opinia pisemna i ustna biegłego k. 2408 i 2524-2525).

Główną przyczyną opóźnienia zakończenia prac budowlanych określonych jako etap II była konieczność dokonania zmian w projekcie wykonawczym zamiennym (w branżach: architektury, instalacji i konstrukcji), wynikająca z potrzeby dostosowania fundamentów zachodniego fragmentu budynku do panujących na działce trudnych warunków gruntowo - wodnych oraz faktu wykonania pozostałej części budynku.

Największą zmianą w projekcie budowlanym zamiennym dokonaną po 18.11.2011r. była zmiana posadowienia zachodniego fragmentu budynku objętego etapem II robót według porozumienia. W efekcie tej zmiany komplet rysunków niezbędny do wykonania II etapu prac powstał w kwietniu 2012 r. (opinia biegłego wraz z dokumentami w niej wskazanymi, k. 2409, zeznania świadków; M. S. k.2185/XI, D. M. k. 2186/XI)

Bez kompletnej dokumentacji wykonawczej zamiennej w branży architektonicznej i instalacyjnej nie jest możliwe wykonanie kompletnego projektu wykonawczego konstrukcji, a w konsekwencji nie było możliwe wykonanie wszystkich prac budowlanych.

Opóźnienie prac budowlanych spowodowane opóźnieniem w wykonaniu kompletnej dokumentacji wykonawczej zamiennej (fragmentu zachodniego ze zbiornikami ppoż. we wszystkich branżach projektowych) wynosiło ok. 3- 4 miesiące przy założeniu, że dokumentacja była sukcesywnie przekazywana na budowę.

Do opóźnienia prac budowlanych przyczynił się również źle zorganizowany cały proces budowlany, a w szczególności źle zorganizowany sposób wykonywania projektów budowlanych i wykonawczych co spowodował m.in.: konieczność wykonywania dodatkowych otworów w wykonanych już stropach i ścianach żelbetowych lub murowanych, wyburzania już wykonanych elementów i wykonywania ich w innych miejscach, co z pewnością musiało wpłynąć na czas realizacji całości inwestycji.

Główną przyczyną opóźnień w realizacji robót budowlanych wykonywanych przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Sp. z o.o. na podstawie przedmiotowego porozumienia był niewłaściwie zorganizowany proces budowlany

przez pozwanego, a w szczególności konieczność dokonania zmian (po podpisaniu porozumienia) w projekcie wykonawczym zamiennym II etapu robót (w branżach : architektury , instalacji i konstrukcji) , wynikająca z potrzeby dostosowania fundamentów zachodniego fragmentu budynku do panujących na działce trudnych warunków gruntowo - wodnych, oraz faktu wykonania prawie w całości pozostałej części budynku (w dniu podpisania Porozumienia). W toku realizacji inwestycji okazało się bowiem konieczne przeprojektowanie wykonania zbiorników p.poż., co zrobiono na wniosek powoda. Decyzja była w pełni uzasadniona okolicznościami wyżej wskazanymi (część budynku była już wykonana, panowały trudne warunki gruntowe) (biegły w opinii podstawowej i uzupełniającej oraz ustnej, k. 2394 i nast., 2524-5, 2631 i nast., 2665).

Zwłoka w robotach budowlanych spowodowana zmianami w posadowieniu zbiorników p.poż miała bezpośredni wpływ na termin realizacji całego etapu II robót, ponieważ zbiorniki stanowią fragment konstrukcji zachodniego fragmentu budynku (zbiorniki nie są oddylatowane od reszty konstrukcji zachodniego fragmentu budynku i stanowią część konstrukcji obiektu wraz z fundamentami).

W procesie projektowym wystąpiły trudności i opóźnienia decyzyjne związane z uzgodnieniami i przekazywaniem rysunków zamiennych w branżach architektonicznej i instalacyjnej dotyczących koniecznych zmian w posadowieniu zachodniego fragmentu budynku i zbiornikach ppoż., co skutkowało dużym opóźnieniem w wykonaniu rysunków zamiennych konstrukcji fundamentów części zachodniej i zbiorników ppoż. To z kolei wstrzymało roboty budowlane na tym odcinku budowy, a w konsekwencji wydłużyło termin realizacji II etapu przewidzianego w porozumieniu. Innymi czynnikami mającymi wpływ na wydłużenie się prac budowlanych na budynku był brak zakończenia procesu projektowania całości budynku tzn. w dniu porozumienia (tj. w dn. 18.11.2011 r.) pozwany nie przekazał powodowi kompletnych projektów wykonawczych zamiennych architektury i projektów instalacyjnych (pismo R. z 29.11.2011r., k. 919/V; pismo z 28.11.2011r.; k. 921/V; pismo z 15.12.2011 r., k. 922/V; zestawienie zmian, k. 996; pismo z 02.03.2012r., k. 1453/VIII; pismo z 07.03.2012 r., k. 1608/IX; pismo z 21.06.2012r., k. 1621/IX, zeznania świadków M. S. k.2185/XI, D. M. k. 2186/XI).

Od samego początku procesu budowlanego pozwany wprowadzał zmiany w zakresie kubatury, powierzchni, elewacji, kształtu i pierwotnej funkcji wielu dużych fragmentów budynku. Proces inwestycyjny (budowa) prowadzony był w warunkach równoczesnego opracowywania nowej koncepcji i wykonywania projektu architektonicznego. W konsekwencji bezpośrednio na budowę dostarczano sukcesywnie rysunki konstrukcyjne i architektoniczne. Dodać należy, że projekty architektoniczny i konstrukcyjny były wykonywane przez dwie różne niepowiązane ze sobą jednostki projektowe, działające na zlecenie różnych podmiotów (powoda – konstrukcja, pozwanego – pozostałe branże) bez jednoznacznie określonej jednostki koordynującej, co wprost wpływało na utrudnienia w realizacji inwestycji.

