

Sygn. akt VI GC 366/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 sierpnia 2015 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Renata Bober

Protokolant: st. sekr. sądowy Agnieszka Krztoń

po rozpoznaniu w dniu 24 lipca 2015 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Spółki z o. o. w S.

przeciwko: Gminie Miejskiej J.

o zapłatę kwoty 76.000 zł

I. zasądza od pozwanej Gminy Miejskiej J. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. w S. kwotę 76.000 zł (siedemdziesiąt sześć tysięcy złotych),

II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 15.172,91 zł (piętnaście tysięcy sto siedemdziesiąt dwa złote 91/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Sygn. akt VI GC 366/14

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 4 sierpnia 2015r.

Pozwem wniesionym w sprawie powód (...) Sp. z o. o.

w S. domagał się zasądzenia od pozwanej Gminy Miejskiej J. kwoty 76.000 zł tytułem częściowej zapłaty kary umownej z umowy z dnia 24.09.2010r. wraz z kosztami procesu, ewentualnie w razie nieuwzględnienia w/w powództwa powód domagał się ustalenia, że w/w umowa została rozwiązana w dniu 30 listopada 2011r. przez pozwaną z jej winy na skutek złożenia powództwa o eksmisję powoda z placu budowy.

Nadto w razie nieuwzględnienia w/w roszczeń powód wniósł

o ustalenie, że w/w umowa została rozwiązana na skutek odstąpienia przez powoda w dniu 19 stycznia 2012r. z winy pozwanej, ewentualnie też w razie nieuwzględnienia w/w żądań powód domagał się ustalenia w jakiej dacie i z czyjej winy w/w umowa została rozwiązana.

W uzasadnieniu powyższego podniósł, że powód był głównym wykonawcą inwestycji pn. Budowa Przedszkola nr (...) w J., a pozwana była inwestorem. Strony łączyła umowa o roboty budowlane z dnia 24 września 2010r., która regulowała wysokość należnego powodowi wynagrodzenia, określała przypadki w jakich pozwana zobowiązana będzie do wypłaty powodowi kar umownych i w jakiej wysokości. Po roku od podpisania umowy okazało się, że przedstawione do podpisania przez pracowników pozwanego egzemplarze umowy nie były tożsame z projektem umowy załączonym

do SIWZ. Wykreślono zapis regulujący zasady wykonywania robót koniecznych, a nieobjętych zamówieniem (tj. dodatkowych).

Dalej powód naprowadzał, że od stycznia 2011r. zmieniły się przepisy o VAT i powód musiał naliczać podatek VAT w wysokości 23%, zaś pozwany pomniejszał kwotę netto wynagrodzenia, tak aby kwota była taka, jak obliczona przy 22% i nadwyżki nie uiszczał. Powoda w tej kwestii odesłał do sądu.

W dniu 18 marca 2011r. inwestor wstrzymał roboty z uwagi na niewłaściwą jakość cegły dostarczonej przez powoda, jednak 25 marca 2011r. pozwolił na kontynuowanie prac. Nadzór Budowlany po przeprowadzonej kontroli nie stwierdził uchybień.

Najistotniejszym problemem na inwestycji według powoda okazała się realizacja konstrukcji dachu zgodnie z projektem. Na skutek błędu projektanta pracującego na zlecenie pozwanego doszło do popękania betonowych belek i po kontroli nadzoru budowlanego nakazano podeprzeć belki stalowymi słupkami. Rozwiązanie to zdaniem kierownika budowy było błędne, jednakże nadzór tego nie uwzględnił. Dalej pozwany zakwestionował jakość betonu, z którego wykonane były pękające belki, obarczając powoda winą za owe pęknięcia. Po skontrolowaniu betonu okazało się, że jest on prawidłowy. Kolejny kierownik budowy w związku z pęknięciami nakazał wstrzymać budowę. Inwestor zlecił opracowanie kolejnej opinii, która wskazała, że nie wykonano podbicia fundamentów z chudego betonu, co jednak nie okazało się prawdziwe. Reasumując, powód naprowadzał, że de facto od lipca 2011r. pozwany nie reagował na pisemne wskazania kierownika budowy i powoda, że nieprawidłowe jest mocowanie dźwigarów do wieńców, dopiero w listopadzie 2011r. Burmistrz podjął stosowne działania w tym zakresie.

Dalej powód podniósł, że kiedy wykazał konieczność przeprowadzenia napraw pozwany zażądał od niego podjęcia w trybie natychmiastowym prac dodatkowych, bez jakiegokolwiek dodatkowego zamówienia (okazało się jednak, że wykreślono w umowie zapisy dotyczące robót dodatkowych). Pozwany odmówił zawarcia aneksu do umowy w tym zakresie. Ostatecznie powód został zaproszony do negocjacji w przedmiocie wykonania robót naprawczych. Zostały one jednostronnie zerwane przez pozwanego, zaraz po tym jak powód zaproponował termin realizacji robót i cenę. Powód został wezwany do przeprowadzenia inwentaryzacji i przekazania placu budowy firmie (...), która podobno złożyła lepszą ofertę. W dniu 25 listopada 2011r. doszło do spotkania na placu budowy. Powód poinformował pozwanego, że opuszczenie przez niego placu budowy będzie uznane za odstąpienie pozwanego od umowy. W dniu 30 listopada 2011r. powód otrzymał e-mail od pozwanego ze skanem pozwu o eksmisję z placu budowy. Powód wniósł do sądu odpowiedź na pozew. W tym samym dniu doszło do przejścia placu budowy. Powód nie stwarzał żadnych problemów w opuszczeniu placu. W dniu 13 stycznia 2012r. pozwany wezwał powoda aby zwrotnie przyjął plac budowy. Powód z ostrożności pismem z dnia 19 stycznia 2012r. odstąpił od umowy z uwagi na dostarczenie przez pozwanego nieprawidłowej dokumentacji.

