

Sygn. akt VIII GC 437/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 września 2015 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Kądziołka

Protokolant: Marta Serwatka

po rozpoznaniu w dniu 10 września 2015 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przeciwko Towarzystwu (...) w W.

z udziałem interwenientów ubocznych: syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S., K. S., J. S. (1), J. S. (2),

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego Towarzystwa (...) w W. na rzecz powódki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. kwotę 599.853,04 zł (pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć tysięcy osiemset pięćdziesiąt trzy złote cztery grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 19 września 2013 r. do dnia zapłaty;

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 37.210 zł (trzydzieści siedem tysięcy dwieście dziesięć złotych) tytułem kosztów procesu.

III. **Sygn. akt VIII GC 437/13**

## UZASADNIENIE

Powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. wniosła pozew przeciwko Towarzystwu (...) w W. o zapłatę kwoty 599.853,04 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 26 sierpnia 2013 r., opierając swoje roszczenie na gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu, której była beneficjentem. Powódka domagała się również zasądzenia na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych. Uzasadniając pozew powódka wskazywała przede wszystkim, że zobowiązanie z umowy gwarancji ubezpieczeniowej ma charakter abstrakcyjny. Wyjaśniła również, że umowa gwarancji została zawarta z pozwanym towarzystwem przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółkę jawną w S., z którym powódka zawarła z kolei umowę o roboty budowlane. Z umowy tej powódka wywodzi roszczenie o zapłatę kary umownej, zabezpieczone w formie gwarancji ubezpieczeniowej, udzielonej przez pozwane towarzystwo.

Pozwane Towarzystwo (...) w W. w odpowiedzi na pozew zakwestionowało roszczenie powódki i wniosło o oddalenie powództwa w całości, a nadto o wezwanie do wzięcia udziału w sprawie na podstawie art. 84 k.p.c. Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w S. oraz o zasądzenie kosztów procesu. Uzasadniając swoje

stanowisko pozwany wskazywał, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej należy do umów nienazwanych i to od stron umowy zależy, czy wynikającemu z niej zobowiązaniu gwaranta nadadzą charakter abstrakcyjny i nieakcesoryjny. Pozwany zaznaczył, iż w ramach gwarancji zobowiązał się do zapłaty na rzecz beneficjenta „nieodwołalnie i bez stawiania dodatkowych warunków”, jednakże poza warunkami przewidzianymi w treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, a warunkiem takim było dostarczenie pozwanemu kopii dokumentów uzasadniających roszczenie beneficjenta. Pozwany w oparciu o te dokumenty dokonał oceny zasadności roszczenia beneficjenta (powódki) ze stosunku podstawowego, ocena ta wypadła negatywnie, dokonana przez pozwanego analiza dokumentów potwierdziła bowiem, że spółka (...) wykonywała umowę o roboty budowlane w sposób prawidłowy. W odpowiedzi na pozew pozwany powołał dowody potwierdzające tą negatywną ocenę zasadności roszczenia powódki.

Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółka jawna w S. wystąpiła z interwencją uboczną po stronie pozwanego, wnosząc o oddalenie powództwa.

Powódka złożyła pismo przygotowawcze, w którym ustosunkowała się do twierdzeń podniesionych przez pozwane Towarzystwo (...) w odpowiedzi na pozew. Przede wszystkim podkreśliła, że pozwany podniósł w odpowiedzi na pozew zupełnie inne przesłanki odmowy zapłaty kwoty wynikającej z udzielonej gwarancji, niż w piśmie z dnia 19 sierpnia 2013 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie do zapłaty, bowiem wówczas wywodził, że gwarancja ubezpieczeniowa nie obejmuje roszczenia beneficjenta wobec wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy przez beneficjenta. Nadto powódka nadal podkreślała abstrakcyjny charakter zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji ubezpieczeniowej, w szczególności wskazywała, że jedynym warunkiem zapłaty zawartym w gwarancji było doręczenie oryginału pisemnego wezwania do zapłaty wraz z kopią dokumentów uzasadniających roszczenie, przy czym warunek ten miał mieć charakter formalny, a treść udzielonej gwarancji, zdaniem powódki, wyklucza możliwość podnoszenia przez pozwane Towarzystwo (...) zarzutów dotyczących stosunku podstawowego.

Postanowieniem z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie XII GU 28/14 Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie ogłosił upadłość Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w S., obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Interwencję uboczną po stronie pozwanego zgłosił syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S., wnosząc o oddalenie powództwa i podtrzymując argumentację upadłego. Wskazał nadto, że w jego ocenie odstąpienie przez powódkę od umowy ze spółką (...) nie było skuteczne, bowiem w umowie strony nie określiły terminu, w którym przysługuje prawo do odstąpienia, a zatem nie jest możliwe również dochodzenie zapłaty kary umownej wynikającej ze stosunku podstawowego, gdyż kara ta była zastrzeżona na wypadek odstąpienia przez zamawiającego z winy wykonawcy. W dalszej części interwencji syndyk masy upadłości poddał ocenie zasadność odstąpienia od umowy przez powódkę w oparciu o art. 491 § 1 k.c. oraz wywiódł, że nie zostały spełnione przesłanki z tego przepisu.

Interwencję uboczną po stronie pozwanego zgłosili również J. S. (2), K. S. i J. S. (1) - wspólnicy upadłej spółki (...) S. - dzieląc i podtrzymując argumentację przedstawioną przez syndyka masy upadłości masy upadłości (...) (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S..

Powódka w piśmie procesowym złożonym dnia 3 kwietnia 2014 r. nadal podkreślała abstrakcyjny charakter udzielonej przez pozwane Towarzystwo (...) gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże wdała się również w spór co do stosunku prawnego leżącego u podstaw udzielenia gwarancji.

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

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. ogłosiła przetarg nieograniczony na wykonanie zamówienia (...) wnętrza kwartału 23 ograniczonego ulicami (...) i aleją (...) w S.”.

### **dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 26.04.2012 (k. 30-36)**

Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółka jawna w S. w ramach przetargu złożyła ofertę cenową, w której zaoferowała wykonanie prac objętych zamówieniem, zgodnie z wymogami SIWZ, za cenę ryczałtową 15.969.727,21 zł wraz z podatkiem VAT.

**dowód: oferta cenowa (k. 28-29v)**

**pismo z dnia 28.05.2012 r. (k. 43-45)**

**pismo z dnia 24.05.2012 r. (k. 37-40v)**

**pismo z dnia 21.05.2012 r. (k. 41-41v)**

**pismo z dnia 8.05.2012 r. (k. 42-42v)**

(...) sp. z o.o. w S. (jako zamawiający) zawarła dnia 26 lipca 2012 r. z Przedsiębiorstwem Budowlanym (...) spółką jawną w S. (jako wykonawcą) umowę nr (...), której przedmiotem, określonym w § 1, była realizacja robót budowlanych pn.: (...) wnętrza kwartału 23 ograniczonego ulicami (...) w S.”.

Przedmiot umowy obejmował wykonanie wszelkich prac i czynności niezbędnych do prawidłowego zrealizowania prac objętych umową w zakresie rzeczowym ujętym w opracowaniach wskazanych w § 1 ust. 2 umowy nr (...).

Termin zakończenia robót, będący terminem osiągnięcia gotowości odbiorowej, ustalono w § 4 ust. 4 na 780 dni kalendarzowych licząc od dnia podpisania umowy, przy czym zgodnie z jej § 4 ust. 6 wykonawca mógł wystąpić, w określonych w tym przepisie przypadkach (ich zaistnienie, stosownie do § 4 ust. 7 umowy musiało mieć odzwierciedlenie w dzienniku budowy), o przedłużeniu terminu wykonania przedmiotu umowy, z zastrzeżeniem, że ostateczny termin zakończenia robót nie może być późniejszy niż 30 października 2014 r. Planowany termin podpisania protokołu końcowego odbioru robót określono w § 4 ust. 5 na 858 dni kalendarzowe licząc od daty podpisania umowy.

Wynagrodzenie spółki (...) określono w § 8 umowy jako ryczałtowe w wysokości 15.969727,21 zł brutto, zgodnie z ofertą cenową wykonawcy, stanowiącą załącznik nr 1 do umowy.

Strony zawarły w umowie również postanowienia dotyczące zabezpieczenia jej należytego wykonania.

Zgodnie z § 7 ust. 1 umowy zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

W § 7 ust. 2 wskazano, że wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wynagrodzenia ryczałtowego brutto ustalonego w § 8 umowy, w kwocie: 798.486,36 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej w kwocie 798.486,36 zł, na okres wskazany w § 4 ust. 5 umowy, stosownie do § 7 ust. 3.

W § 12 umowy określono zasady zlecenia przez (...) robót podwykonawcom, w tym w § 12 ust. 2 umowy wskazano, że roboty objęte zamówieniem wykonywane będą przez podwykonawców w zakresie instalacji elektrycznych, instalacji sanitarnych, c.o. i wod-kan, zaś pozostałe prace będą wykonywane siłami własnymi wykonawcy.

W § 15 strony umowy ustaliły zagadnienie kar umownych.

Zgodnie z § 15 ust. 1 lit. d umowy wykonawcę zobowiązano do zapłacenia zamawiającemu kary umownej za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 5% wynagrodzenia, natomiast w § 15 ust. 6 zamawiający zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od umowy zgodnie z art. 395 § 1 k.c. oraz art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez prawa wykonawcy do dochodzenia roszczeń z wyżej wymienionych tytułów.