Według prawa budowlanego roboty budowlane można rozpocząć najszybciej po uprawomocnieniu się pozwolenia na budowę, czyli w przedmiotowym wypadku roboty budowlane objęte projektem budowlanym zamiennym powinny rozpocząć się najszybciej w dniu 20 stycznia 2012 r., czyli dwa miesiące po podpisaniu porozumienia, a więc terminy tam określone dotyczące wykonania robót powinny zostać wydłużone o dwa miesiące (zeznania świadków B. C., k. 2187; S. G. k. 2187/XI; T. P., k. 2192; J. P., k. 2192; W. K., k. 2357; opinia biegłego k. 2404 z wymienionymi tam pismami stron, dziennik budowy k. 1013 i nast.)

W projekcie budowlanym pierwotnym i zamiennym ściany działowe w części hotelowej przewidziano jako gipsowo kartonowe. Próba zmiany tych ścian na murowane spowodowała wstrzymanie prac przy tych ściankach na ok. 14 dni. Montaż konstrukcji stalowej w salach kinowych rozpoczęto 20 października 2011 r. (dziennik budowy, k.1266), a w dniu 15.02.2012 r. (k. 1354) zgłoszono do odbioru zbrojenie stropu nad kinami (czyli ułożonymi na konstrukcji stalowej). Biorąc pod uwagę technologię wykonania zabezpieczenia dźwigarów stalowych (zdjęcie, pomalowanie i ponowny montaż) opóźniło to prace budowlane na tym odcinku o ok. 1 miesiąc pod warunkiem sprzyjających warunków atmosferycznych (opinia biegłego, k. 2415).

Pod koniec stycznia 2012r., na wniosek (...), zmieniono kierownika budowy, którą to funkcję dotychczas pełniła A. S. (2) (wyznaczona przez powoda), powierzając ją B. K. (1) (zeznania świadków D. M., k. 2186/XI; M. D., k. 2243/b/II; B. K. k. 2244/XII).

W dniu 11 maja 2012r. dokonano odbioru robót w zakresie ślimaka od strony północnej i w części środkowej budynku wraz z powierzchnią techniczną nad ślimakiem. Zgłoszenia do odbioru tych robót dokonano pismami z dnia 20.02.2012r., 27.02.2012r., 18.04.2012r., 9.05.2012r. (k. 1837/X – 1894).

W zakresie tych robót wydane zostało przejściowe świadectwo płatności nr (...) z dnia 11 maja 2012 r. (k. 28).

W dniu 11 maja 2012 r. dokonano także odbioru robót w zakresie części technicznej budynku nad parkingami z wyłączeniem powierzchni nad ślimakiem środkowym. Zgłoszenia do odbioru tych robót były objęte pismami z dnia 20.02.2012r., 9.05.2012r. (k. 1895/X – 1949) W zakresie tych robót wydane zostało przejściowe świadectwo płatności nr (...) (k. 2181).

W dniu 8 czerwca 2012 r. (k. 409/III) dokonano odbioru robót w zakresie dokończenia części kinowej. Zgłoszenia do odbioru tych robót były objęte zostały pismami z dnia 27.02.2012r., 6.04.2012r., 24.04.2012r. W zakresie tych robót zostało wydane przejściowe świadectwo płatności nr (...) (k. 30-31).

W tym miejscu zaznaczyć należy, że realizacja sali kinowej H. i dostrzeżone wady były konsultowane z przedstawicielami przyszłego najemcy. W dniu 13.04.2012r. odbyła się wizja lokalna podczas, której przedłożono najemcy dokumentację geodezyjną powykonawczą. Pismem z dnia 6 czerwca 2012r. przedstawiciele H. złożyli oświadczenie o uznaniu wykonania robót za prawidłowe (poza otworem w stropie, który należało zabudować) i braku zastrzeżeń. Wydanie przedmiotu najmu odbyło się w terminie umownym (oświadczenie k. 438-9, zeznania świadków A. M., k. 2191/XI; W. K., k. 2191/b)

W dniu 12 czerwca 2012 r. dokonano odbioru robót w zakresie stanu surowego otwartego – uporządkowania placu budowy wokół i wewnątrz budynku oraz wyplantowania terenu, co zostało udokumentowane w protokole z powyższej daty sporządzonym na tę okoliczność (k. 476/III). Zgłoszenia do odbioru tych robót dokonano pismami z dnia 2.03.2012r. i 8.06.2012r. (k. 476/2)

Powód tytułem wykonania robót objętych w/w protokołami odbioru robót i przejściowych świadectw płatności wystawił faktury VAT:

- nr (...) (k. 2180/XI) na podstawie certyfikatu płatności częściowej nr (...) (k. 2182) na kwotę do zapłaty (po uwzględnieniu kwoty wstrzymanej z tytułu złej jakości oraz poniesionej przez zamawiającego) 1.848.774,91 zł;
- nr (...) (k. 25) na podstawie certyfikatu płatności częściowej (...) (k. 28) na kwotę do zapłaty (po uwzględnieniu kwoty wstrzymanej z tytułu złej jakości) 2.187.000 zł,
- nr (...) (k. 29) na podstawie certyfikaty płatności częściowej (...) (k. 32) na kwotę do zapłaty (po uwzględnieniu kwoty poniesionej przez zamawiającego) 2.454.465 zł.

Powód oświadczeniami z dnia 23 maja 2012r. potwierdził przyjęcie do wiadomości zawiadomienia o przelewie wierzytelności pieniężnych pozwanego (...) na tle stosunków zobowiązaniowych z powodem na banki: Bank (...) SA, (...) Bank SA oraz (...) Bank Spółdzielczy (zawiadomienia oraz oświadczenia powoda k. 35-40).

Zwrotny przelew wierzytelności przysługujących z tytułu porozumienia z dnia 18 listopada 2011 r. nastąpił w dniu 13 lipca 2012 r., co w swoim oświadczeniu potwierdził (...) Bank SA (oświadczenie k. 41).