Powód podkreślił, że powyżej opisane okoliczności nie pozwoliły mu na dalsze wykonywanie robót, że to pozwany ponosi odpowiedzialność za stworzoną sytuację. Na koniec, w dniu 22 maja 2012r., otrzymał od pozwanego pismo o odstąpieniu pozwanego od umowy, bez wskazania z czyjej winy.

Niniejszym pozwem powód dochodzi części kar umownych naliczonych pozwanemu z tytułu odstąpienia od umowy z winy inwestora.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa. Uzasadniając powyższe wskazał, że pozew o eksmisję został przez pozwanego ostatecznie cofnięty następnego dnia po jego wniesieniu. Pozwany przyznał, że powód złożył w dniu 19 stycznia 2012r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy pozwanego. Zdaniem pozwanego oświadczenie to należy ocenić przez pryzmat art. 491 kc (termin dodatkowy przewidziany w tym przepisie nie został przez powoda wyznaczony). Pozwany podniósł, że po wezwaniu powoda do przedłożenia prawidłowej dokumentacji dokumentację taką przedłożył. Dokumentacja ta dotyczyła wymiany uszkodzonych elementów konstrukcyjnych budynku. Pozwany przyznał, że zaprosił powoda do negocjacji dot. wykonania robót naprawczych. Pozwany zarzucił, że podane przez powoda w odstąpieniu od umowy z dnia 19 stycznia 2012r. przyczyny odstąpienia, są chybione. Przyznał, że projekt budowlany był dotknięty wadą - niedozbrojeniem

części belek nadprożowych. Dalej pozwany przyznał, że w dniu 6 lipca 2012r. otrzymał od powoda sygnał o ostrzeżeniach w stosunku do rozwiązań projektowych więźby w części dot. mocowania podpór. Zanim powód otrzymał wymagane zgody od 22 czerwca do 1 sierpnia 2011r. montował więźbę nie dysponując projektem w części dot. mocowania podpór.

Pozwany podniósł także, że w dniu 20 października 2011r. zostały wstrzymane decyzją administracyjną prace na budowie. Nadzór nakazał doprowadzić do stanu zgodnego z prawem w określonym terminie wykonywanych robót. Prace te pozwany powierzył osobie trzeciej. Prace te nie należały do prac dodatkowych. W dniu 11 stycznia 2012r. umożliwiono dalsze prace na budowie.

Powód w piśmie procesowym z dnia 14 sierpnia 2012r. (k. 428-430) sprecyzował żądanie w pkt. IV pozwu w ten sposób, że wniósł ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powództwa w pkt. I, II i III o ustalenie, że do rozwiązania umowy doszło w dniu 22 maja 2012r. bez winy Spółki (...). W pozostałym zakresie powód potrzymał stanowisko zawarte w pozwie.

Postanowieniem z dnia 13 października 2014r. (k. 581) Sąd Okręgowy w P. I Wydział Cywilny przekazał sprawę do tutejszego Sądu zgodnie z właściwością.

Ostatecznie do protokołu rozprawy z dnia 24 lipca 2015r. strony wniosły jak dotychczas.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Powód prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...) Sp. z o. o. w S. (dowód: odpis powoda z KRS k. 20-23).

W dniu 26 lipca 2010r. powód złożył ofertę przetargową do pozwanego odpowiadając na zaproszenie do wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę Przedszkola publicznego nr (...) na os. (...) w J. (dowód: oferta przetargowa wraz z zestawieniem kosztów i projektem umowy k. 28-37; zeznania świadka M. Z. k. 450/2 – transkrypcja zeznań k. 657).

W dniu 24 września 2010r. strony zawarły umowę na Budowę Przedszkola publicznego nr (...) na os. (...) w J.. Na podstawie umowy pozwany zlecił, a powód przyjął do realizacji zadanie inwestycyjne pod w/w nazwą. W § 1 pkt. 2 umowy wskazano zakres robót do wykonania określony przez pozwanego w dokumentacji projektowej i szczegółowych specyfikacjach technicznych. W umowie zastrzeżono, że powód rozpocznie wykonanie robót w dniu 4 października 2010r., a zakończy w dniu 29 czerwca 2012r. Przyjęto, że termin wykonania robót jest terminem gotowości do odbioru wykonanych robót i przekazania do eksploatacji. Pozwany zobowiązał się dostarczyć powodowi dokumentację projektową w 1 egzemplarzu w dniu podpisania umowy (§ 4 pkt. b). W § 14 strony zastrzegły, że obowiązującą formą odszkodowania będą kary umowne. Pozwany został zobowiązany do zapłaty powodowi kary umownej min. z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od pozwanego w wysokości 5% wynagrodzenia umownego. W § 17 umowy zastrzeżono przypadki w których strony mogą odstąpić od umowy. Powód miał prawo odstąpić od umowy w szczególności, jeżeli pozwany nie wywiąże się z obowiązku zapłaty faktur mimo dodatkowego wezwania w terminie trzech miesięcy od upływu terminu za zapłatę faktur określonego w umowie oraz jeżeli pozwany zawiadomi powoda, iż wobec zaistnienia uprzednio nieprzewidzianych okoliczności nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań umownych wobec powoda (dowód: umowa k. 24-27).

Umowa podpisana przez strony różniła się od wzoru umowy załączonej do SIWZ (dowody: umowa z dnia 24.09.2010r. k. 24-27; wzór umowy k. 33-37).

Powód przystąpił do realizacji umowy w dniu 6 października 2010r. (dowody: opinia biegłego sądowego k. 678; dziennik budowy k. 404).

Obiekt był realizowany na podstawie projektu budowlanego z lutego 2010r. autorstwa M. J.. Projekt ten w opisach technicznych do części architektonicznej zakwalifikował budynek do kategorii zagrożenia ludzi i że budynek ten winien być wykonany w klasie odporności pożarowej „D”. Projekt ten określał klasy odporności ogniowej poszczególnych elementów (dowód: opinia biegłego sądowego k. 678).