Ponadto w § 19 ust. 1 umowy nr (...) strony postanowiły, że spółka (...) zobowiązana jest do niezwłocznego pisemnego poinformowania spółki (...) o każdej zmianie sytuacji finansowej lub (...) spółki (...) oraz uzgodnionego z (...)

podwykonawcy, co do którego (...) powziął lub mógł powziąć informację o takiej zmianie, która rzutować może na prawidłowy przebieg realizacji inwestycji, a w szczególności:

postawieniu wykonawcy lub podwykonawcy w stan upadłości lub likwidacji, w tym również o powzięciu wiadomości o złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości lub postawienie w stan likwidacji wykonawcy lub podwykonawcy do odpowiednich organów i instytucji (§ 19 ust. 1 lit. a); wystąpieniu zaległości po stronie wykonawcy lub podwykonawcy w zapłacie zobowiązań podatkowych, skarbowych, składek ZUS itp. (§ 19 ust. 1 lit. b); wydaniu prawomocnego orzeczenia sądu, stwierdzającego zobowiązanie wykonawcy lub podwykonawcy względem innych podmiotów, organów, instytucji itp., których wartość przekracza 100.000,00 zł (§ 19 ust. 1 lit. c); wszczęciu postępowania egzekucyjnego w stosunku do wykonawcy lub podwykonawcy, którego przedmiotem jest egzekucja należności, których wartość przekracza 100.000,00 zł (§ 19 ust. 1 lit. d); zmianie struktury właścicielskiej kapitału wykonawcy, powodującej zmianę osoby lub podmiotu posiadającego większościowy pakiet udziałów lub akcji wykonawcy i inne (§ 19 ust. 1 lit. e).

Natomiast w § 19 ust. 2 umowy strony wskazały, że w przypadku niezawiadomienia spółki (...) o zaistnieniu okoliczności określonych w § 19 ust. 1 umowy, spółka (...) może odstąpić od umowy z przyczyn leżących po stronie spółki (...).

W § 21 umowy (...) i (...) postanowiły, że w sprawach nieuregulowanych umową nr (...), zastosowanie mają postanowienia wzorca umownego „Ogólne warunki umów o roboty budowlane obowiązujące w (...) sp. z o.o.”, stanowiącego załącznik nr 7 do tej umowy, oraz przepisy k.c.

#### ***dowód: Umowa nr (...) Roboty Budowlane z dnia 26.07.2012 r. (k. 15-27)***

Załączniki do umowy nr (...) stanowiły: Karta Gwarancyjna, w której spółka (...) udzieliła spółce (...) gwarancji na przedmiot zamówienia (jako załącznik nr 4), sposób postępowania w okresie gwarancji jakości i rękojmi (jako załącznik nr 5), wzór oświadczenia podwykonawcy dotyczącego nieopłaconych płatności przez generalnego wykonawcę (jako załącznik nr 6), a także „Ogólne warunki umów o roboty budowlane obowiązujące w (...) sp. z o.o.” (jako załącznik nr 7).

#### ***dowód: Karta gwarancyjna (k. 46-47)***

#### ***Sposób postępowania w okresie gwarancji jakości i rękojmi (k. 48-49)***

#### ***Wzór oświadczenia podwykonawcy (k. 50)***

#### ***Ogólne warunki umów o roboty budowlane obowiązujące w (...) sp. z o.o. (k. 51-70)***

W ogólnych warunkach umów o roboty budowlane obowiązujących w (...) Towarzystwie Budownictwa (...) w § 46 określono warunki odstąpienia od umowy: w § 46 ust. 1 wskazano, że każda ze stron może odstąpić od umowy w przypadkach określonych w k.c., natomiast w § 46 ust. 2 wskazano dodatkowo sytuacje, w których (...) może odstąpić od umowy, tj. :

- w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a (...) może w tym przypadku odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach, wykonawca może wówczas zażądać wynagrodzenia należnego za wykonaną część prac (§ 46 ust. 2 pkt 1);

- w razie wystąpienia okoliczności przewidzianych w § 15 ust. 5 ogólnych warunków (§ 46 ust. 2 pkt 2);

- w razie wystąpienia okoliczności przewidzianych w § 11 ust. 2 ogólnych warunków (§ 46 ust. 2 pkt 3);

- w razie takiego opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót, które powoduje niemożność ukończenia robót w określonym terminie (§ 46 ust. 2 pkt 4);
- w razie wykonywania przez wykonawcę robót z naruszeniem ogólnych warunków lub umowy (§ 46 ust. 2 pkt. 5);
- w razie likwidacji firmy wykonawcy (§ 46 ust. 2 pkt 6);
- w razie wydania orzeczenia zajęcia majątku wykonawcy, a w szczególności zajęcia wierzytelności z tytułu wykonania umowy (§ 46 ust. 2 pkt 7).

W § 15 ust 5 ogólnych warunków umów o roboty budowlane wskazano, że zamawiający ( (...)) może od umowy odstąpić, jeżeli ma nastąpić znaczne podwyższenie kosztów realizowanej inwestycji w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych, powinien jednak to uczynić niezwłocznie, tj. nie później niż w ciągu 30 dni od daty ustalenia wartości robót dodatkowych i zapłacić wykonawcy odpowiednią do wykonania część wynagrodzenia. Takie odstąpienie od umowy nie rodzi skutku w postaci obowiązku zapłaty kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy.

Natomiast § 11 ust. 2 ogólnych warunków umów o roboty budowlane stanowi, że jeżeli w stosunku do harmonogramu, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, nastąpi opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy lub jego części, zamawiający ( (...)) może przerwać wykonywanie prac przez wykonawcę i odstąpić od umowy w całości lub w odniesieniu do części robót oraz zlecić realizację niewykonanych prac osobie trzeciej, na koszt i ryzyko wykonawcy, a koszt ten zostanie potrącony z wynagrodzenia wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania, wniesionego przez wykonawcę.

***dowód: Ogólne warunki umów o roboty budowlane obowiązujące w (...) sp. z o.o. (k. 51-70 oraz k. 787)***

Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółka jawna w S. zawarła dnia 25 lipca 2012 r. umowę nr (...) z Towarzystwem (...) z siedzibą w W..

Na mocy § 1 umowy Towarzystwo (...) zobowiązało się do udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu nr (...), jako beneficjent gwarancji wskazane zostało (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

W § 1 ust. 3 umowy wskazano, że przedsiębiorca ( (...)) oświadcza, że akceptuje fakt, iż wystawiona gwarancja jest bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie beneficjenta oraz znana mu jest treść udzielanej gwarancji, której wzór stanowi załącznik do umowy.

W § 5 umowy strony uregulowały procedurę badania zasadności roszczenia beneficjenta gwarancji.

W § 5 ust. 1 umowy wskazano, że w przypadku wystąpienia przez beneficjenta ( (...)) z żądaniem zapłaty z gwarancji wydanej na zlecenie przedsiębiorcy ( (...)), przedsiębiorca na wniosek towarzystwa w terminie 3 dni zobowiązany jest do pisemnego ustosunkowania się do zgłoszonego żądania, § 5 ust. 2 umowy stanowi natomiast, że (...) uznaje, z zastrzeżeniem skutków określonych w § 5 ust. 4 umowy, że ostateczna ocena zasadności żądania dokonywana jest przez (...) z uwzględnieniem cech gwarancji wskazanych w § 1 ust. 3 umowy.

W § 5 ust. 4 umowy postanowiono z kolei, że w przypadku dokonania przez (...) zapłaty na rzecz (...) z tytułu udzielonej gwarancji (...) zwróci mu kwotę roszczenia w terminie 7 dni od otrzymania od (...) wezwania do zapłaty, a w razie opóźnienia z zapłatą w stosunku do określonego terminu, (...) zapłaci (...) dodatkowo odsetki ustawowe.

***dowód: Umowa nr (...) (k. 100-101)***

Gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania kontraktu nr (...) wystawiona została w dniu 25 lipca 2012 r.

Zgodnie z § 1 gwarancji gwarant ( Towarzystwo (...) w W.) nieodwołalnie i bez stawiania warunków, poza przewidzianymi w tym dokumencie, zagwarantował na rzecz beneficjenta ( (...)) zapłatę do kwoty 798.486,36 zł.

Zgodnie z § 2 gwarancja zabezpiecza roszczenia beneficjenta w stosunku do wykonawcy ( (...)) powstałe z tytułu niezapłacenia przez wykonawcę należności, powstałych w okresie obowiązywania gwarancji, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy.

W § 3 ust. 1 gwarancji ubezpieczeniowej wskazano, że na jej podstawie (...) zapłaci na rzecz (...) kwotę roszczenia w terminie 14 dni od otrzymania oryginału pisemnego wezwania do zapłaty "wraz z kopią dokumentów uzasadniających roszczenie".

Zgodnie z § 3 ust. 2 gwarancji wezwanie do zapłaty, o którym mowa w § 3 ust. 1 gwarancji, pod rygorem nieważności musiało być złożone w formie pisemnej i podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu (...) sp. z o.o. w zakresie jej praw i zobowiązań majątkowych, a nadto, stosownie do § 3 ust. 3 gwarancji, do wezwania należało załączyć aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego lub inny dokument rejestrowy bądź założycielski beneficjenta oraz poświadczoną za zgodność kopię karty wzorów podpisów osób wymienionych w § 3 ust. 2 gwarancji.

W § 5 gwarancji wskazano, iż obowiązuje ona w okresie od 26 lipca 2012 r. do 1 grudnia 2014 r. i tylko wezwanie doręczone (...) w tym terminie powoduje obowiązek zapłaty.

Nadto w § 6 gwarancji wskazano, że gwarancja traci ważność, a zobowiązanie gwaranta wygasa również w przypadku: a) zwolnienia wykonawcy przez beneficjenta ze zobowiązań, których zabezpieczeniem jest gwarancja, zwolnienia gwaranta przez beneficjenta ze zobowiązań wynikających z gwarancji, b) zwrotu oryginału gwarancji do gwaranta, c) nie złożenia kompletnego wezwania do zapłaty w okresie ważności gwarancji stosownie do określonych w § 3 gwarancji wymogów.

W § 8 ust. 2 gwarancji wskazano, że w zakresie nieuregulowanym w gwarancji zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy kodeksu cywilnego oraz ustawy o działalności ubezpieczeniowej.

### ***dowód: Gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania kontraktu nr (...) (k. 71-72)***

Spółka (...) S. przystąpiła do realizacji umowy nr (...).

Funkcję kierownika budowy objął zatrudniony przez spółkę (...) D. S. (1).

### ***fakty niesporne***

W toku realizacji umowy nr (...) sporządzono protokół spotkania z dnia 17 stycznia 2013 r., z którego wynika, że wzięli w nim udział wspólnicy J. S. (1) i K. S. ze strony spółki (...) oraz J. Ś. i G. S. ze strony spółki (...).