Pozwany w dniu 6 czerwca 2012r. wystawił notę obciążeniową nr (...), na podstawie której naliczył powodowi karę umowną z tytułu zwłoki w wykonaniu porozumienia z dnia 18 listopada 2011r. w kwocie 32.100.000 zł. Jednocześnie w dokumencie tym wyznaczył powodowi dwudniowy termin do zapłaty należności (nota k. 43).



Pozwany złożył następujące oświadczenia o potrąceniu wierzytelności pieniężnych pozwanego z tytułu kary umownej w kwocie 32.100.000 zł z wzajemnymi wierzytelnościami powoda z tytułu wykonania porozumienia z dnia 18 listopada 2011r.:

- z dnia 13 czerwca 2012r. (k. 33) – z fakturami VAT powoda nr (...) i (...) o łącznej kwocie 4.035.774,91 zł;
- z dnia 20 czerwca 2012r. (k. 34) – z fakturą VAT powoda nr (...) na kwotę 2.460.000 zł
- z dnia 23 października 2012r. (k. 161). Potrącenie wiązało się z cesją zwrotną banków z dnia 13.07.2012r., celem usunięcia jakichkolwiek wątpliwości dot. wzajemnych rozliczeń stron. Oświadczeniem objęto wierzytelność wzajemną w kwocie 4.490.239,91 zł z faktur VAT (...).
- z dnia 14.10.2013r. (k. 2227). Potrącenie dotyczy należności powoda w łącznej kwocie 7.883.211,32 zł wynikającej z rozszerzonego żądania pozwu obejmującego należność główną w kwocie 7.843.000 zł i odsetki wyszczególnione w oświadczeniu.

Powód zakwestionował zasadność i skuteczność potrącenia pismem z dnia 2.07.2012r. (k. 46) oraz stanowiskiem końcowym wyartykułowanym na zakończenie procesu (rozprawa z dnia 15.10.2014r.).

Należność z faktury VAT nr (...) w całości oraz z faktury VAT nr (...) w części przelana została przez upadłego na rzecz (...) Sp. z o.o. w P. na podstawie umowy cesji z dnia 27 września 2012 r., o której to cesji pozwany został zawiadomiony (pismo z dnia 27.09.2012 r., k. 159). Dnia 20 grudnia 2012 r. upadły stał się na powrót wierzycielem pozwanego w związku z odstąpieniem od umowy cesji na podstawie oświadczenia z dnia 20 grudnia 2012 r. (k. 2147). Na tej podstawie poinformowano pozwanego o zwrotnym przelewie wierzytelności pismem z dnia 26.04.2013r., które doręczono pozwanemu w dniu 21.05.2013r. (k. 2148).

Powód pismem z dnia 4 września 2012r. (k. 53), na podstawie § 6 ust. 3 pkt 3 a i b porozumienia, złożył oświadczenie o odstąpieniu od porozumienia z dnia 18 listopada 2011r. z uwagi na nieuregulowanie przez pozwanego należności wynikających z faktur VAT nr (...), przy jednoczesnej bezskuteczności oświadczenia o potrąceniu należności wynikających z tych faktur oraz braku przystąpienia bez uzasadnionej przyczyny do odbioru wykonywanych robót, przy jednoczesnej zwłoce w tym zakresie przekraczającej 7 dni. W związku z oświadczeniem o odstąpieniu od porozumienia powód wystawił pozwanemu notę obciążeniową nr 1/09/2012 z dnia 4.09.2012r. (k. 55) na kwotę 2.000.000 zł zgodnie z § 6 ust. 3 pkt d.

Postanowieniem z dnia 5 czerwca 2013 r. Sąd Rejonowy w Przemyślu ogłosił wobec Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. w P. upadłość obejmującą likwidację jego majątku, sygn. akt V GU 4/13 (k. odpis postanowienia, k. 2053). Pismem z dnia 28 czerwca 2013 r. Syndyk masy upadłości złożył oświadczenie o wstąpieniu do postępowania (k. 2093). Natomiast pozwany pismem z dnia 3 września 2013r. (k. 2229 i nast.) zgłosił wierzytelność w postępowaniu upadłościowym na łączną kwotę 28.773.444,30 zł (należność główna i odsetki).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dowodów z dokumentów wyszczególnionych w postanowieniu z dnia 9 października 2013 r. oraz 8 września 2014 r., które uznał za wiarygodne w zakresie, jaki wyznaczają im przepisy art. 244 i 245 k.p.c. Przedmiotowe dokumenty nie były bowiem kwestionowane przez strony w zakresie ich prawdziwości.

Sąd poczynił również ustalenia faktyczne na podstawie opinii biegłego A. S. (3) (podstawowej, uzupełniającej i ustnych). Opinie te Sąd uznał za rzetelne, logiczne, sporządzone w granicach jego specjalizacji, w sposób wyczerpujący i w zakresie mu zleconym. Biegły ustosunkował się szczegółowo do zarzutów strony udzielając wyczerpujących i logicznych odpowiedzi, w zrozumiałym sposób uzasadnił wnioski końcowe.

Sąd pominąć zeznania świadków M. F. bowiem nie miał on wiedzy o realizacji porozumienia, gdyż był na budowie do lipca 2011r.; a także J. P. – jego zeznania były ogólnikowe, nie pamiętał szczegółów sprawy.

Z analogicznych powodów jak wyżej pominięto dowód z zeznań T. B., Z. S., A. C. - pracowników (...) SA (nie wykonywali robót po zawarciu porozumienia).

Zeznania świadków P. S., M. S. były zaś nieistotne bo dot. przekroczenia linii zabudowy, wadliwego tyczenia, co nie ma bezpośredniego związku z porozumieniem.