W trakcie realizacji robót powód zgłaszał pozwanemu wiele uwag dotyczących prawidłowości rozwiązań projektowych zawartych w projekcie budowlanym. Uwagi te dotyczyły min. innego niż w projekcie budowlanym sposobu wykonania dźwigarów dachowych kratownicowych, wadliwego sposobu wykonania oparcia dźwigarów dachowych na ścianach, wadliwego sposobu zbrojenia belek nośnych, nieodpowiedniego sufitu podwieszanego (dowody: opinie biegłego sądowego k. 678; pismo powoda do pozwanego z dnia 4.04.2011r. k. 159; pismo powoda do pozwanego z dnia 25.08.2011r. k. 168; pismo powoda do pozwanego z dnia 21.09.2011r. k. 171; pismo powoda z dnia 6.07.2011r. k. 184; pismo powoda z dnia 7.10.2011r. k. 184-185; zeznania świadka A. W. k. 450 - transkrypcja zeznań k. 652; zeznania świadka M. Z. k. 450/2 – transkrypcja zeznań k. 657-658; zeznania świadka M. G. k. 460 – transkrypcja zeznań k. 607/2-608; zeznania świadka K. D. k. 489 – transkrypcja zeznań k. 665).

W toku realizacji robót zostały sporządzone ekspertyzy techniczne i projekt wymiany belek dotyczące niektórych elementów kwestionowanych przez powoda. Z inicjatywy pozwanego zostały także pobrane próbki betonu do badania wytrzymałościowego z wykonanych już belek żelbetonowych (dowody: opinia biegłego sądowego k. 678; weryfikacja dokumentacji konstrukcyjnej budynku Przedszkola nr (...), wykonanej w 2010r. przez mgr. E. G. k. 38-53; ekspertyza techniczna z 15.05.2012r. k. 54-59; projekt wymiany żelbetonowych belek k. 60-73; ekspertyza techniczna z października 2011r. k. 74-122; pismo powoda z dnia 6.10.2011r. k. 175-176; pismo powoda z dnia 12.10.2011r. k. 179-180; zeznania świadka A. I. k. 417/2-418; zeznania świadka J. P. k. 421).

O stwierdzonych wadach został powiadomiony Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego, który po przeprowadzonej kontroli postanowieniem z dnia 20 października 2011r. wstrzymał prowadzenie robót budowlanych na spornej inwestycji. Postanowieniem z dnia 16 listopada 2011r. nakazał dokonać zmiany zamocowania dźwigarów dachowych likwidując podpory stałe w osiach 1 i 6, roboty przeprowadzić zgodnie z procedurą podaną w piśmie producenta i projektanta dźwigarów z dnia 24.10.2011r.; nakazał wymienić zarysowane belki żelbetowe oraz podbić fundamenty w miejscu osiadania narożnika budynku (dowody: zeznania świadka J. P. k. 419; pismo kierownika budowy z dnia 18.08.2011r. k. 133; decyzja z dnia 20.10.2011r. k. 144-148; decyzja z dnia 16.11.2011r. k. 149-152; zeznania świadka K. D. k. 489 – transkrypcja zeznań k. 666/2).

Powyższe okoliczności wpłynęły na opóźnienie robót oraz pogarszającą się relację pomiędzy stronami (dowody: pismo powoda z dnia 16.09.2011r. k. 169-170; pismo powoda z dnia 23.09.2011r. k. 172; pismo powoda z dnia 28.09.2011r. k. 174; pismo powoda z dnia 20.10.2011r. k. 181; opinia biegłego sądowego k. 678).

Od października 2011r. kierownikiem budowy na inwestycji był A. I., który zastąpił wcześniejszego kierownika, J. P.. J. P. sam zrezygnował z pełnionej funkcji, albowiem dysponował wiedzą na temat licznych wad obiektu, z czym nie zgadzał się pozwany i zatrudniony przez niego projektant (dowody: zeznania świadka A. I. k. 417/2; zeznania świadka J. P. k. 419-422).

W międzyczasie pismem z dnia 4 kwietnia 2011r. powód wezwał pozwanego, w związku ze zmianą przepisów o podatku VAT, do zwiększenia wynagrodzenia w związku ze zmianą stawki VAT z 22% na 23% i w tym celu do zawarcia aneksu do umowy. Pozwany nie wyraził na powyższe zgody (dowody: pismo powoda z dnia 4.04.2011r. k. 160-162; pismo powoda z dnia 13.06.2011r. k. 163; pismo powoda z dnia 4.08.2011r. k. 166; pismo pozwanego z dnia 8.04.2011r. k. 240; pismo pozwanego z dnia 14.04.2011r. k. 241).

Pozwany w związku z koniecznością wykonania robót naprawczych polegających na wymianie żelbetowych belek nadprożowych oraz zmiany usytuowania podpór dla dźwigarów drewnianych budynku wyznaczył na dzień 17 listopada 2011r. radę budowy. Do negocjacji w tym zakresie zaprosił powoda. Powód zaproponował zawarcie aneksu do umowy głównej na wykonanie robót dodatkowych, w którym określono by na nowo termin realizacji całej inwestycji, jak również to, czy prace dotychczasowe mogą być wykonywane przed zakończeniem prac dodatkowych, czy są do tego czasu wstrzymane. W dniu 21 listopada 2011r. doszło do spotkania, na którym powód odmówił wykonania odkrywki fundamentów, uważając, że zostały wykonane prawidłowo. Do porozumienia nie doszło (dowody: pisma pozwanego z dnia 16.11.2011r. k. 319. 320; pismo pozwanego z dnia 18.11.2011r. k. 322; pismo powoda z dnia 18.11.2011r. k. 194; pismo powoda z dnia 22.11.2011r. wraz z kosztorysem k. 198-200; protokół ze spotkania z dnia 21.11.2011r. k. 323-324; zeznania świadka A. I. k. 418).