Wskazano w nim, że spółka zobowiązała się do dostarczenia uaktualnionego harmonogramu z podziałem na projekty do 15 stycznia 2013 r., czego nie dokonano, nie przedłożono również referencji podwykonawcy przedstawionego do uzgodnienia. Wskazano również, iż wykonawca zobowiązał się poinformować o sposobie spłaty zaległości zapłaty należnej firmie (...) za prace rozbiórkowe w kwartale 23. Podwykonawca ten nie był uzgodniony. Wykonawca zobowiązał się do 29 stycznia 2013 r. przedstawić w formie pisemnej wynik negocjacji dotyczących spłaty zadłużenia.

Protokół został podpisany przez wszystkie osoby uczestniczące w spotkaniu.

Sporządzono również protokół datowany na 31 stycznia 2013 r., w którym opisano przebieg spotkania z tej daty z udziałem wspólników J. S. (1), K. S. i J. S. (2) ze strony (...) oraz G. S. i J. Ś. ze strony spółki (...). W protokole stwierdzono, że wykonawca nie dostarczył harmonogramu, jednak w dniu 29 stycznia 2013 r. wykonawca złożył projekty umów z podwykonawcami do uzgodnienia, co do których inwestor ma do zająć stanowisko. Wykonawca w dniu 29 stycznia 2013 r. przesłał również uzgodnienie z firmą (...) co do spłaty faktur. Wykonawca przedłożył

również pismo dotyczące sytuacji finansowej firmy. W protokole uzgodniono, że ostateczny termin dostarczenia harmonogramu zaktualizowanego to dzień 4 lutego 2013 r.

Protokół podpisały wszystkie osoby biorące udział w spotkaniu.

***dowód: protokół spotkania w dniu 17.01.2013 r. (k. 109-110)***

***protokół spotkania w dniu 31.01.2013 r. (k. 111)***

W okresie od dnia 4 lutego 2013 r. do dnia 27 maja 2013 r. odbywały się narady budowy, z których sporządzano protokoły.

W protokołach zamieszczano listę obecności wymieniającą osoby, które powinny być obecne na naradach, byli to: koordynator inspektorów nadzoru D. C., inspektor nadzoru robót budowlanych R. C., inspektor nadzoru robót sanitarnych W. S., inspektor nadzoru robót elektrycznych J. S. (3), inżynier kontraktu A. P., kierownicy budowy : kolejno D. S. (1), M. K. i P. S., architekci (...) A4 M. B. i J. S. (4), konstruktor (...) A4 P. P. (1), kierownik robót T. M. (1) P., K. S. reprezentujący generalnego wykonawcę, kierownicy robót podwykonawców.

Osoby obecne na naradach podpisywały listę obecności.

W trakcie narad omawiane były bieżące prace wykonywane na budowie, jak również występujące trudności w jej realizacji, takie jak np. konieczność dokonania dodatkowych prac.

Przedstawiciele (...) podnosili, że istnieje zagrożenie dotrzymania terminu zakończenia robót oraz występują opóźnienia w stosunku do przyjętego harmonogramu, natomiast przedstawiciele (...) zapewniali o dotrzymaniu terminu, jak również przedstawiali zaktualizowany harmonogram.

***dowód: protokół narady roboczej (...) z dnia 4.02.2013 r. z załącznikami (k. 217-222)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 25.02.2013 r. (k. 214-216)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 11.03.2013 r. (k. 212-213)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 25.03.2013 r. (k. 208-210)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 8.04.2013 r. (k. 202-204)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 15.04.2013 r. (k. 469-471)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 22.04.2013 r. (k. 472-474)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 29.04.2013 r. (k. 475-477)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 6.05.2013 r. (k. 478-480)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 13.05.2013 r. (k. 481-483)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 20.05.2013 r. (k. 205-207)***

***protokół narady roboczej (...) z dnia 27.05.2013 r. (k. 199-201)***

Inspektor nadzoru R. C. w dokumentach zatytułowanych "Sprawozdanie Inspektora Nadzoru ze stanu realizacji robót zgodnie z umową o pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru" wskazywał opis postępu robót w stosunku do przyjętego harmonogramu.

W sprawozdaniu z 31 marca 2013 r. za okres od 1 marca 2013 r. do 31 marca 2013 r. wskazał, że zaawansowanie w stosunku do harmonogramu wynosi:

na budynku nr (...) – 0%,

na budynku nr (...) – 0%,

na budynku nr (...) – 0%,

na budynku nr (...) – 64,50%,

na budynku nr (...) – 0%,

na budynku nr (...) – 0%,

zaś w przypadku nakładów finansowych poniesionych na roboty w powiązaniu z przyjętym harmonogramem zaawansowanie robót ocenił na 14,02% (wykonano 84.200 zł, powinno być wg harmonogramu 600.515,82 zł).

Stwierdził również, że występują poważne opóźnienia w stosunku do założonego harmonogramu, a jeśli nastawienie generalnego wykonawcy ( (...)) nie zmieni się, to nie ma możliwości dotrzymania końcowego terminu realizacji inwestycji.

#### ***dowód: sprawozdanie inspektora nadzoru z dnia 31.03.2013 r. (k. 459-462)***

(...) i (...) w toku realizacji budowy wymieniały korespondencję, w której wskazywano na występujące opóźnienia, trudności z realizacją budowy, uzgadniano podwykonawców, sposób realizacji niektórych elementów, jak również informowano o zmianach na stanowisku kierownika budowy oraz o zatrudnionych pracownikach.

G. S. – prezes zarządu spółki (...) pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. odpowiedziała (...) na pismo z dnia 14 grudnia 2012 r. i poinformowała, że (...) wyraża zgodę na zastosowanie systemu wykonania izolacji poziomych metodą iniekcji ciśnieniowej z zastosowaniem materiałów firmy (...), nadto wskazała, że (...) nie akceptuje podwykonawcy przewidzianego do tych prac, a jednocześnie prosi o dostarczenie referencji oraz wykazu doświadczenia (...) sp. z o.o. zaproponowanej jako podwykonawca robót budowlanych w budynkach nr (...).

Pismem z dnia 29 stycznia 2013 r. K. S. przedłożył (...) umowy z podwykonawcami (...) sp. z o.o. oraz zwrócił się o ich akceptację.

J. Ś. – wiceprezes zarządu spółki (...) – odpowiedziała na pisma spółki (...) z dnia 5 lutego 2013 r. nr (...) i (...) informując, że nie ma potrzeby dostarczania oryginałów umów z podwykonawcami, lecz (...) oczekuje kserokopii, zgodnie z § 12 pkt 3 umowy nr (...), w związku z (...) spółka (...) zwróciła oryginały umów poprosiła o dostarczenie kompletnych kopii umów z podwykonawcami robót w terminie do 19.02.2013 r. Ponadto odnośnie złożonych harmonogramów wskazała, że (...) informuje, iż inżynierowie kontraktu przekazali uwagi kierownikowi budowy D. S. (2) oraz Z. S., a także zaznaczyła, że w przypadku budynku nr (...) nie zgadzają się sumy pozycji, co sprawia, że (...) nie może zatwierdzić złożonych harmonogramów i wyznacza natychmiastowy termin na złożenie poprawionych harmonogramów.

Wspólnik J. S. (2) pismem z dnia 18 lutego 2013 r., kierowanym do (...), przekazał harmonogramy dla budynków nr (...) wraz z zagospodarowaniem terenu w czterech egzemplarzach i z płytą CD oraz projekt umowy o roboty budowlane z podwykonawcą (...) sp. z o.o. nr (...) -2013 i poprosił o zatwierdzenie przekazanych dokumentów.

G. S. pismem z dnia 26 lutego 2013 r., skierowanym do spółki (...), odpowiedziała na jej pismo nr (...) dotyczące zmiany osoby na stanowisku kierownika budowy informując, że akceptuje proponowaną osobę – M. K..



Wspólnik K. S. pismem z dnia 1 marca 2013 r. przedstawił (...) do akceptacji firmę (...), która miała przejąć kompleksową realizację robót elektrycznych zewnętrznych i wewnętrznych na kwartale 23 w S. oraz firmę (...) sp. z o.o., która miała przejąć kompleksową realizację robót sanitarnych zewnętrznych wraz z przyłączami i wewnętrznymi na kwartale 23 w S..

Geodeta S. Ż. złożył kierownikowi budowy D. S. (1) w piśmie z dnia 13 marca 2013 r. oświadczenie, zgodnie z którym w związku z brakiem szczegółów dokumentacji projektowej dotyczącej posadowienia nowo projektowanych budynków w kwartale 23 w S. wstrzymał prace geodezyjne na budowie do czasu otrzymania od spółki (...) potwierdzonej i poprawionej dokumentacji projektowej, dotyczącej wykonania posadowienia nowo projektowanych budynków w stosunku do budynków już istniejących. Na piśmie tym dokonano odrębnych adnotacji, datowanych na 14 marca 2013 r., zgodnie z którymi w dniu otrzymania pisma biuro projektów dostarczyło brakujące elementy dokumentacji.

Pismem z dnia 15 marca 2013 r. G. S. poinformowała, że (...) nie uzgadnia proponowanych podwykonawców – (...) sp. z o.o., bowiem (...) nie zatrudnia żadnych pracowników, zaś decyzja co do spółki (...) miała zostać podjęta po przedstawieniu informacji o liczbie zatrudnianych pracowników.

G. S. pismem z dnia 28 marca 2013 r. skierowanym do spółki (...) odpowiedziała na e-mail z dnia 21 marca 2013 r. i poinformowała, że (...) wyraża zgodę na zafakturowanie większej kwoty w stosunku do wartości robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym do wykonania w miesiącu lutym 2013 r. w budynku nr (...).

H. Z. złożył dnia 10 kwietnia 2013 r. oświadczenie, że w firmie (...) zatrudnia ogółem pięć osób (łącznie z nim samym), a dodatkowo, w zależności od potrzeb, współpracują z nim jego dwaj emerytowani pracownicy, istnieje nadto możliwość zatrudnienia kolejnych pracowników.