Także zeznania A. L. i M. W. nic znaczącego nie wniosły do sprawy.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadków M. S., D. M., B. C., S. G., A. M., W. K., T. P., J. P., W. K., A. S. – co do twierdzeń o dużej ilości zmian projektowych i konieczności oczekiwania na dokumentację, jak też zazębienia się niektórych robót w obydwu etapach. Osoby te były bezstronne (podwykonawcy). Treść ich zeznań był spójna i logiczna, a przy tym korespondowała z pozostałym materiałem dowodowym z dokumentów oraz z zeznaniami innych świadków.

Na walor wiarygodności zasługują zeznania świadków:

W. M. co do okoliczności rozpoczęcia współpracy projektanta z konstruktorami,

W. S., co do zmian projektowych, które utrudniały realizację terminową inwestycji (inny budynek miał być realizowany, a inny faktycznie budowano).

Za wiarygodne Sąd uznał także zeznania świadków M. D.

i B. K., co do zmiany kierownika budowy albowiem były one logiczne i spójne.

Za niewiarygodne Sąd uznał zeznania świadków M. C., M. D. i S. G., co do twierdzeń o nieprawidłowym przygotowaniu powoda do realizacji inwestycji. Zeznania w/w osób w tej części pozostają bowiem w sprzeczności z całokształtem dowodów w sprawie, z których wynika, że to pozwany nie był przygotowany do realizacji przedmiotowej inwestycji, zwłaszcza od strony projektowej.

Na wiarę nie zasługują natomiast zeznania:

R. P., który twierdził, że po 18 listopada 2011 r. nie było zmian w projekcie. Z opinii biegłego wynika bowiem, że inny budynek był zaprojektowany a inny realizowano, niezgodnie z pozwoleniem na budowę, że powód był nieprzygotowany do realizacji inwestycji;

przesłuchanego za powoda P. B., który twierdził, że po zawarciu spornego porozumienia nie było zmian projektowych, a te które były zostały zainicjowane przez powoda tylko w jego interesie. Przeczy temu zgromadzony materiał dowodowy, w szczególności opinia biegłego, potwierdzający konieczność przeprojektowania zbiornika p.poż.

Sąd Okręgowy oddalił wnioski pozwanego o przeprowadzenie dowodu z kolejnej opinii bowiem opinia sporządzona w sprawie przez biegłego A. S. (4) jest wiarygodna, rzetelna i wystarczająca dla rozstrzygnięcia sprawy. Nadto opinia biegłego dla oceny sposobów koordynacji budów była zbędna wobec zbyt ogólnikowego sformułowania tezy dowodowej, co było nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd oddalił także (postanowienie z dnia 9 października 2013 r.) dowód z zeznań świadków: M. K., S. G. (3), S. C. i J. J. – na okoliczności wskazane przez powoda w punktach 9-12 pisma z dnia 25.04.2013 r. (k. 2020) – jako zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro świadkowie nie prowadzili robót po zawarciu przez strony porozumienia z dnia 18.11.2011r.; L. B., który z uwagi na stan zdrowia nie może stawić się w tut. Sądzie, a okoliczności, na które jest powołany częściowo są zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy (dot. uwarunkowań geologicznych), a w pozostałym zakresie wykazywane zeznaniami kilku innych świadków.

Oddalono także wnioski o przeprowadzenie dowodów z dokumentów dotyczących realizacji inwestycji za okres do dnia zawarcia porozumienia z dnia 18.11.2011r., a to: zawnioskowanych przez powoda w piśmie z dnia 4.03.2013 r. o numerze:

1. 08-29 - notatki z porad koordynacyjnych zalegających na kartach 688 –742/t.IV;
  2. 31-66 i 72 – korespondencja e-mail (k. 745/t. IV – 811/t.V oraz 822),
  3. 95-105 – korespondencji zawartej w pismach od 1.12.2010 r. do 14.11.2011 r. (k.884-918/V),
  4. 111- pisma z dnia 6.09.2010 r. - k. 943,
  5. 120 – protokołu przekazania budowy z dnia 27.09.2010 r. (k. 999-1000/V),
  6. 122 – dzienników budowy tom I-V - wpisów w dzienniku budowy za okres od 27.09.2010r. do 17.11.2011r. (k. 1013/VI- (...)),
  7. 157 - informacje o zasobach ludzkich powoda,
  8. 158 – pisma powoda z dnia 28.09.2011 r., 159 – pisma powoda z dnia 16.09.2011 r.,
  9. 161- listy wyposażenia powodowego przedsiębiorstwa (k. 1536/t.VIII do (...)),
  10. 162 - środków trwałych powodowej Spółki (k. 1571-1607/t. IX)
- jako nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 kpc).

Sąd oddalił także wnioski dowodowe pozwanego z korespondencji z podwykonawcami powoda, a to: S.C. (...). T. i J. L., P. S. (2), T. B. (2), s.c M. U. i D. K., J. R., S. K., (...) SA (k. 1760/t.IX- (...).X) - jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Postanowieniem z dnia 8 września 2014 r. (pkt. 6 i 7) Sąd oddalił również

wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z uzupełniającego przesłuchania świadków J. P. (3) i Z. S. (2) na okoliczność jak w tezie dowodowej zawartej w piśmie datowanym na 29.07.2014r. wobec ich zbędności.