Ostatecznie pozwany zlecił wykonanie w/w robót naprawczych innemu wykonawcy – firmie (...) S. A. w J. (dowody: pismo pozwanego z dnia 24.11.2011r. k. 327; pismo pozwanego z dnia 28.11.2011r. k. 331).

W dniu 25 listopada 2011r. w obecności przedstawicieli obu stron dokonano czynności zmierzających do przekazania placu budowy firmie (...) S. A. w J.. Powód wyraził zgodę na udostępnienie urządzeń znajdujących się na placu budowy min. dróg, ogrodzenia, energii elektrycznej na czas wykonywanych robót naprawczych (dowód: pismo powoda z dnia 25.11.2011r. k. 203).

W dniu 29 listopada 2011r. doszło do spotkania, na którym pozwany odmówił przyjęcia placu budowy (dowód: pismo powoda z dnia 1.12.2011r. k. 206).

W dniu 30 listopada 2011r. do Sądu Rejonowego w J. wpłynął pozew pozwanego o wydanie nieruchomości tj. nakazanie powodowi wydanie pozwanemu placu budowy. Odpis pozwu skanem został przesłany przez pozwanego. W dniu 1 grudnia 2011r. powód wniósł odpowiedź na pozew. Ostatecznie pozwany pozew wycofał (dowody: odpis pozwu k. 153-155; odpowiedź na pozew k. 208-209; okoliczności bezsporne).

W dniu 1 grudnia 2011r. powód opuścił teren budowy, przekazał go pozwanemu. W przekazaniu uczestniczył min. kierownik budowy A. I., który z tym dniem przekazał swoje obowiązki innemu kierownikowi budowy (dowody: pismo powoda z dnia 6.12.2011r. k. 207; opinia biegłego sądowego k. 678; protokół przekazania k. 334-336; zeznania świadka A. I. k. 418).

Tego samego dnia sporządzono protokół w sprawie inwentaryzacji robót w toku wykonanych w ramach spornej inwestycji. W protokole tym określono stan zaawansowania prac budowlanych (dowody: protokół k. 339; opinia biegłego sądowego k. 678).

Po przekazaniu placu budowy powód nie kontynuował żadnych prac budowlanych na inwestycji. Pozostałe prace wykonał inny wykonawca (dowód: opinia biegłego sądowego k. 679).

Pismem z dnia 5 grudnia 2011r. pozwany wezwał powoda do wykonania robót naprawczych zapobiegających powstaniu większych uszkodzeń prowizorycznego pokrycia dachu (wiatr zaczął odrywać zamocowane przez powoda plandeki zabezpieczające dach przedszkola) – dowód: pismo pozwanego z dnia 5.12.2011r. k. 341. W odpowiedzi na powyższe powód, pismem z dnia 10 stycznia 2012r. poinformował pozwanego, że w związku z przejściem placu budowy przez Inwestora to inwestor ponosi ryzyko uszkodzenia zabezpieczenia konstrukcji dachu (dowód: pismo powoda z dnia 10.01.2012r. k. 213).

Pismem z dnia 7 grudnia 2011r. powód wezwał pozwanego do zapłaty 274.784,24 zł tytułem kary umownej za odstąpienie przez pozwanego z jego winy od umowy. Jednocześnie poinformował pozwanego, że w razie dalszego uznawania, że umowa zawarta przez strony obowiązuje wezwał do natychmiastowego doprowadzenia stanu budowy do stanu zgodnego z umową oraz do zapłaty po 10.991,37 zł tytułem kary umownej za każdy dzień zwłoki

w przekazaniu tego placu budowy poczynając od dnia 1 grudnia (dowód: wezwanie z dnia 7.12.2011r. k. 211).

W dniu 11 stycznia 2012r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w J. stwierdził wykonanie robót naprawczych na spornej inwestycji.

O powyższym pozwany zawiadomił powoda, pismem z dnia 11 stycznia 2012r. wzywając go do stawienia się na placu budowy celem kontynuowania robót głównych (dowód: pismo z dnia 11.01.2012r. k. 344; zeznania świadka M. Z. k. 450 – transkrypcja zeznań k. 658/2).

Pismem z dnia 16 stycznia 2012r. pozwany poinformował powoda, że nie wyraża zgody na warunki zaproponowane przez powoda co do wznowienia robót i wyznaczył powodowi termin na odebranie placu budowy na dzień 20 stycznia 2012r. (dowód: pismo pozwanego z dnia 16.01.2012r. k. 345).

Pismem z dnia 19 stycznia 2012r. powód odstąpił od umowy z winy pozwanego. W piśmie tym powód wskazał, że odstępuje od umowy na wypadek gdyby pozwany nie odstąpił od umowy poprzez eksmitowanie powoda z terenu budowy w dniu 1 grudnia 2011r. Jako przyczyny odstąpienia podał dostarczenie przez pozwanego nieprawidłowej dokumentacji projektowej jak również odmowę doprowadzenia jej do stanu odpowiadającego normom i przepisom co spowodowało zwłokę od 21.09.2011r. do 1.12.2011r. w wykonywaniu prac, a nadto odebrania powodowi w dniu 1 grudnia 2011r. placu budowy i zwłoki od dnia 1 grudnia 2011r. w przekazaniu powodowi tego placu. Powód wskazał w przedmiotowym piśmie, że winę za niewykonanie umowy w terminie ponosi pozwany (dowód: pismo powoda z dnia 19 stycznia 2012r. k. 216).

Powyższe odstąpienie pozwany uznał za bezskuteczne (dowód: pismo pozwanego z dnia 1.02.2012r. k. 350-351).

W dniu 4 kwietnia 2012r. pozwany złożył wniosek do Sądu Rejonowego w J. o zawezwanie powoda do próby ugodowej i zawarcia ugody o treści, „powód zobowiąże się w terminie 3 dni od zawarcia ugody przystąpić do kontynuowania prac w celu realizacji spornej inwestycji, przy czym strony dokonują zmiany umowy z dnia 24 września 2010r. w ten sposób, że termin zakończenia realizacji umowy określają na dzień 30 września 2012r.”. Sąd wyznaczył termin posiedzenia na dzień 30 kwietnia 2012r., a kolejne na 17 maja 2012r. (dowody: odpis wniosku o zawezwanie do próby ugodowej k. 362; wezwanie k. 361, k. 363). Pismem z dnia 11 maja 2012r. powód wniósł wniosek o uznanie ugody za niedopuszczalną (dowód: wniosek z dnia 11.05.2012r. k. 220).