***dowód: pismo z dnia 3.01.2013 r. (k. 119)***

***pismo z dnia 29.01.2013 r. (k. 112)***

***pismo z dnia 12.02.2013 r. (k. 113)***

***pismo z dnia 18.02.2013 r. (k. 114)***

***pismo z dnia 26.02.2013 r. (k. 115)***

***pismo z dnia 1.03.2013 r. (k. 116)***

***pismo z dnia 13.03.2013 r. (k. 117)***

***pismo z dnia 15.03.2013 r. (k. 120-121)***

***pismo z dnia 28.03.2013 r. (k. 118)***

***pismo z dnia 10.04.2013 r. (k. 122)***

Inspektor nadzoru R. C. w sprawozdaniu z 30 kwietnia 2013 r. za okres od 1 kwietnia 2013 r. do 30 kwietnia 2013 r. wskazał, że zaawansowanie w stosunku do harmonogramu wynosi:

na budynku nr (...) – 8,40%,

na budynku nr (...) – 15,47%,

na budynku nr (...) – 18,11%,

na budynku nr (...) – 0%,

na budynku nr (...) – 0%,

na budynku nr (...) – 8,27%,

zaś w przypadku nakładów finansowych poniesionych na roboty w powiązaniu z przyjętym harmonogramem zaawansowanie robót ocenił na 9,18% (wykonano 54.017,82 zł, powinno być wg harmonogramu 587.982,51 zł)

Stwierdził również, że występują bardzo poważne opóźnienia w stosunku do założonego harmonogramu (sięgające około 1.000.000 zł), a jeśli nastawienie generalnego wykonawcy nie zmieni się, to nie ma możliwości dotrzymania końcowego terminu realizacji inwestycji.

***dowód: sprawozdanie inspektora nadzoru z dnia 30.04.2013 r. (k. 463-465)***

Trudności w realizacji przedmiotu umowy o roboty budowlane, występujące po stronie spółki (...), spowodowane były przede wszystkim tym, że spółka nie zapewniała wystarczającej liczby pracowników oraz nie była w stanie zapewnić prawidłowego finansowania budowy. W efekcie występowały braki w dostawie materiałów budowlanych, co więcej spółka nie dopełniała obowiązku płacenia wynagrodzenia pracownikom.

Geodeta wielokrotnie nie pojawiał się na placu budowy, podobnie jak kierownik budowy D. S. (1). Z uwagi na to, że spółka (...) nie płaciła wynagrodzenia pracownikom, kolejno składali oni wypowiedzenia i odchodzili z pracy. Tak postąpił również D. S. (1) – kierownik budowy, zastąpiony przez P. S., a po im obowiązki kierownika budowy pełniła nieoficjalnie pracownica spółki (...), która odeszła z (...) jako ostatnia.

Trudności finansowe, z jakimi borykała się spółka (...) w II i III kwartale 2013 r. spowodowały, że utraciła ona całkowicie płynność finansową. Pojawiły się zajęcia komornicze wierzycielności spółki (...), co zmuszało spółkę (...) do przekazywania komornikom sądowym należności dla (...). Wywołało to dalszy efekt w postaci tego, że spółka (...) nie mogła po dokonaniu zajęć płacić bezpośrednio podwykonawcom spółki (...).

***dowód: zeznania świadka A. P. (k. 839-839v, 843)***

***zeznania świadka R. C. (k. 839v-840, 843)***

***zeznania świadka M. P. (k. 896v, 899)***

***zeznania świadka K. S. (k. 916v-917v, 921)***

***przesłuchanie wiceprezesa zarządu powódki J. Ś. (k. 917v-918v, 921)***

Pismem z dnia 15 kwietnia 2013 r. skierowanym do (...), G. S. poinformowała o tym, że istniejące opóźnienia w realizacji zakresu rzeczowo-finansowego objętego umową nr (...) nadal ulegają powiększeniu w stosunku do zatwierdzonego i obowiązującego harmonogramu. Wskazała, że w styczniu i lutym 2013 r. wykonano 89% zakresu zaplanowanego w harmonogramie, natomiast w marcu 20% zakresu zaplanowanego w harmonogramie, w związku z czym zwróciła się o przedstawienie przez (...) w terminie do dnia 19 kwietnia 2013 r. pisemnego szczegółowego planu działań naprawczych wraz z datami ich podjęcia w celu nadrobienia do dnia 15 maja 2013 r. występujących opóźnień. Zaznaczyła, że w przeciwnym razie spółka (...) będzie miała podstawę do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wspólnik K. S. odpowiedział na pismo z dnia 15 kwietnia 2013 r. pismem z dnia 25 kwietnia 2013 r., w którym przyznał, że zgodnie z harmonogramem do 30 kwietnia 2013 r. miały zostać wykonane roboty o łącznej wartości około 2.635.972 zł, zaś łączna wartość robót w toku to około 1.600.000 zł. Wskazał również, że występujące opóźnienia zostaną przez (...) nadrobione i przedstawił proponowany „plan naprawczy”. Zapewniał również, że opóźnienia po zmianach w harmonogramie dotyczące budynków zostaną nadrobione w okresie od 1 do 3 miesięcy, a także wskazał,

że ochronę placu budowy przejęła spółka (...), proponował również zwiększenie udziału wykonawczego spółki (...), bowiem uzyskała ona kredyt pozwalający na zwiększenie tempa robót.

Pismem datowanym na dzień 7 maja 2013 r. J. Ś. poinformowała, że mimo akceptacji zmiany osoby na stanowisku kierownika budowy z D. S. (1) na M. K. do zmiany nie doszło, zamiast tego (...) wystąpiło o kolejną zmianę na stanowisku kierownika budowy na P. S. (który był dotychczas kierownikiem robót podwykonawcy) oraz na stanowisku kierownika robót na P. K.. (...) zaakceptowało wskazaną zmianę, jednakże zażądało jej uzasadnienia.

G. S. pismem z dnia 8 maja 2013 r. odpowiedziała na pismo z dnia 25 kwietnia 2013 r., nie uznając przedstawionego tam „planu naprawczego” i ponowiła żądanie przedstawienia przez (...), w terminie do dnia 14 maja 2013 r. godziny 10<sup>00</sup>, szczegółowego planu naprawczego wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym realizacji robót budowlanych, mającego na celu nadrobienie opóźnień.

Wspólnik K. S. odpowiedział na pismo z dnia 7 maja 2013 r. pismem z dnia 9 maja 2013 r. informując, że do zmiany na stanowisku kierownika budowy z D. S. (1) na M. K. nie doszło z powodu zwolnienia się ich obu z pracy, przy czym D. S. (1) zgodził się pełnić obowiązki kierownika budowy do czasu ich objęcia przez nową osobę.

Pismem z dnia 10 maja 2013 r. G. S. poinformowała o akceptacji przez (...) P. S. na stanowisko kierownika budowy.

Wspólnik K. S. w piśmie z dnia 13 maja 2015 r. przedstawił (...) zmodyfikowany harmonogram, w którym, jak napisał, dokonano zmian eliminujących oczywiste błędy technologiczne i rzeczowe. Wskazał w nim również, że łączne opóźnienia to kwota 213.938,92 zł brutto.

***dowód: pismo z dnia 15.04.2013 r. (k. 123-124)***

***pismo z dnia 25.04.2013 r. (k. 125-126)***

***pismo z dnia 7.05.2013 r. (k. 129-130)***

***pismo z dnia 8.05.2013 r. (k. 127)***

***pismo z dnia 9.05.2013 r. (k. 128)***

***pismo z dnia 10.05.2013 r. (k. 131)***

***pismo z dnia 13.05.2013 r. (k. 132)***

W związku ze zmianami na stanowisku kierownika budowy oraz koniecznością zlecenia robót podwykonawcom spółki (...) i (...) zawarły dwa aneksy do umowy nr (...).

Aneksem nr (...) z dnia 17 maja 2013 r. ustanowiono kierownikiem budowy specjalności konstrukcyjno-budowlanej P. S., a także zmieniono § 12 ust. 2 umowy wskazując, że roboty wykonywane będą przez podwykonawców w zakresie instalacji elektrycznych, instalacji sanitarnych, c.o. i wod-kan, robót ogólnobudowlanych w budynkach nr (...) oraz w zakresie wykonania poziomej izolacji przeciwwilgociowej metodą iniekcji ciśnieniowej na budynkach (...).

Aneksem nr (...) z dnia 22 maja 2013 r. po raz kolejny zmodyfikowano § 12 ust. 2 umowy nr (...) dodając do zakresu robót powierzonych wykonawcom kompleksową obsługę geodezyjną.

***dowód: aneks nr (...) do umowy nr (...) (k. 223-224)***

***aneks nr (...) do umowy nr (...) (k. 225)***

W okresie od dnia 4 kwietnia 2013 r. do dnia 1 października 2013 r. miały miejsce kolejne zajęcia wierzytelności przysługujących spółce (...), dokonywane przez komorników sądowych.

Łączna kwota egzekwowanych przez komorników należności oraz kwota do jakiej komornicy dokonali zajęcia wierzytelności wyniosła 1.796.793,04 zł.

***dowód: zajęcia wierzytelności (k. 440-458v)***

***zestawienia zajęć wierzytelności (...) (k. 438-439)***

G. S. w piśmie z dnia 21 maja 2013 r. skierowanym do spółki (...) wskazała, że w związku ze znacznym opóźnieniem w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do uzgodnionego harmonogramu realizacji inwestycji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (...), spółka (...) oświadcza, iż z dniem 4 czerwca 2013 r. odstąpi od realizacji umowy nr (...) z dnia 26 lipca 2012 r.

Powołała jako przesłanki odstąpienia zmianę sytuacji finansowej spółki (...) rzutującą na prawidłowy przebieg realizacji inwestycji oraz realizację części robót przez niezgodnionego podwykonawcę, przy jednoczesnym braku zapłaty za wykonane przez niego prace.