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

Powód Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Sp. z o.o. w pierwotnym żądaniu pozwu domagał się zasądzenia od pozwanego Park Handlowy (...) Sp. z o.o. Sp. k. kwoty 4.490.239,91 zł wraz z ustawowymi odsetkami. Po wstąpieniu do sprawy Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Sp. z o.o. w P. pismem z dnia 7 października 2013r. (data prezentaty k. 2140) rozszerzył on powództwo o kwotę 12.219.806,86 zł z ustawowymi odsetkami, na które składają się poniższe należności:

1. 2.000.000 zł tytułem kary umownej należnej upadłemu w związku z odstąpieniem od porozumienia z dnia 18 listopada 2011r. z przyczyn leżących po stronie pozwanego (oświadczenie i nota księgową przy piśmie z dnia 4 września 2012 r.);
2. 500.000 zł - kaucja zatrzymana przez pozwanego na podstawie postanowienia § 4 ust. 3 lit. e porozumienia z dnia 18 listopada 2011r.;
3. 2.000.000 zł - wynagrodzenie za roboty objęte fakturą VAT nr (...) oraz część wynagrodzenia za roboty budowlane objęte fakturą VAT nr (...);
4. 4.305.000 zł – wynagrodzenie za wykonanie tzw. gospodarki wodnej (certyfikat płatności częściowej nr (...) z dnia 12 czerwca 2012 r.);
5. 1.968.000 zł - wynagrodzenie za wykonanie ślimaka od strony wiaduktu wraz ze stropem nad nim (certyfikat płatności częściowej nr (...))

z dnia 12 czerwca 2012r.);

6. 1.230.000 zł - wynagrodzenie za uporządkowanie placu budowy wokół i wewnątrz budynku, itd. zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 3 lit. b tiret 6 porozumienia;

7. 216.806,86 zł - wynagrodzenie za roboty dodatkowe w zakresie dodatkowych elementów żelbetowych oraz wycięć w stropach żelbetowych (zlecenia (...), protokół odbioru robót z dnia 28 sierpnia 2012r., przejściowe świadectwo płatności nr 1/ (...)(...)).

Pozwany w toku sprawy powołując się na § 1, 3 i 6 porozumienia wywodził, że powód popadł w zwłokę z wykonaniem I etapu przedmiotu umowy wobec czego naliczył karę umowną w kwocie 32.100.000 zł oraz wystawił notę obciążeniową nr (...).

W odpowiedzi na rozszerzenie powództwa pozwany uznał w znacznej części należności powoda jednocześnie jednak podniósł zarzut ich kompensaty z wzajemnymi wierzytelności, co jego zdaniem skutkowało umorzeniem wierzytelności powoda w całości. W konsekwencji wniósł o oddalenie powództwa w całości.

Należności z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót objętych fakturami VAT nr (...) oraz objęte rozszerzeniem na tzw. gospodarkę wodną, ślimaka, uporządkowanie terenu i kaucję zabezpieczającą w niniejszym procesie są zatem bezsporne (poza drobnymi zastrzeżeniami odnośnie odliczeń z tytułu wad i wykonania zastępczego). Stosownie zatem do treści przepisu 6 k.c. pozwany powinien wykazać zasadność dokonanych odliczeń z tytułu wad i podstaw do wykonania zastępczego. Pozwany jednak w toku procesu nie powołał się na żadne dowody w tym zakresie, z wyjątkiem Przejściowych Świadectw Płatności i faktury vat nr (...) z dnia 6.08.2012r. wystawionej pozwanemu przez (...) Sp. z o.o. (k. 2232), które w ocenie Sądu są niewystarczające wobec zakwestionowania przez powoda zasadności obniżenia wynagrodzenia za te roboty i podstaw do zlecenia zastępczego wykonania robót. Nie ma podstaw do przyjęcia, że faktury firm (...) dotyczą robót zleconych powodowi, skoro (...) potwierdziło wykonanie ich w całości przez powoda w certyfikacie (...)/(...) (k. 2155).

W konsekwencji powód wykazał więc zasadność powództwa z wyjątkiem jednak należności z tytułu naliczonej kary umownej w kwocie 2.000.000 zł.

W tym miejscu należy wskazać, że zawarte przez strony porozumienie z dnia 18 listopada 2011r. zakładało w preambule wspólne dążenie do celu podstawowego i priorytetu dla obydwu stron, jakim było terminowe zakończenie robót. Termin zakończenia robót przyjęty przez strony w porozumieniu był raczej życzeniowy dla obydwu stron, aniżeli realnie możliwy do dotrzymania w okolicznościach niniejszej sprawy zważywszy na sposób realizacji inwestycji.

Warunki realizacji inwestycji były akceptowane przez obie strony mimo, że z punktu widzenia zgodności procesu budowlanego z przepisami prawa były one niedopuszczalne. Inwestycja już od samego początku była bowiem realizowana w oparciu o projekt budowlany i ostateczne wytyczne architektoniczne realizujące inny w zamierzeniu ostatecznym obiekt niż objęty projektem budowlanym i pozwoleniem na budowę. Skutkowało to wykonywaniem robót bez kompletnej dokumentacji i prawidłowej oraz „aktualnej” decyzji administracyjnej.

Zdaniem Sądu za wzajemną współpracę na takich warunkach odpowiadają w równym stopniu obie strony skoro powód bez uprzedniego przygotowania projektowego znajdującego oparcie w pozwoleniu na budowę wykonywał roboty, zaś pozwany realizował inwestycję w warunkach samowoli budowlanej. Powyższe oznacza, że powód godził się niejako na bieżące zmiany, zaś pozwany mając swobodę decyzyjną w zakresie takich zmian wykorzystywał to do granic możliwości.

W konsekwencji powyższego, mimo że według porozumienia obie strony miały zastrzeżoną możliwość naliczania kar umownych, to jednak, zdaniem Sądu Okręgowego, w okolicznościach niniejszej sprawy żadna ze stron nie była uprawniona do ich naliczenia skoro obie godziły się na opisane wyżej warunki realizacji przedsięwzięcia.