Pismem z dnia 18 maja 2012r. pozwany odstąpił od umowy zawartej z powodem w części w jakiej nie została przez powoda wykonana. W piśmie wskazał, że powód pomimo wezwań pozwanego nie realizuje umowy od dnia 12 stycznia 2012r. (dowód: pismo pozwanego z dnia 18.05.2012r. k. 364).

(...) Bank Spółdzielczy wypłacił powodowi na podstawie gwarancji bankowej nr (...) z dnia 2.11.2011r. kwotę 130.359,25 zł tytułem należnej powodowi od pozwanego zapłaty za wykonanie robót budowlanych objętych umową z dnia 24 września 2010r. na budowę spornej inwestycji (okoliczność niekwestionowana przez strony; dowody: pismo powoda z dnia 16.08.2012r. k. 817-819; dowód wpłaty k. 819/2).

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny w oparciu o powołane dowody z dokumentów, które ocenił jako wiarygodne w zakresie, jaki wyznaczają im przepisy art. 244 i 245 kpc. Dokumenty te nie były kwestionowane przez strony.

Sąd dał wiarę przesłuchanym w sprawie świadkom w zakresie w jakim pozwoliły one ustalić powyższy stan faktyczny.

Zeznania świadków A. I. oraz świadka J. P. zasługują na uwzględnienie w całości. Świadczenie ci pełnili funkcję kierownika budowy na spornej inwestycji (najpierw kierownikiem był J. P.). Złożył on rezygnację, albowiem dysponował wiedzą na temat wad budowanego obiektu. Zeznał, iż zgłaszane przez niego wady były ignorowane

zarówno przez Inwestora jak i Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego. Świadek nie chciał brać na siebie odpowiedzialności ze względu na stwierdzone wadliwości obiektu. Po nim kierownikiem został A. I., który także zeznał, że zgłaszane były wady zarówno inwestorowi jak i Nadzorowi Budowlanemu, co ostatecznie doprowadziło do kontroli i wstrzymania budowy. Świadek był kierownikiem do chwili przekazania terenu budowy firmie (...).

Zeznania świadka R. K. Sąd uznał za obojętne, niewnoszące nic istotnego do sprawy. Świadek był majstrem budowy i zajmował się wykonawstwem robót. Nie posiadał wiedzy na interesujące Sąd i strony zagadnienia.

Za prawdziwe uznał Sąd zeznania świadka A. W. – inżyniera budowy, pracownika powoda. Świadek uczestniczyła w radach budowy, wiedziała o wadliwej dokumentacji projektowej. Zajmowała się uzyskaniem informacji na temat możliwości wykonania dachu zgodnie z posiadanym projektem.

Wiarygodne są w ocenie Sądu także zeznania świadka E. S., która była prokurentem w powodowej spółce. Na uwagę zasługują przede wszystkim zeznania świadka w części dotyczącej przejmowania przez pozwanego placu budowy. Świadek zeznała, że pod koniec listopada nie doszło do przejścia placu budowy przez pozwanego, albowiem powód musiał zabezpieczyć dach przedszkola i wykonywał w tym zakresie prace. Do przekazania doszło początkiem grudnia. Zeznania w tej części korespondują z zeznaniami powoda (k. 820/2).

Za wiarygodne w części uznał Sąd zeznania świadka M. Z. – pracownicy pozwanego. Świadek opisała jak wyglądało zorganizowanie i przeprowadzenie przetargu na sporną inwestycję, potwierdziła fakt zawarcia umowy przez strony. Opisała jak wyglądała współpraca stron, że były problemy na spornej budowie, że powód zgłaszał wady do projektu. Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka w części dotyczącej udzielanych odpowiedzi na pytania stron w zakresie usuwania stwierdzonych wad, pobierania próbek betonu, odkopywania fundamentów. Odpowiedzi świadka były niejednoznaczne, wątpliwe, prawdopodobne. Świadek zakrywała się nie pamięcią.

Za spójne i logiczne uznał Sąd zeznania świadka M. G., który był kierownikiem robót budowlanych. Świadek zeznał, że pracując w budowlance wiele lat nie spotkał się z tak wadliwym projektem, że „wszystkiego było za mało” (słabe zbrojenia, belek, stropów itp.). Świadek przyznał, że uwagi te zgłaszał do nadzoru, jednakże „kazali robić zgodnie z projektem”. Świadek zeznał, że inwestor odmawiał przeprojektowania, robót dodatkowych, że zasłaniał się brakiem umowy w tym zakresie.

Zeznania świadka K. D. – nadzorca budowlanego zasługują na wiarę jedynie w części. Świadek przyznał, że były wady projektu i że projektantka to przyznała oraz, że to była jej pomyłka. Świadek na pytanie powoda oświadczył, że dostawał on uwagi od kierownika budowy ale trzymał się projektu i rad bezpośredniego projektanta. Świadek zeznał, że projektant decydował o sposobie montowania dachu, jak też, że kierownik budowy mógł go nie słuchać i robić wszystko po swojemu. Świadek potwierdził, że ostatecznie Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego przyznał rację kierownikowi budowy.

Zdaniem Sądu twierdzenia tego świadka i próby zrzucania odpowiedzialności na inne podmioty są tylko jest wyrazem braku jego profesjonalizmu w wykonywanej pracy, przede wszystkim biorąc pod uwagę skutki jakie mogły wiązać się z wadliwą budową i ewentualną katastrofą budowlaną.