Zaznaczyła przy tym, że (...) gotowe jest zrezygnować z zamiaru odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, o ile (...) odpowiednio wcześniej wykaże, iż jest w stanie terminowo zrealizować prace budowlane określone w umowie. Jako warunek wskazała przedstawienie przez (...): wiarygodnego planu zabezpieczenia osobowego, materiałowego i sprzętowego na budowie poprzez wskazanie podwykonawcy dysponującego potencjałem technicznym, fachowym, organizacyjnym i finansowym do wykonania pozostałej części umowy nie objętej zakresem robót realizowanym przez uzgodnionych i funkcjonujących na placu budowy podwykonawców (wraz z wnioskiem o uzgodnienie podwykonawcy (...) powinno złożyć projekt zawartej z nim umowy i dokumenty potwierdzające spełnienie wskazanych warunków), oraz przedstawienie rzeczywistej sytuacji finansowej spółki, na piśmie podpisanym przez wszystkich jej współników, w szczególności możliwości rozwiązania problemu zobowiązań spółki (w tym zajęć komorniczych), sprawozdań finansowych spółki na dzień 31 grudnia 2012 r. i 31 marca 2013 r., zestawienia zobowiązań długoterminowych i krótkoterminowych z podziałem na zobowiązania bieżące i przeterminowane, a także prognozy finansowej obejmującej prowadzoną inwestycję przez okres jej realizacji, jak również wiarygodnych dokumentów, w tym bankowych, świadczących o tym, że nie ma ryzyka upadłości spółki (...), a tym samym nie będzie podstaw do pozytywnego rozpatrzenia przez sąd złożonych wniosków o upadłość.

***dowód: pismo z dnia 21.05.2013 r. (k. 134-135)***

Spółka (...) przedłożyła spółce (...) dokument datowany na maj-czerwiec 2013 r., zatytułowany „Założenia do programu ratunkowego Przedsiębiorstwa (...). J. ul. (...); (...)-(...) S.”.

Dokument ten nie jest przez nikogo podpisany, na końcu dokumentu znajduje się sformułowanie „Z szacunkiem L. R.”.

Na wstępie dokumentu wskazano, że sytuacja (...) w chwili sporządzania dokumentu jest trudna. Z. w nim również bilans spółki (...) na dzień 30 kwietnia 2013 r. Wskazano również na możliwość sprzedaży spółki zewnętrznemu inwestorowi, ogłoszenia upadłości, przeprowadzenia programu restrukturyzacji.

Spółka (...) złożyła również, podpisane przez współnika J. S. (2), pismo z dnia 23 maja 2013 r., w którym przedstawiła informacje uzupełniające. Wyjaśniła, iż prace zlecone podwykonawcom to budynki nr (...) w zakresie robót budowlanych, iniekcji we wszystkich budynkach, obsługi geodezyjnej. Wskazała także, że (...) ma uzgodnione roboty elektryczne branżowe z firmą – (...) H. Z. – obejmujące kompleksową realizację robót elektrycznych wewn. i zewn. za łączną kwotę 677.489,00 zł netto, oraz że posiada dwie równoległe oferty na kompleksową realizację instalacji sanitarnych wewn. i zewn., łącznie z wentylacjami za łączną kwotę 131.467,00 zł.

***dowód: założenia do programu ratunkowego (k. 136-144)***

***pismo z dnia 23.05.2013 r. (k. 145)***

Pismem z dnia 3 czerwca 2013 r. G. S., nawiązując do pisma z dnia 21 maja 2013 r., w związku z dostarczeniem do dnia 31 maja 2013 r. części wymaganych dokumentów wymienionych w wyżej wymienionym piśmie, a także z uwagi na czas niezbędny do ich weryfikacji (gdyż ich część została dostarczona dnia 31 maja 2013 r.), poinformowała spółkę (...), że przesuwa termin na złożenie pozostałej części dokumentacji i ocenę już przedłożonej do dnia 10 czerwca 2013 r. Oświadczyła również, że nieudokumentowanie realnej możliwości kontynuacji umowy nr (...) do dnia 10 czerwca 2013 r. spowoduje odstąpienie z dniem 11 czerwca 2013 r. od jej realizacji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (...).

**dowód: pismo z dnia 3 czerwca 2013 r. (k. 146)**

G. S. jako prezes zarządu spółki (...) w piśmie skierowanym do spółki (...), oznaczonym jako L. dz. (...), datowanym na 11 czerwca 2013 r. i w tym dniu doręczonym spółce (...) oświadczyła, że z dniem 11 czerwca 2013 r. (...) odstępuje od realizacji umowy nr (...) z dnia 26 lipca 2012 r. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (...).

Jako podstawę odstąpienia wskazała § 46 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 11 ust. 2 ogólnych warunków umów o roboty budowlane, a także § 19 ust. 1 i 2 umowy nr (...), natomiast jako przyczyny odstąpienia wskazała:

1. opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do przyjętego harmonogramu realizacji inwestycji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
2. zagrożenia zakończenia realizacji inwestycji zgodnie z umową w związku z utratą zdolności finansowych i organizacyjnych niezbędnych do jej realizacji,
3. brak realizacji obowiązków leżących po stronie wykonawcy zgodnie z postanowieniami umowy, które rzutują na prawidłowy przebieg realizacji inwestycji,
4. podpisanie umowy z podwykonawcą bez wiedzy i pisemnej zgody zamawiającego, a także brak zapłaty temu podwykonawcy, pomimo otrzymania wynagrodzenia za te prace od zamawiającego.

Zaznaczyła także, iż niewykonane prace zostaną zlecone osobom trzecim, a w przypadku wzrostu ich wynagrodzenia w stosunku do wynagrodzenia (...) spółka ta zostanie obciążona wzrostem tych kosztów.

Wezwała również (...) do zaprzestania prac z dniem 11 czerwca 2013 r. i na dzień 12 czerwca 2013 r. godzinę 9<sup>00</sup> wyznaczyła przystąpienie do inwentaryzacji robót. Również do dnia 12 czerwca 2013 r. (...) miało opróżnić plac budowy z osób i urządzeń wykonawcy z wyłączeniem określonych kategorii osób i obiektów.

Jako załącznik do wskazanego pisma przedłożono szczegółowy wykaz przyczyn odstąpienia, podpisany przez J. Ś. i G. S..

W zakresie opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do przyjętego harmonogramu wskazano, że wykonawca (...) opóźnił się z realizacją robót w stosunku do zatwierdzonego dnia 14 marca 2013 r. uaktualnionego harmonogramu realizacji robót. Harmonogram ten miał umożliwić nadrobienie wcześniejszych zaległości w stosunku do pierwotnego harmonogramu, lecz z zaawansowania robót od stycznia 2013 r. wynika, że opóźnienia wzrastają. Wskazano również, że zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem wykonanie do 30 kwietnia 2013 r. powinno wynosić 2.713.207,80 zł, a rzeczywistość w okresie od 14 sierpnia 2012 r. do 30 kwietnia 2013 r. wzniosło 1.470.391,85 zł zgodnie z wystawionymi fakturami, co przekłada się na łączne rzeczywiste wykonanie w okresie od początku budowy do 30 kwietnia 2013 r. – 54% przerobu wynikającego z harmonogramu.

Zaznaczono również, że (...) widząc zagrożenie terminu zakończenia robót zwróciło się pismem z dnia 15 kwietnia 2013 r. o przedłożenie w terminie do dnia 19 kwietnia 2013 r. szczegółowego planu naprawczego ze wskazaniem działań jakie zostaną podjęte przez wykonawcę w celu nadrobienia zaległości, pod rygorem odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wskazano, że wykonawca złożył dnia 26 kwietnia 2013 r. spółce (...) pismo, w którym potwierdził, że zgodnie z harmonogramem wykonanie robót na koniec kwietnia 2013 r. powinno wynosić

2.635.972 zł, a faktycznie było to około 1.600.000 zł, co stanowi 60% wykonania harmonogramowego. Wskazano również, że wykonawca nie wskazał terminów konkretnych działań, jakie zostaną przez wykonawcę podjęte w celu nadrobienia zaległości w krótkim czasie. Zaznaczono, że zamawiający ponownie zwrócił się pismem z dnia 8 maja 2013 r. o przedstawienie w terminie do 14 maja 2013 r. szczegółowego planu działań naprawczych w celu nadrobienia opóźnień wraz z harmonogramem wskazującym na nadrobienie opóźnień. Zaznaczono, że co prawda wykonawca 14 maja 2015 r. złożył pismo wraz z nowym harmonogramem, lecz nie wskazał realnych działań jakie ma zamiar podjąć w celu nadrobienia opóźnień. Podkreślono również, że przyjęta przez (...) metodyka oszacowania opóźnienia nie miała oparcia w ustalonym harmonogramie, a także iż nowy harmonogram nie wykazywał zwiększenia zaangażowania robót w celu dotrzymania terminu zakończenia budowy, a jedynie przesunął wykonanie na późniejszy okres, a co więcej w ocenie (...) nadal nie jest on realny w sytuacji finansowej i organizacyjnej spółki (...). Spółka (...) podkreśliła również, że harmonogram zatwierdzony dnia 14 marca 2013 r. był zaktualizowany w stosunku do pierwotnego, który zakładał wykonanie robót do 30 kwietnia 2013 r. na poziomie 4.470.000 zł, podczas gdy zaktualizowany około 2.700.000 zł, a rzeczywiste wykonanie to około 1.500.000 zł, co obrazuje tendencję spadkową w wykonywanych pracach i poziomie zaangażowania.

Spółka (...) zaznaczyła także, iż po upływie ponad 9 miesięcy budowy, około 44% wykonania do dnia 30 kwietnia 2013 r., to prace rozbiórkowe o wartości 653.308,30 zł wykonane w okresie od 14 sierpnia 2012 r. do 26 października 2012 r., co oznacza, że przez 6 miesięcy od listopada 2012 r. do 30 kwietnia 2013 r. wykonanie wyniosło 817.083,55 zł.

Podkreślono także, że na budowie budynków realizowanych przez (...) (nr (...)) pracowało do końca maja 2013 r. 9 osób, w tym operator koparki i kierowca, podczas gdy na budowie budynków, które realizuje podwykonawca (nr (...)) pracowało przez pierwsze miesiące średnio 24-30 osób. Wskazano także, iż na naradzie dnia 3 czerwca 2013 r. przedstawiciel (...) podał do protokołu, że na budowie jest 18 osób pracowników podwykonawcy i 1 osoba – kierownik robót ze strony (...). Spółka (...) zaznaczyła, że wskazują na to również notatki inżyniera kontraktu z wizji lokalnych budowy sporządzonych w okresie od 1 marca 2013 r. do 17 maja 2013 r. Podkreślono, iż tempo prac oraz wielkość przerobu obrazuje również zaopatrzenie w materiały budowlane, zaś do dnia 13 maja 2013 r. nie złożono ani jednego wniosku o zaakceptowanie materiałów do wbudowania, na co wskazuje protokół nr (...). Zaznaczono także, iż jedynie uzgodnieni podwykonawcy w marcu i kwietniu 2013 r. wbudowywali własne materiały i składali wnioski materiałowe na podstawowe materiały, beton i stal.