Poza tym brak jest podstaw do naliczenia przez pozwanego kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót, gdyż z opinii biegłego w sposób dostateczny wynika, że powodowi nie można zarzucić zwłoki. Projekt zamienny znajdujący oparcie w prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę został bowiem wydany dopiero pod koniec stycznia 2012r. Dopiero od tej daty powód mógł wykonywać te roboty. Fakt, że realizował roboty wcześniej jest wyrazem założonego przez strony wspólnego dążenia zachowania za wszelką cenę (wbrew przepisom m.in. prawa budowlanego) sztywnego terminu, którym dla pozwanego był dzień otwarcia galerii. Tym bardziej, że biegły potwierdził stanowisko powoda, iż pozwany wprowadzał jeszcze zmiany do zmian, i to już po doręczeniu projektu zamiennego do porozumienia. Na podkreślenie zasługuje fakt, że nawet wniosek o zmianę pozwolenia na budowę z dnia 7.12.2011r. był zmieniany jeszcze w dniu 20 grudnia 2011 r. Zresztą nie od razu po zawarciu porozumienia pozwany występuje o zmianę pozwolenia na budowę, lecz dopiero w grudniu 2011 r. Wskazać należy także, że w efekcie końcowym pozwany dotrzymał planowany termin otwarcia galerii.

W ocenie Sądu należy uznać, że I etap był zakończony w terminie skoro roboty wykonano w 99,11% na dzień 1.02.2012r., co potwierdziło (...) w inwentaryzacji. Brak wykonania 0.89% robót było zaś wynikiem braku pełnej dokumentacji, co uniemożliwiało wykonanie kompletnego projektu wykonawczego konstrukcji i zakończenia prac budowlanych. Ponadto wynikało z faktu, że część robót „zazębiała” się na obydwa etapy robót (vide: ślimak).

Dodać należy także, że konieczność przeprojektowania zachodniej części budynku (posadowienie) i zbiorników p.poż. biegły uzasadnił w sposób logiczny i zrozumiały. Projekt zamienny nie uwzględniał wykonania w całości tylko części budynku i zakładał jakby obie części były robione jednocześnie, co wpływało na bezpieczeństwo części wykonanej. Stąd słuszne i konieczne było przeprojektowanie budynku. To z kolei wpływało na wydłużenie czasu realizacji II etapu. Jak wyżej wskazano I i II etap były zaś ze sobą powiązane przez realizację robót w zakresie ślimaka.

Także przesunięcie terminu zakończenia II etapu wynikało z przyczyn niezawinionych przez powoda. Okoliczność tę jednoznacznie potwierdza opinia biegłego, którą Sąd uznał za zupełną, wiarygodną i nie wymagającą uzupełnienia kolejnymi opiniami w kierunku wskazanym przez pozwanego.

Powód zatem w toku sprawy wykazał brak zwłoki w nieterminowym zakończeniu etapu I, co było konieczną przesłanką do naliczenia kary umownej przez pozwanego.

W konkluzji powyższego należy stwierdzić, że brak było podstaw do naliczenia przez pozwanego kary umownej w kwocie 32.100.000 zł z tytułu nieterminowego zakończenia I etapu robót, a tym samym niemożliwe było przedstawienie tej należności do potrącenia z wierzytelnościami powoda dochodzonymi w niniejszym procesie.

Na tej podstawie każde ze składanych przez pozwanego oświadczeń o potrąceniu było nieskuteczne, ponieważ pozwany nie mógł przeciwstawić powodowi wierzytelności wzajemnej.

Z tych samych przyczyn (brak podstaw do naliczenia kary umownej) nie było podstaw do rozważania, podniesionego z ostrożności procesowej, zarzutu powoda o miarkowanie kary umownej.

Rozpoznając niniejszą sprawę Sąd Okręgowy uznał, że także powód nie udowodnił, aby pozwany bez nieuzasadnionych przyczyn nie przystępował do odbioru (komisje były powoływane od razu, powód potem kolejno ponownie zgłaszał roboty do odbioru) i opóźnił się zapłacie faktur (spór co do wymagalności z uwagi na potrącenia), a tym samym aby ziszczyły się przesłanki do naliczenia przez niego kary umownej w kwocie 2.000.000 zł.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że powód sam zgodził się na realizację budowy w warunkach opisanych wyżej, przyjmował zmiany do zmian, nie wyznaczył pozwanemu jednoznacznego terminu do doręczenia pełnej, opartej w decyzjach administracyjnych dokumentacji, która pozwalałaby na realizację inwestycji bez problemów organizacyjnych.

Powstały w tych warunkach spór między stronami mającymi, poza wyznaczonym wspólnym celem z porozumienia, własne interesy, nie może być wykorzystany w ten sposób, że powód skutecznie składa oświadczenie o odstąpieniu

od umowy i policza karę umowną, przy jednoczesnej obiektywnej okoliczności niezakończenia przez niego robót w umownym, przewidzianym w porozumieniu, terminie. Chociaż powód wykonał ponad 90% robót terminowo, nie mniej jednak pozwany niewątpliwie obawiał się wielce prawdopodobnego zagrożenia terminu zrealizowania inwestycji. W tych okolicznościach obie strony były już skonfliktowane, co przekładało się na nieadekwatne oceny wzajemnych działań. Poza tym dopiero rozstrzygnięcie sporu przez tut. Sąd pozwoliło na przesądzenie, czy pozwany był w opóźnieniu z odbiorami bez nieuzasadnionych przyczyn powyżej 7 dni oraz z zapłatą faktur powyżej 14 dni (§ 6 ust. 3a-b). Powód zresztą nie podaje, o który odbiór chodzi. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że na zgłoszenie z dnia 9 maja 2012 r. odbiór przeprowadzono w dniu 11 maja 2012 r., zaś na zgłoszenie z 8 czerwca 2012 r. – odbiór 8 czerwca 2012 r. Także w stosunku do innych, wcześniejszych zgłoszeń brak jest dowodu na uchybienie umownemu 7 dniowemu terminowi odbioru. Próba zapłaty faktur powoda w drodze potrącenia, nawet jeżeli okazało się być nieskuteczne, nie może być poczytywana w całokształcie okoliczności faktycznych, jako podstawa do odstąpienia przez pozwanego od porozumienia i naliczenia kary umownej.