Z uwagi na konieczność posiadania przez Sąd wiadomości specjalnych z zakresu budownictwa, jak też ze względu na podnoszone przez strony zarzuty, Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego A. S. (1) (k. 668). Celem opinii było odpowiedzenie na zadane przez Sąd pytania – szczegółowo wymienione w zleceniu (k. 669). Sąd uznał sporządzoną opinię za logiczną, spójną, opracowaną rzetelnie, zgodnie z posiadaną wiedzą i kwalifikacjami zawodowymi, a także doświadczeniem w branży budowlanej.

Biegły w sporządzonej opinii (k. 673-684) ustalił, że dostarczona dokumentacja w postaci projektu budowlanego była w wielu fragmentach wadliwa tj. przyjęte w niej rozwiązania były niezgodne z polskimi normami, prawem budowlanym i rozporządzeniami, że realizacja prac na podstawie tego projektu mogła spowodować stworzenie zagrożenia dla zdrowia i życia osób,

w postaci ryzyka katastrofy budowlanej spowodowanej wadliwym zaprojektowaniem niektórych belek nośnych, że zrealizowanie obiektu według tego projektu skutkuje obecnie tym, że budynek nie spełnia wymogów prawa budowlanego i rozporządzenia w zakresie bezpieczeństwa pożarowego. Konstrukcja budynku na niektórych fragmentach była wadliwie zaprojektowana. Dalej biegły podał, że wadliwe belki zostały zdemontowane i zastąpione nowymi belkami żelbetowymi, o znacznie większej ilości zbrojenia. Wada konstrukcji

w tej części została usunięta. Zdaniem biegłego wykonane otwory w belkach nie miały znacznego wpływu dla nośności belek, po odpowiednim wypełnieniu otworów prace budowlane na tych fragmentach mogły być kontynuowane. Biegły wskazał też, że dokumentacja projektowa opracowana przez E. G. (2) na realizację spornego budynku nie zawiera wszystkich elementów wymaganych przez przepisy budowlane. Belki nr 3.8, 3.15, 3.17 zostały zaprojektowane wadliwie i nie zostały wymienione. Biegły w pkt. 7 opinii wyjaśnił przyczyny zarysowań belek. Biegły dodał, że strop podwieszony w budynku powinien być zaprojektowany, a nie jest wg. Klasy odporności ogniowej REI 30.

Zarzuty do wydanej w sprawie opinii wniosła strona pozwana powołując się na stanowisko E. G. (2) w piśmie z dnia 14.04.2015r. (k. 773-777) przyjmując je za własne.

W związku z zarzutami Sąd wezwał biegłego sądowego na rozprawę w dniu 16 czerwca 2015r. (k. 801). Biegły podtrzymał swoją opinię w całości. Wyjaśnił, że w jego ocenie nie było powodów do przerwania prac na budowie, mogły one być prowadzone w sytuacji zabezpieczenia spornych elementów. Biegły podał również, że oparł się w dużej mierze na wyliczeniach osoby wydającej opinię prywatną i uznał jego ekspertyzę za prawidłową. Biegły oświadczył, że będąc na wizji lokalnej zauważył, że budynek ma liczne zarysowania ścian, co nie powinno mieć miejsca, skoro jest to budynek nowy. Biegły stanowczo podtrzymał opinię dotyczącą braku odporności ogniowej przegrody.

Sąd na wniosek pozwanego pominął dowód z przesłuchania pozwanego w osobie burmistrza Miasta J. w charakterze strony.

Sąd zważył co następuje:

Powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości. Spośród podniesionych przez strony zarzutów najistotniejszą kwestią wymagającą wyjaśnienia było to która strona skutecznie odstąpiła od zawartej w dniu 24 września 2010r. umowy. Stanowiska stron w tym zakresie były bowiem odmienne.

Powód wywodził, iż odstąpił od umowy, pismem z dnia 19 stycznia 2012r. z winy pozwanego. W piśmie tym wskazał, że odstępuje od umowy na wypadek, gdyby pozwany nie odstąpił od umowy poprzez eksmitowanie powoda z terenu budowy w dniu 1 grudnia 2011r. Jako przyczyny odstąpienia podał dostarczenie przez pozwanego nieprawidłowej dokumentacji projektowej jak również odmowę doprowadzenia jej do stanu odpowiadającego normom i przepisom co spowodowało zwłokę od 21.09.2011r. do 1.12.2011r. w wykonywaniu prac,

a nadto odebrania powodowi w dniu 1 grudnia 2011r. placu budowy i zwłoki od dnia 1 grudnia 2011r. w przekazaniu powodowi tego placu. Pozwany od umowy odstąpił natomiast pismem z dnia 18 maja 2012r. - w części w jakiej nie została przez powoda wykonana. Wskazał, że powód pomimo wezwań pozwanego nie realizował umowy od dnia 12 stycznia 2012r. Pozwany naprowadzał, że de facto nie chciał od umowy odstąpić, chciał zaś ażeby powód nadal wykonywał roboty objęte umową.

Oceniając powyższe stanowiska stron, w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy, Sąd uznał, że zachowanie pozwanego i podejmowane przez niego działania w toku procesu budowy, wskazują, iż zamiarem pozwanego było rozwiązanie umowy zawartej z powodem. Na powyższe wskazuje przede wszystkim skierowanie przez pozwanego przeciwko powodowi pod koniec listopada 2011r. pozwu o eksmisję z terenu budowy, i w konsekwencji opuszczenie

terenu budowy przez powoda w dniu 1 grudnia 2011r. Bez znaczenia pozostaje tutaj okoliczność cofnięcia pozwu o eksmisję przez pozwanego, skoro pozwany wysłał odpis pozwu powodowi skanem, informując go o jego złożeniu, a ten złożył odpowiedź na pozew. Z przeprowadzonych w sprawie dowodów, co zostało wskazane w stanie faktycznym, wynika jednoznacznie, że powód w chwili wezwania go do opuszczenia placu budowy, nie czynił temu żadnych przeszkód. Zabezpieczył dach obiektu i plac budowy opuścił – pozostawiając firmie (...) część urządzeń w celu korzystania z nich do chwili zakończenia robót naprawczych (energię elektryczną, drogi itp.).