Odnosząc się do zagrożenia zakończenia realizacji inwestycji zgodnie z umową w związku z utratą zdolności finansowych i organizacyjnych niezbędnych do jej realizacji, w szczegółowym uzasadnieniu odstąpienia wskazano, że w protokołowanych naradach roboczych od dnia 15 kwietnia 2013 r. do 13 maja 2013 r. nie brał udziału kierownik budowy, zaś na naradzie (...) przedstawiciel wykonawcy podał do protokołu, że kierownik budowy wypowiedział ze skutkiem natychmiastowym umowę o pracę i od 2 tygodni nie jest obecny na budowie. Podobnie kierownik robót wyznaczony przez uzgodnionego wykonawcę został zwolniony i przez okres 2 tygodni na budowie nie przebywała ani jedna osoba kierująca budową, która zgodnie z prawem budowlanym została zgłoszona do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Wskazano, że po powzięciu tej informacji (...) wezwało (...) do dnia 24 kwietnia 2013 r., aby zapewniło kierownika budowy zgodnie z umową i dopiero po tej interwencji (...) złożyło oświadczenie nowego kierownika robót o podjęciu obowiązków na budynkach wykonywanych przez podwykonawcę.

**dowód: pismo z dnia 11.06.2013 r. L. dz. (...) (k. 73-74, 147-148)**

**załącznik nr 1 do pisma z dnia 11.06.2013 r. L. dz. (...) (k. 75-79, 149-153)**

Pismem datowanym na 11 czerwca 2013 r., które wpłynęło do spółki (...) tego samego dnia, oznaczonym L. dz. (...), podpisanym przez G. S., spółka (...) wezwała spółkę (...) w związku z odstąpieniem przez (...) od umowy nr (...) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy do zapłaty kary umownej w wysokości 5% wynagrodzenia, tj. kwoty 798.486,36 zł, w terminie 7 dni kalendarzowych od daty wpływu wezwania do wykonawcy.

W załączniku przesłano notę księgową podpisaną przez prezesa zarządu G. S. i wiceprezesa zarządu główną księgową K. P..

**dowód: pismo z dnia 11.06.2013 r. L. dz. (...) (k. 80-81, 154-155)**

**nota księgowa nr (...) z dnia 11.06.2013 r. (k. 82, 174)**

Spółka (...) odniosła się do odstąpienia przez (...) od umowy nr (...) pismem datowanym na dzień 11 czerwca 2013 r., podpisanym przez J. S. (1), K. S. i J. S. (2).

Wspólnicy spółki utrzymywali, że opóźnienia wskazane przez (...) jako jedna z podstawowych przyczyn odstąpienia, były stosunkowo niewielkie i możliwe do zniwelowania z uwagi na odległy termin zakończenia realizacji inwestycji. Utrzymywali również, że wdrożenie programu ratunkowego opracowanego przez L. R. zniweluje zagrożenie niezrealizowania inwestycji z uwagi na utratę zdolności finansowych i organizacyjnych spółki (...). Twierdzili również, że w ciągu miesiąca przeprowadzą postępowanie upadłościowe w trybie upadłości układowej. Utrzymywali także, iż posiadają zaplecze umożliwiające realizację przyjętych zobowiązań, a utracony potencjał ludzki, szczególnie w osobach kierowników budowy, są w stanie szybko uzupełnić. Dodatkowo wskazali, że możliwość porozumienia się z (...) w kwestii wycofania decyzji o odstąpieniu od umowy jest kluczem do rozwiązania problemów nie tylko ich firmy.

**dowód: pismo (...) z dnia 11.06.2013 r. (k. 159-160)**

Pismem z dnia 11 czerwca 2013 r. (...) wyznaczyło termin dokonania inwentaryzacji robót. Termin jej zakończenia uległ przesunięciu z uwagi na realizowanie przez podwykonawcę prac, które musiały być zakończone przed dokonaniem inwentaryzacji. Spółka (...) wnioskuje również do (...) o zgodę na wykonanie prac zabezpieczających przez podwykonawcę – spółkę (...).

**dowód: pismo z dnia 11.06.2013 r. L. dz. (...) (k. 156-158)**

**pismo z dnia 14.06.2013 r. (k. 162)**

**pismo z dnia 17.06.2013 r. (k. 163)**

**pismo z dnia 25.06.2013 r. (k. 164)**

**pismo z dnia 8.07.2013 r. (k. 175-176)**

**pismo z dnia 13.08.2013 r. (k. 313)**

J. S. (1), K. S. i J. S. (2) pismem z dnia 24 czerwca 2013 r. oraz J. S. (2) pismem z dnia 19 sierpnia 2013 r. zakwestionowali zasadność odstąpienia od umowy przez (...) utrzymując, że faktycznie opóźnienia praktycznie nie występowały.

Spółka (...) w piśmie z dnia 8 lipca 2013 r., podpisanym przez G. S., wskazała, iż odstąpienie od umowy nr (...) jest nieodwołalne, a przedstawiane przez (...) argumenty podważające zasadność odstąpienia nie znajdują potwierdzenia. W szczególności spółka (...) wskazała, że z wysokości zafakturowanych robót jednoznacznie wynika opóźnienie w stosunku do zatwierdzonego przez obie strony harmonogramu rzeczowo-finansowego. Powtórzono również i rozbudowano argumentację wskazaną w odstąpieniu od umowy.

**dowód: pismo z dnia 24.06.2013 r. (k. 165-166)**

**pismo z dnia 19.08.2013 r. (k. 180)**

**pismo z dnia 8.07.2013 r. (k. 170-173)**

Dnia 12 sierpnia 2013 r. G. S. jako prezes zarządu spółki (...) skierowała do Towarzystwa (...) w W. wezwanie do zapłaty dotyczące gwarancji należytego wykonania kontraktu (...) z dnia 25 lipca 2012 r.

Wskazała w nim, że (...) żąda zapłaty kwoty 599.853,04 zł i oświadcza, że żądana kwota jest należna z tytułu gwarancji nr (...) beneficjentowi tej gwarancji, tj. (...) sp. z o.o. w S., w związku z niezapłaceniem przez wykonawcę, tj. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółkę jawną w S. należności powstałej w okresie obowiązywania gwarancji w związku z nienależytym wykonaniem umowy z dnia 26 lipca 2012 r. na wykonanie (...) wnętrza kwartału nr(...) ograniczonego ulicami (...) i aleją (...) w S.". Wskazała również, iż należność należy wpłacić na wskazane w wezwaniu konto (...), w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania do zapłaty.

W uzasadnieniu wezwania do zapłaty (...) wskazało, że odstąpiło dnia 11 czerwca 2013 r. od realizacji umowy nr (...) z dnia 26 lipca 2012 r. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – (...), w związku z czym zgodnie z warunkami umowy (...) obciążało (...) karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy w wysokości 798.486,36 zł, której termin zapłaty upłynął z dniem 18 lipca 2013 r., a (...) pomimo obowiązku zapłaty kary umownej, wynikającego z zawartej umowy, nie wpłacił na konto (...) wymaganej kwoty w wyznaczonym terminie. (...) wskazało również, iż w trakcie rozliczania budowy po odstąpieniu od umowy skompensowało należności (...) wynikające z wystawionych faktur z należną karą umowną w wysokości 198.633,32 zł, w związku z czym kwota kary umownej pozostała do zapłaty wynosi 599.853,04 zł.

Jako załączniki do wezwania do zapłaty (...) wskazało pismo znak (...) z dnia 11.06.2013 roku, pismo znak (...) z dnia 11.06.2013 roku, rozliczenie kompensaty należności (...) S. sp. j. z naliczoną karą umowną oraz dokumenty potwierdzające, że osoba, która podpisała wezwanie do zapłaty w imieniu beneficjenta jest uprawniona do jego reprezentowania: aktualny wypis z (...) sp. z o.o., karta wzoru podpisu poświadczona za zgodność z oryginałem.

***dowód: wezwanie do zapłaty z dnia 12.08.2013 r. (k. 83-84)***

***rozliczenie płatności z tytułu kompensaty kary umownej zgodnie z umową nr (...) (k. 85)***

***karta wzorów podpisów (k. 86-88)***

W dniu 19 sierpnia 2013 r. T. M. (2) – prezes zarządu Towarzystwa (...) w W. – sporządził dwa pisma : pierwsze kierowane do spółki (...) (doręczone w dniu 22 sierpnia 2013 r.), drugie kierowane do spółki (...) (również doręczone w dniu 22 sierpnia 2013 r.).

W piśmie do spółki (...) jako prezes zarządu Towarzystwa (...) w W. odmówił wypłaty żądanej wezwaniem do zapłaty z dnia 13 sierpnia 2013 r. kwoty 599.853,04 zł. Uzasadniając odmowę podniósł, że zgodnie z gwarancją ubezpieczeniową należytego wykonania kontraktu nr (...) z dnia 25 sierpnia 2012 r. gwarant (...) zabezpieczał roszczenie beneficjenta (...) w stosunku do wykonawcy (...) powstałe z tytułu niezapłacenia przez wykonawcę należności powstałych w okresie obowiązywania gwarancji, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, zaś gwarant w § 1 gwarancji wskazał, że gwarantuje na rzecz beneficjenta zapłatę kwoty do 798.486,36 zł bez stawiania warunków poza przewidzianymi w dokumencie gwarancji, co oznacza, że beneficjenta i gwaranta łączy stosunek zobowiązaniowy, którego ramy wyznacza gwarancja, zaś tłumaczenia zwrotów użytych w gwarancji bankowej „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” należy dokonywać z uwzględnieniem celu tego stosunku prawnego, zgodnie z art. 65 § 2 k.c.