Sąd Okręgowy w oparciu o poczynione w sprawie ustalenia faktyczne uznał za zasadne roszczenia powoda o zapłatę wynagrodzenia objętego fakturami VAT nr (...) (w zakresie opisanym niżej), zwrot kaucji gwarancyjnej (bo spełniły się podstawy umowne do zwrotu), wynagrodzenie za wykonanie tzw. gospodarki wodnej, ślimaka od strony wiaduktu, za uporządkowanie terenu i roboty dodatkowe.

Należy podkreślić, że co do zasady należności te nie były kwestionowane. Pozwany wprawdzie zarzucił istnienie podstaw do częściowego obniżenia wynagrodzenia z uwagi na wady i wykonania zastępcze. Zasadności swego twierdzenia jednak nie udowodnił. Zalegające w aktach sprawy Przejściowe Świadczenia Płatności i faktury za tzw. wykonanie zastępcze nie są wystarczającymi dowodami na powyższe okoliczności.

Na zasądzoną w pkt. I wyroku kwotę w łącznej wysokości 14.710.046,77 zł składają się następujące należności:

1. 2.035.774,91 zł (zgodnie z żądaniem pozwu) tytułem części wynagrodzenia za roboty budowlane zgodnie z certyfikatem płatności częściowej z dnia 11 maj 2012 r. (...) nr (...) objętego fakturą VAT nr (...), wraz z odsetkami od dnia 26 maja 2012 r. (termin wynikający z faktury oraz § 7 ust. porozumienia). Pozwany złożył oświadczenia z dnia 13 czerwca 2012 r. i 23 października 2012 r. o potrąceniu swojej wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda. Naliczenie kary umownej (nota nr (...)) przez pozwanego było jednak niezasadne, o czym wskazano wyżej.
2. 2.454.645 zł (zgodnie z żądaniem pozwu) tytułem wynagrodzenia za roboty budowlane zgodnie z certyfikatem płatności częściowej z dnia 8 czerwca 2012 r. (...) nr (...) objętego fakturą VAT nr (...), wraz z odsetkami od dnia 20 czerwca 2012 r. (termin wynikający z faktury oraz § 7 ust. porozumienia). Pozwany złożył oświadczenia z dnia 20 czerwca 2012 r. oraz 23 października 2012 r. o potrąceniu swojej wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda. Naliczenie kary umownej przez pozwanego było jednak niezasadne, o czym wskazano wyżej.
3. 2.000.000 zł, na którą składają się należności z faktury VAT (...) w całości (1.848.774,91 zł) oraz faktury VAT nr (...) w części (151.225,09 zł). Pozwany powyższych wierzytelności nie kwestionował, jednak podniósł zarzut ich rozliczenia na podstawie oświadczenia o potrąceniu z dnia 13 czerwca 2012 r. i 23 października 2012 r. Zarzut ten z powołanych wyżej powodów nie został przez Sąd uwzględniony. Od powyższej kwoty Sąd zasądził nadto odsetki ustawowe od dnia 22 maja 2013 r. (zawiadomienie pozwanego o cesji zwrotnej).
4. 500.000 zł, wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13 czerwca 2013 r. (po sprostowaniu daty), z tytułu zwrotu kaucji zatrzymanej przez pozwanego na podstawie postanowienia § 4 ust. 3 lit. e porozumienia z dnia 18 listopada 2011r. Należność ta powinna zostać zwrócona w terminie 12 miesięcy od odbioru końcowego, który nastąpił 12 czerwca 2012 r. Pozwany wierzytelności tej nie kwestionował a jedynie podniósł zarzut potrącenia wzajemnych wierzytelności, który z powołanych wyżej powodów nie został uwzględniony przez Sąd.

5. 7.719.806,86 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 października 2013 r. (pismo z rozszerzeniem żądania pozwu stanowiło wezwanie do zapłaty, do terminu początkowego naliczania odsetek należało zatem doliczyć termin do zapłaty).

Na powyższą kwotę (rozszerzenie powództwa) składają się następujące należności:

- 4.305.000 zł za wykonanie tzw. gospodarki wodnej (Świadczenie Przejściowe nr (...), k. 2149). Pozwany uznał wierzytelność do kwoty 4.200.000 zł, bowiem obniżył w/w należność o wady nieusuwalne wyliczone na kwotę 105.000 zł jako 3 % zgodnie z (...). Wobec uznanej wierzytelności podniósł zaś zarzut potrącenia powołując się na oświadczenie o potrąceniu z 14.10.2013 r. W okolicznościach niniejszej sprawy brak jest zdaniem Sądu dowodu na istnienie wad przedmiotowych robót a tym samym zasadności obniżenia wynagrodzenia. Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) nie jest dowodem wystarczającym w tym zakresie, k. 2150/XI).
- 1.968.000 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonanie ślimaka od strony wiaduktu wraz ze stropem nad nim (CP nr (...)). Pozwany uznał powyższe roszczenie do kwoty 1.920.000 zł jednocześnie zarzucając obniżenie wynagrodzenia z powodu nieusuwalnych wad na kwotę 48.000 zł na podstawie świadectwa płatności nr (...) z dnia 12 czerwca 2012 r. W stosunku do uznanej kwoty pozwany podniósł zarzut potrącenia na podstawie oświadczenia z dnia 14 października 2013 r. Sąd Okręgowy uznał jednak, że w sprawie brak jest dowodów potwierdzających istnienie zarzucanych wad uzasadniających obniżenie wynagrodzenia. Przejściowe Świadczenie Płatności nr (...) nie jest dowodem wystarczającym w tym zakresie k. 2150/XI).
- 1.230.000 zł z tytułu wynagrodzenia za uporządkowanie placu budowy. Pozwany uznał roszczenie powoda do kwoty 1.223.000 zł, powołał się jednak na obniżenie wynagrodzenia. Z przewidzianej w porozumieniu kwoty 2.000.000 zł netto pozwany zapłacił upadłemu 1.000.000 zł, a następnie obniżył wynagrodzenie o kwotę 7.000 zł netto. W stosunku do uznanej kwoty pozwany podniósł zarzut potrącenia na podstawie oświadczenia z dnia 14 października 2013 r. Sąd Okręgowy uznał jednak, że w sprawie brak jest dowodów potwierdzających istnienie zarzucanych wad uzasadniających obniżenie wynagrodzenia,
- 216.806,86 zł z tytułu wynagrodzenia ze roboty dodatkowe elementów żelbetowych i wycięć w stropach żelbetowych (zlecenie nr (...) /17/05/2012/Z z 28 sierpnia 2012 r., k. 2153; (...) nr (...) (...) z 6 września 2012). Pozwany uznał roszczenie do kwoty 154.202,53 zł oraz zarzucił, że obniżenie wynagrodzenia nastąpiło z powodu niezakończenia prac przez upadłego i konieczności wprowadzenia wykonawstwa zastępczego. Z tytułu wykonawstwa zastępczego została zapłacona (...) Sp. z o.o. kwota 51.045 zł (FV (...); (...)), zaś (...) Sp. z o.o. kwota 11.559,33 zł ( (...)). O powyższe kwoty pozwana spółka obniżyła wynagrodzenie powoda. W stosunku do uznanej kwoty pozwany podniósł zarzut potrącenia na podstawie oświadczenia z dnia 14 października 2013 r. Zdaniem Sądu w sprawie brak jest jednak dowodów potwierdzających zasadność takiego obniżenia wynagrodzenia, skoro (...) potwierdziło wykonanie przedmiotowych robót w całości przez powoda (certyfikat (...) /17/05/2012; k. 2155).