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na treść art. 652 kc, zgodnie z którym „jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie”. Charakter władania placem budowy przez wykonawcę jest przedmiotem sporu w literaturze. Zdaniem A. S. wykonawca może być w wielu wypadkach uważany za samoistnego posiadacza budowli, ponieważ włada nią jak jej właściciel aż do chwili wydania jej inwestorowi, jednak „może się zdarzyć, że inwestor staje się posiadaczem budowli w miarę postępów budowy” (A. S., Uwagi o odpowiedzialności cywilnej za zawalenie się budowli, s. 149). W myśl odmiennego poglądu SN, który to pogląd tutejszy Sąd podziela, wykonawca nie jest posiadaczem placu budowy przekazanego mu przez inwestora (wyrok SN z dnia 12 grudnia 1990 r., I CR 750/90, OSNC 1992, nr 5, poz. 81). Stanowisko to podziela A. Karnicka-Kawczyńska i J. Kawczyński, którzy wskazali, że wykonawca robót budowlanych jest tylko gospodarzem terenu, a nie posiadaczem samoistnym, i włada nim tylko w granicach związanych z tymi robotami oraz „zabezpieczeniem osób pracujących na budowie i mienia tam się znajdującego” (A. Karnicka-Kawczyńska, J. Kawczyński, Umowa o roboty budowlane, Pr. Sp. 1999, nr 7–8, s. 56).Także E. Strzępka-Frania uważa, że wykonawca nie tylko nie jest posiadaczem samoistnym terenu budowy, ale również nie jest posiadaczem zależnym terenu, ponieważ włada nim wyłącznie w interesie kontrahenta umowy i „wykonuje władanie czysto zastępcze za zamawiającego-inwestora, jest więc dzierżycielem, nie posiadaczem” (E. Strzępka-Frania, Przekazanie i udostępnienie terenu..., s. 25). Ten ostatni pogląd zdaje się jednak iść zbyt daleko, ponieważ władanie wykonawcy wykonywane jest jednak w czasie budowy także w jego interesie.

Sąd Najwyższy w powołanym powyżej orzeczeniu przyjął, że od chwili przejęcia terenu budowy do czasu oddania obiektu wykonawca jest „gospodarzem na terenie budowy”, obowiązany w szczególności do koordynowania podwykonawców, ochrony mienia i zabezpieczenia przeciwpożarowego, nadzoru nad bezpieczeństwem i higieną pracy oraz ustalania i utrzymania ogólnego porządku. Wykonawca więc zachowuje teren budowy w swoim władaniu, w ramach którego podejmuje różne czynności związane z prowadzeniem robót, zapewnieniem ich prawidłowości oraz bezpieczeństwa i porządku. Celem tych czynności jest osiągnięcie zamierzonego rezultatu - wykonania obiektu i oddania go zamawiającemu wraz z przekazaniem uprzednio terenem.

Wynika więc z powyższego, że wykonawca włada terenem budowy wyłącznie w interesie kontrahenta umowy, dla którego wznosi obiekt budowlany i podejmuje wszelkie działania związane z osiągnięciem tego efektu. Wykonuje zatem władanie czysto zastępcze, za zamawiającego-inwestora, jest więc dzierżycielem, nie posiadaczem. Wykonawca musi zatem, pomimo zatrudnienia przez inwestora podwykonawców, sprawować pieczę nad tym co dzieje się na danym obiekcie budowlanym. Dlatego też w ocenie Sądu działania pozwanego, które zmierzały do usunięcia powoda z terenu budowy i w rezultacie osiągnięcie tego zamiaru - należało ocenić jako działania zmierzające do rozwiązania umowy z powodem.

Nawet jednak gdyby przyjąć odmiennie to według Sądu to powód skutecznie odstąpił od, zawartej w dniu 24 września 2010r. z pozwanym, umowy. Z zalegającej w aktach sprawy bogatej korespondencji stron wynika w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że powód w toku budowy zwracał się wielokrotnie do pozwanego o dostarczenie mu prawidłowej dokumentacji projektowej, że informował go o wadach projektu, o tym, że dokumentacja jest niepoprawna, że w oparciu o taką dokumentację projektową cele budowy nie mogą być zrealizowane (pismo powoda z dnia 28.03.2011r. k. 159; pismo powoda z dnia 25.08.2011r. k. 168; pismo powoda z dnia 21.09.2011r. k. 171; pismo powoda z dnia 27.09.2011r. k. 173; pismo powoda z dnia 7.10.2011r. k. 185; pismo powoda