Wskazał również, że w ocenie (...) gwarancja nr (...) nie zabezpiecza roszczenia beneficjenta w stosunku do wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy przez beneficjenta, gdyż konsekwencją odstąpienia od umowy jest utrata z chwilą odstąpienia od umowy podstawy prawnej dla zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, bowiem instytucja odstąpienia od umowy ma skutek niweczący, nakazujący traktować umowę, od której odstąpiono, jako niezawartą, a tym samym brak jest podstaw do kierowania roszczenia do gwaranta w przypadku skutecznego odstąpienia od chronionej gwarancją umowy, zaś przedmiotowe oświadczenie woli należy jednocześnie oceniać jako



powodujące zaistnienie przesłanki utraty ważności gwarancji wynikające z jej § 6 lit. a, czyli zwolnienia zobowiązanego przez beneficjenta ze zobowiązań.

Podkreślił także, iż w jego ocenie gwarancja obejmowała swą ochroną roszczenia z tytułu niezapłacenia przez wykonawcę należności wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i nie obejmowała roszczeń wynikłych z odstąpienia od niej, czy także niezapłacenia kar umownych.

Wskazał też, iż jego zdaniem, podpartym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23.07.2008 r., sygn. akt V ACa 199/08, zastrzeżenie zapłaty kary umownej na wypadek odstąpienia jest nieskuteczne.

W piśmie do spółki (...) T. M. (2) jako prezes zarządu Towarzystwa (...) poinformował, że do (...) wpłynęło wezwanie do zapłaty kwoty 599.853,04 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu zabezpieczającej roszczenie (...) w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Wskazał, iż z przedstawionych przez (...) informacji wynika, że (...) nie zapłaciło kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z zapisami umowy o roboty budowlane. W związku z tym zwrócił się do (...) o zajęcie stanowiska w sprawie, a w przypadku uznania, iż roszczenie (...) nie jest zasadne o przedstawienie dokumentów (lub innych dowodów) potwierdzających podniesione przez (...) okoliczności. Zwrócił się również o przekazanie umowy wraz z jej zmianami (aneksami) wskazując, że w przypadku ich nieprzekazania (...) może być zmuszone dokonać płatności na rzecz beneficjenta.

***dowód: pismo (...) z dnia 19.08.2013 r. do spółki (...) (k. 89-90)***

***pismo (...) z dnia 19.08.2013 r. do spółki (...) (k. 108)***

(...) spółki (...) K. S. skierował do Towarzystwa (...) w W. pismo z dnia 2 września 2013 r., które wpłynęło do (...) dnia 4 września 2013 r.

W piśmie tym odniósł się do pisma z dnia 19 sierpnia 2013 r. dotyczącego żądania zapłaty kwoty 599.853,04 zł z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...) twierdząc, że przesłanki leżące u podstaw wypowiedzenia umowy są niezasadne, pozbawione podstawy prawnej jak i umocowania w zapisach umownych. Zaznaczył, że między majem a lipcem 2013 r. z różnicy należności między zgłoszonymi podwykonawcami a należnościami dla (...) dokonało kompensat z karą umowną w wysokości 198.633,32 zł, co jego zdaniem potwierdza tezy (...) z 19 sierpnia 2013 r. dotyczące możliwości realizacji umowy, której termin zakończenia mijał w październiku 2014 r. Wyjaśnił również, iż (...) wiedział o pracy na budowie podwykonawcy niezgłoszonego i niezaakceptowanego na kilka miesięcy przed odstąpieniem od umowy. Wskazał, że w jego ocenie opóźnienia w realizacji umowy w stosunku do harmonogramu powstały z winy (...), a argumenty dotyczące opóźnień podnoszone przez (...) są naciągane, natomiast decyzja pozbycia się (...) jako wykonawcy była przygotowywana od końca marca 2013 r. Odniósł się również do kwestii zajęć komorniczych twierdząc, że nie ma to znaczenia, gdyż dokonano cesji należności dla bezpośrednich podwykonawców. Zarzucił również, że (...) poprzez nieprzyjęcie podwykonawców branżowych nie dopuścił do pełnego podzlecenia robót i bezproblemowej możliwości ich zakończenia. Podniósł także, iż w umowie łączącej (...) i (...) ani w ogólnych warunkach umów o roboty budowlane nie ma zapisów dotyczących czasu na odstąpienie od umowy od powzięcia wiadomości przedstawionych wyżej, mimo że § 46 ust. 1 ogólnych warunków umów określa termin 30 dni, w którym zamawiający może odstąpić od umowy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, lecz (...), choć był informowanych o okolicznościach, które stanowiły podstawę odstąpienia od umowy, nie wykorzystał ich do odstąpienia od umowy w 30-dniowym terminie. Ponadto twierdził, że (...) akceptował te okoliczności.

Jako załączniki do pisma z dnia 2 września 2013 r. K. S. przedstawił: protokoły z dnia 17.01.2013 r. i z dnia 31.01.2013 r., pismo z dnia 29.01.2013 r., pismo z dnia 12.02.2013 r., pismo z dnia 14.02.2013 r. jako dokument potwierdzający złożenie harmonogramu, pismo z dnia 26.02.2013 r., pismo z dnia 1.03.2013 r. jako przykład zgłoszenia do akceptacji podwykonawców, oświadczenie geodety z dnia 13.03.2013 r., pismo z dnia 28.03.2013 r., pisma z dnia 3.01.2013 r. i z dnia 15.03.2013 r. o braku akceptacji podwykonawców, oświadczenie z dnia 10.04.2013 r., pismo (...) z dnia

15.04.2013 r., pismo (...) z dnia 25.04.2013 r., pismo (...) z dnia 8.05.2013 r., pismo z dnia 9.05.2013 r. dotyczące zmiany kierownika budowy, pismo (...) z dnia 7.05.2013 r., pismo (...) z dnia 10.05.2013 r., pismo z 13.05.2013 r., w którym wskazał zmodyfikowany harmonogram, pismo (...) z dnia 21.05.2013 r., założenia programu ratunkowego L. R., pismo z dnia 28.05.2013 r., pismo z dnia 3.06.2013 r. przesuwające termin uzupełnienia wymaganych dokumentów, trzy pisma (...) z argumentacją wypowiadające umowę, odpowiedź (...) na te pisma złożona w (...) dnia 12.06.2013 r., pismo (...) z dnia 14.06.2013 r., pismo z dnia 14.06.2013 r. nr (...) wskazujące na prace dodatkowe realizowane wraz z pracami zabezpieczającymi, pismo z dnia 17.06.2013 r. w sprawie rozszerzenia zakresu koniecznych robót, które muszą zostać zakończone przed zakończeniem inwentaryzacji, które miały zostać wykonane przez spółkę (...), pismo z dnia 25.06.2013 r., pismo (...) z dnia 24.06.2013 r. odsyłające notę księgową, pismo z dnia 5.07.2013 r. wyrażające dezaprobatę do wykorzystywania (...) mimo wypowiedzenia umowy, pismo z dnia 8.07.2013 r. o innych pracach niż zabezpieczające, pismo (...) z dnia 8.07.2013 r. odsyłające notę księgową, pismo (...) z dnia 8.07.2013 r. będące odpowiedzią na pismo (...) z dnia 5.07.2013 r., pismo (...) do (...) i do (...) z dnia 12.08.2013 r. wzywające do zapłaty kwoty 599.853,04 zł, pismo (...) z dnia 19.08.2013 r. nie uznające noty księgowej i kompensaty, umowa nr (...) r., protokoły z inwentaryzacji określające zakres robót, 7 z 41 protokołów narad, aneks nr (...) z dnia 17.05.2013 r., aneks nr (...) z dnia 22.05.2013 r., umowa podstawowa, umowa wzorcowa z podwykonawcami, specyfikacja, ogólne warunki umów o roboty budowlane, oferta, pismo z dnia 13.08.2013 r., pismo z dnia 19.08.2013 r., pismo z dnia 30.08.2013 r.

**dowód: pismo z dnia 2.09.2013 r. (k. 103-107)**

**Sąd zważył, co następuje:**

Powódka jako beneficjent gwarancji ubezpieczeniowej dochodzi od pozwanego zapłaty kwoty 599.853,04 zł w związku z udzieloną przez pozwanego gwarancją ubezpieczeniową nr (...), zabezpieczającą należyte wykonanie umowy nr (...), łączącej powódkę oraz (...) spółkę jawną w S..

Objęta żądaniem pozwu kwota stanowi zastrzeżoną w umowie nr (...) karę umowną odpowiadającą kwocie 5% wynagrodzenia, określoną w § 15 ust. 1 lit. d umowy, za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, pomniejszoną o należności spółki (...) w wysokości 198.633,32 zł.

Umowa gwarancji ubezpieczeniowej należy do umów nienazwanych. Do łączącego powódkę i pozwane товариство ubezpieczeniowe stosunku prawnego zastosowanie znajdują ogólne przepisy kodeksu cywilnego o zobowiązaniach, zaś podstawę prawną roszczenia powódki stanowi art. 393 § 1 k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c.

Zgodnie z art. 393 § 1 k.c. jeżeli w umowie zastrzeżono, że dłużnik spełni świadczenie na rzecz osoby trzeciej, osoba ta, w braku odmiennego postanowienia umowy, może żądać bezpośrednio od dłużnika spełnienia zastrzeżonego świadczenia.

W art. 354 § 1 k.c. wskazane zostało z kolei, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

Na podstawie umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej (w tym przypadku umowy gwarancji ubezpieczeniowej) zawartej między Towarzystwem (...) (w tym zakresie jako dłużnikiem) a spółką (...) (jako wierzycielem) (...) zobowiązało się do zapłaty wskazanej w dokumencie gwarancji kwoty, we wskazanych okolicznościach, na rzecz spółki (...) (jako osoby trzeciej).

Przytoczone wyżej przepisy pozwalają na zrekonstruowanie normy, która podmiotowi uprawnionemu (powódce jako osobie trzeciej) pozwala na żądanie od podmiotu zobowiązanego (pozwanego - dłużnika) wykonania ciążącego na nim zobowiązania, poprzez spełnienie określonego świadczenia, zgodnie z treścią i w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu danego stosunku obligacyjnego, a także w sposób zgodny z zasadami współzycia społecznego i ustalonymi zwyczajami.