Jak wyżej wskazano zarzut potrącenia wierzytelności objętych rozszerzonym żądaniem okazał się niezasadny, skoro pozwany nie miał podstaw do naliczenia kary umownej. Jedynie na marginesie można wskazać, że dwa pierwsze oświadczenia pozwanego o potrąceniu z czerwca 2012r. są nieskuteczne z uwagi zbycie przez pozwanego wierzytelności z tytułu realizacji porozumienia z dnia 18.11.2011r. na rzecz banków. Zwrotna cesja miała miejsce w lipcu 2012r., stąd skuteczne mogłyby być dwa pozostałe potrącenia z 23 października 2012r.

i 14 października 2013r. Jednakże oświadczenie o potrąceniu z dnia 14 października 2013r. powinno być rozważane w kontekście przepisów prawa upadłościowego i naprawczego – art. 89 puin, co skutecznie podniósł powód. Niewątpliwie złożone zostało po zgłoszeniu przez pozwanego wierzytelności w postępowaniu upadłościowym (art. 89 § 3 puin).

Reasumując strona powodowa wykazała zasadność swojego roszczenia jedynie w powyższym zakresie, co dało podstawę - po myśli art. 647 k.c. – do zasądzenia od pozwanego na rzecz upadłego kwoty 14.710.046,77 zł (odnośnie zasądzenia należności na rzecz upadłego vide postanowienie SN z dnia 21.07.2011r. sygn. akt V CZ 37/11).

Orzeczenie w przedmiocie odsetek ustawowych znajduje oparcie w przepisie art. 481 § 1 k.c. oraz powołanych wyżej okolicznościach dot. terminów płatności. Przy czym żądanie w zakresie odsetek od kwoty 7.719.806,86 zł za okres od dnia wniesienia pisma z rozszerzeniem żądania pozwu do dnia 21 października 2013 r. Sąd oddalił. Należało bowiem uwzględnić termin niezwłoczny do zapłaty skoro pismo to było pierwszym wezwaniem do zapłaty (art. 455 kc).

W pozostałym zakresie, tj. co do kwoty 2.000.000 zł – na mocy art. 483 § 1 k.c. w zw. z § 6 ust. 3d porozumienia - Sąd powództwo oddalił wobec braku podstaw do naliczenia przedmiotowej kary umownej przez powoda wobec pozwanego.

W przedmiocie kosztów postępowania Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 108 § 1 k.p.c. i art. 100 k.p.c. oraz § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349, z późn. zm.) stosownie do wyniku sprawy przyjmując, że powód wygrał w 88%, zaś pozwany w 12%. Do rozliczenia kosztów uwzględniono następujące kwoty poniesione przez strony:

1. powoda: wpis 100 000 zł, koszty zastępstwa procesowego – 7217 zł, wydatki na koszty przesłuchania świadków oraz biegłego pokryte z uiszczonych przez powoda zaliczek – 10 000 zł – k. 1743 (koszty stawiennictwa świadków w sumie 391,84zł: W. W. 35,84 zł – k.2267, S. G. 264 zł – k.2268, A. S. 92 zł – k.2359, opinia biegłego 9608,16 zł – k.2577), co daje łącznie kwotę 117 217 zł;

2. pozwanego: koszty zastępstwa procesowego – 7217 zł, wydatki na koszty przesłuchania świadków oraz biegłego pokrytych z uiszczonych przez pozwanego zaliczek w łącznej kwocie 11.500 zł (k. 570 i 2475) (koszty stawiennictwa świadków: M. D. 292,53 zł - k.2262, B. K. 832 zł - k.2263 , S. G. 390,51 zł - k.2265, M. C. 362,09 – (...), opinia biegłego w sumie 9.322,87 zł zapłacona + brakująca kwota z zaliczek na wynagrodzenie biegłego 624,06zł), co daje w sumie kwotę 19 041,06 zł.

Zaznaczyć również należy, że ostatecznie z zaliczki pozwanego rozliczono koszty stawiennictwa świadka W. K. (przeksięgowanie kwoty 300 zł na orzeczoną grzywnę w kwocie 400 zł za nieusprawiedliwione niestawiennictwo).

Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 100 k.p.c. Sąd nakazał ściągnięcie od pozwanego Park Handlowy (...) Sp. z o.o. Sp. k. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Rzeszowie kwoty 624 zł tytułem brakującej zaliczki na wydatki.