z dnia 13.10.2011r. k. 177-178; pismo powoda z dnia 20.10.2011r. k. 181; pismo powoda z dnia 9.11.2011r. k. 189; pismo powoda z dnia 15.11.2011r. k. 190-193). Powyższe okoliczności znajdują potwierdzenie nie tylko w dokumentach, ale i zeznaniach świadków, którzy pełnili na budowie funkcje kierowników budowy, sprawowali nadzór, a którzy to zeznawali wprost, że wady projektu były, że dokumentacja była nieprawidłowa. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że powód w kierowanej do pozwanego korespondencji wyznaczał pozwanemu terminy do przedłożenia prawidłowej dokumentacji, pod rygorem naliczania kar umownych lub odstąpienia od umowy (np. pismo powoda z dnia 13.06.2011r. k. 163; pismo powoda z dnia 16.09.2011r. k. 169; pismo powoda z dnia 21.09.2011r. k. 171; pismo powoda z dnia 9.11.2011r. k. 189). Ponadto fakt, iż dokumentacja projektowa była nieprawidłowa ustalili biegły sądowy w sporządzonej w sprawie opinii, co nie budzi żadnych wątpliwości. Materiał dowodowy wykazał także, że powód przez cały czas opisanych powyżej problemów budowlanych na spornej inwestycji był gotowy do realizacji robót (pismo powoda z dnia 15.11.2011r. k. 190-193). Powód wykazał także, że nie mógł realizować prac również po dniu 19 stycznia 2012r. (po odstąpieniu od umowy) pomimo, że podmiot trzeci usunął stwierdzone wady, a wskazane także przez biegłego, pozwany bowiem do tego dnia nie dostarczył powodowi prawidłowej dokumentacji projektowej (de facto zmian projektu). Wszystkie powyżej wskazane braki powodowały, że powód nie mógł prowadzić robót budowlanych na spornej inwestycji. Biegły jasno stwierdził, że w trakcie wykonywania robót przez powoda w obiekcie wystąpiły widoczne uszkodzenia elementów konstrukcyjnych. Biegły wyliczył wszystkie uszkodzenia, wskazał które i kiedy co i kiedy zostały usunięte. Biegły ustalił, że wadliwy był projekt budowlany w oparciu o który zamierzano wybudować przedszkole, że zakres i treść projektu nie był dostosowany do specyfiki i charakteru obiektu oraz do stopnia skomplikowanie robót budowlanych, co jest niezgodne z prawem budowlanym. W ocenie Sądu nie sposób dziwić się więc zachowaniu powoda, który w oparciu o stwierdzone nieprawidłowości odmówił realizacji robót w oparciu o wadliwy projekt. Nie sposób też nie przyznać racji powodowi, iż nie chciał on kontynuować robót na przedmiotowym obiekcie.

Reasumując zdaniem Sądu powód miał prawo od umowy odstąpić na podstawie art. 491 § 1 kc. Odstąpienie powoda od umowy w piśmie z dnia 19 stycznia 2012r. należało wobec czego uznać za skuteczne.

Powyższe dało powodowi podstawy do naliczenia kar umownych, które to zostały zastrzeżone przez strony w § 14 pkt. 2 c umowy, zgodnie z którym pozwany został zobowiązany do zapłacenia powodowi kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od pozwanego w wysokości 5% wynagrodzenia umownego.

Zastrzeżenie kary umownej powoduje modyfikację ogólnych reguł odpowiedzialności w tym sensie, że dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie tylko dwóch przesłanek pozytywnych i niezastnienie żadnej z przesłanek negatywnych (jednej lub trzech, w zależności od przyjętej koncepcji co do wymogu zaistnienia szkody: brak winy albo brak szkody, brak winy, brak związku przyczynowego). Pierwszą z przesłanek pozytywnych jest istnienie skutecznego postanowienia umownego, z którego wynika obowiązek świadczenia kary umownej, drugą – niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub pojedynczego obowiązku, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (zob. P. Drapała (w:) System..., s. 963; wyrok SN z dnia 9 lutego 2005 r., II CK 420/04, LEX nr 301769). Wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna, nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody oraz że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi jednak wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (wyrok SN z dnia 7 lipca 2005 r., V CK 869/04, LEX nr 150649). Zobowiązany do zapłaty kary umownej może natomiast bronić się min. zarzutem – podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 kc. – że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności lub brakiem winy (wyrok SN z dnia 20 marca 1967 r., II CR 419/67, niepubl.; A. Rembieliński (w:) Kodeks..., s. 478). Wówczas udowodnienie takiej okoliczności obciąża zobowiązanego.

Powód w niniejszym postępowaniu wykazał, iż był uprawniony do naliczenia pozwanemu kary umownej. Pozwem dochodził od pozwanego kwoty 76.000 zł tytułem należnych mu kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy z winy inwestora – w części. Powód nie domagał się zasądzenia kary umownej w całości – co biorąc pod uwagę wysokość

wynagrodzenia umownego i 5% tej kwoty stanowiło by znacznie wyższą kwotę. W związku z tym, że pozwany domagał się oddalenia powództwa należało rozważyć możliwość zmiarkowania dochodzonej pozwem kary umownej.

Należy podkreślić, że miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 kc należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś regulacja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. Przepis ten mający charakter normy ogólnej może wchodzić w grę w każdym wypadku, gdy w świetle oceny stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Zdaniem Sądu w okolicznościach niniejszej sprawy miarkowanie kary umownej było niedopuszczalne z uwagi na to, że powód domagał się jedynie części należnej mu kary umownej. Sąd rozważyłby miarkowanie kary umownej w przypadku gdyby powód objął żądaniem pozwu całość kary umownej (nie przesądzając w niniejszym postępowaniu o zasadności takiego powództwa). Wówczas należałoby wziąć pod uwagę wysokość wynagrodzenia umownego, stopień zrealizowanych przez powoda robót na spornej inwestycji i wysokość należnego mu wynagrodzenia, fakt zapłaty powodowi żądanej od pozwanego należności z gwarancji, z uwagi na to, że kwota żądana przez powoda została mu wypłacona z gwarancji.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd, na podstawie art. 647 kc, art. 491 § 1 kc, art. 652 kc oraz § 14 pkt. 2 c umowy uwzględnił powództwo i orzekł jak w pkt. I wyroku. Sąd nie orzekał w przedmiocie odsetek, albowiem brak było żądania w tym zakresie.

W związku z tym, że Sąd uwzględnił w/w żądanie powoda, nie rozstrzygał merytorycznie w przedmiocie zgłoszonych w pozwie w pkt. II-IV żądaniach ewentualnych. Zasadą jest bowiem, iż Sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wówczas, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu (tak uzasadnienie wyroku SN z dnia 26.01.1979r., IV CR 403/78).

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu znajduje uzasadnienie w art. 98 § 1 i 3 kpc. oraz § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielanej z urzędu (Dz. U. 2013. 461). Na zasądzoną kwotę składają się: opłata sądowa od pozwu w wysokości 3.800 zł; koszty zastępstwa procesowego w wysokości 3.600 zł, opłata sądowa od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł; zaliczki wpłacone przez powoda na poczet opinii biegłego w wysokości 7.755,91 zł.