W przypadku omawianej gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) jej celem, stosownie do § 2 gwarancji, było zabezpieczenie roszczenia powódki w stosunku do (...) spółki jawnej z tytułu niezapłacenia przez spółkę (...) S. powstałych w okresie obowiązywania gwarancji należności związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy nr (...). Podstawę do zrekonstruowania normy uprawniającej powódkę do żądania od pozwanego towarzystwa zapłaty kwoty 599.853,04 zł stanowią § 1 i § 3 gwarancji.

Zgodnie z § 1 gwarancji gwarant [pozwane towarzystwo] nieodwołalnie i bez stawiania warunków poza przewidzianymi w niniejszym dokumencie [gwarancji] gwarantuje na rzecz beneficjenta [powódki] zapłatę do kwoty 798.486,36 zł.

W § 3 gwarancja wskazuje natomiast na czynność konwencjonalną, której dokonanie rodzi obowiązek spełnienia świadczenia przez pozwane towarzystwo na rzecz powódki. Wskazaną czynnością konwencjonalną było przedłożenie pozwanemu towarzystwu oryginału wezwania do zapłaty w formie pisemnej, podpisanego przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu powódki w zakresie jej praw i zobowiązań majątkowych, wraz z kopią "dokumentów uzasadniających roszczenie" oraz aktualnym odpisem z Krajowego Rejestru Sądowego lub innego dokumentu rejestrowego bądź założycielskiego powódki i poświadczoną za zgodność kopię karty wzorów podpisów osób upoważnionych do składania oświadczeń woli w imieniu powódki w zakresie jej praw i zobowiązań majątkowych.

Między stronami procesu od samego początku zarysował się spór na tle charakteru prawnego udzielonej gwarancji, mianowicie tego, czy ma ona charakter abstrakcyjny, czy też kauzalny.

Powódka wywodziła - powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego - że umowa gwarancji ubezpieczeniowej ma charakter abstrakcyjny.

Zgodzić należy się z prezentowanym przez orzecznictwo poglądem, zgodnie z którym umowa gwarancji ubezpieczeniowej czy też bankowej, opatrzona klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" jest umową samodzielną, nieakcesoryjną i abstrakcyjną. Umowa gwarancji opatrzona powyższymi klauzulami kreuje abstrakcyjne zobowiązanie gwaranta (ubezpieczyciela czy też banku) wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących gwaranta z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Gwarant w takiej sytuacji nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym gwarant nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji.

Spór między stronami powstał na tle tego, że objęta żądaniem pozwu gwarancja ubezpieczeniowa wskazywała wprawdzie, że gwarant gwarantuje zapłatę objętej gwarancją kwoty "nieodwołalnie" i "bez stawiania warunków", dalej zastrzeżono jednak, że nastąpi to jednak pod warunkami "przewidzianymi w niniejszym dokumencie". W dokumencie gwarancji w § 3 wskazane zostało, że warunkiem tym jest m.in. przedłożenie gwarantowi "dokumentów uzasadniających roszczenie".

Pozwane towarzystwo już w odpowiedzi na pozew w oparciu o ten zapis zakwestionowało abstrakcyjny charakter gwarancji nr (...) podkreślając, że w samym dokumencie gwarancji w § 3 zaznaczono, iż gwarant wypłaci żadaną kwotę, jeżeli otrzyma "dokumenty uzasadniające roszczenie" beneficjenta, zaś w § 5 umowy nr (...) określono procedurę sprawdzenia przez pozwanego zasadności podnoszonego przez beneficjenta roszczenia.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej czy też bankowej podlega regułom wykładni z art. 65 § 2 k.c. Strony tej umowy mogą dowolnie ukształtować treść łączącego ich stosunku zobowiązaniowego, także w taki sposób, który wyłącza jego abstrakcyjny charakter. W odpowiedzi na pozew strona pozwana przykładowo powołała dotyczący tej kwestii wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., wydany w sprawie IV CSK 569/12, w której Sąd Najwyższy w oparciu o zapis gwarancji ubezpieczeniowej wymagający przedłożenia gwarantowi kopii dokumentów wskazujących na istnienie roszczenia beneficjenta z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wywiódł, że przy takiej treści umowy gwarancji konieczne jest badanie na tle

stosunku podstawowego, czy miało miejsce niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania, gdyż dopiero te przesłanki pozwalały na określenie istnienia i zakresu obowiązku świadczenia gwaranta z tytułu udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej.

Analogiczna sytuacja wystąpiła na gruncie niniejszej sprawy, w związku z czym konieczne było dokonanie wykładni postanowień umowy gwarancji ubezpieczeniowej nr (...), łączącej pozwane Towarzystwo (...) i spółkę (...).

Reguły dokonywania wykładni oświadczeń woli zostały uregulowane w art. 65 § 1 k.c., zaś szczególne uregulowanie dotyczące wykładni umów znajduje się w art. 65 § 2 k.c. Przepis ten wskazuje, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. W orzecznictwie w tym zakresie [por. uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 29.06.1995 r., sygn. III CZP 66/95, OSNC 1995 nr 12, poz. 168] wyróżniono dwa etapy dokonywania tzw. kombinowanej wykładni umów: wykładnię subiektywną (w której zgodnie z art. 65 § 2 k.c. należy zbadać jaki był zgodny zamiar stron tej umowy) oraz wykładnię obiektywną (znajdującą zastosowanie jeżeli w oparciu o wykładnię subiektywną nie dało się ustalić zgodnego zamiaru stron). Zatem pozytywny wynik wykładni subiektywnej zamyka drogę do przeprowadzenia wykładni obiektywnej.

Na etapie subiektywnej wykładni umowy nr (...) wymagane było ustalenie jaki był zamiar stron umowy, a więc pozwanego Towarzystwa (...) oraz spółki (...), której wspólnicy wstąpili do niniejszej sprawy w charakterze interwenientów ubocznych po stronie pozwanej (podobnie jak syndyk masy upadłości masy upadłości spółki (...)). Dla dokonania subiektywnej wykładni umowy należało zbadać zgodny zamiar jej stron, stroną umowy podlegającą wykładni nie była natomiast powódka, dlatego jej twierdzenia i jej argumenty odnoszące się do tego, jak należy rozumieć zgodny zamiar stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej (badany na etapie wykładni subiektywnej), nie mogą być brane pod uwagę.

Jak już wspomniano pozwane towarzystwo w odpowiedzi na pozew zakwestionowało abstrakcyjny charakter gwarancji nr (...).

W toku procesu ani syndyk masy upadłości przedsiębiorstwa (...) S., ani pozostali interwenienci uboczni – J. S. (2), J. S. (1) i K. S. – nie wypowiedzieli się wprost co do charakteru prawnego udzielonej przez (...) gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże twierdzeń pozwanego towarzystwa, że abstrakcyjny charakter gwarancji został wolą stron umowy nr (...) wyłączony, nie zanegowali. Zgodnie z art. 79 k.p.c. czynności dokonywane przez interwenienta ubocznego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której interwenient ten przystąpił. W sytuacji, w której (...) spółki (...) (będącej stroną umowy nr (...)) wstępując do procesu z interwencją uboczną przystąpili do strony pozwanej, jak również popierali stanowisko pozwanego, przyjęć trzeba, iż również oni jako interwenienci wyrażają przedstawione przez pozwanego stanowisko w zakresie charakteru prawnego gwarancji (stanowisko to opierało się zaś na założeniu, że gwarancja miała charakter kauzalny, a nie abstrakcyjny).

Tym samym z zastosowaniem reguł wykładni subiektywnej możliwe było ustalenie zgodnego zamiaru stron umowy nr (...). Zamiarem tym było wyłączenie abstrakcyjnego charakteru gwarancji, takie stanowisko prezentują bowiem w niniejszym procesie obie strony umowy gwarancji, to jest pozwane towarzystwo oraz interwenienci uboczni - wspólnicy pozostającej obecnie w upadłości spółki (...) S.: J. S. (2), J. S. (1) i K. S..

Tezę taką wspiera również literalne brzmienie postanowień umowy nr (...) jak i gwarancji ubezpieczeniowej nr (...), w której § 3 mowa o dokumentach "uzasadniających roszczenie beneficjenta", natomiast w umowie w § 5 uregulowany został tryb postępowania zmierzający ku temu, aby gwarant mógł sprawdzić, czy roszczenie beneficjenta z zabezpieczonego gwarancją stosunku podstawowego jest zasadne. Co więcej wskazany w § 5 umowy nr (...) tryb został w sprawie zastosowany przez pozwane Towarzystwo (...), o czym świadczą załączone do odpowiedzi na pozew dokumenty, w tym dokumenty, które w ramach tego uregulowanego w § 5 trybu pozwanemu przedłożyli (...) spółki (...).

Wobec ustalenia w ten sposób zgodnego zamiaru stron umowy nr (...) należało uznać, iż wydana na jej podstawie gwarancja ubezpieczeniowa nr (...) nie ma charakteru abstrakcyjnego, a zatem zasadności roszczenia beneficjenta upatrywać należy w stosunku podstawowym łączącym spółki (...) i (...).

Stosunkiem tym jest umowa o roboty budowlane nr (...), współkształtowana ogólnymi warunkami umów o roboty budowlane, obowiązującymi w (...). Do umowy tej - jako umowy o roboty budowlane - zastosowanie znajdują art. 647-657 k.c. Wynikające z tego stosunku zobowiązaniowego roszczenie powódki jest roszczeniem o zapłatę kary umownej, którego powódka dochodzi na podstawie § 15 ust. 1 lit. d umowy, w wysokości 5% wynagrodzenia ryczałtowego, z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powódka - w oparciu o art. 483 § 1 k.c. - domaga się niniejszym procesie kwoty tego roszczenia, pomniejszonego o potrącone wierzytelności spółki (...).

Pozwane towarzystwo w odpowiedzi na pozew - powołując się na wyłączenie abstrakcyjnego charakteru gwarancji - wskazało na wynikające z umowy gwarancji uprawnienie po stronie pozwanego do dokonania oceny zasadności roszczenia powódki ze stosunku podstawowego, opartego o art. 483 § 1 k.c.

Takiej oceny pozwany dokonał już w przedprocesowym piśmie z dnia 19 sierpnia 2013 r., kierowanym do powódki spółki (...), w którym w oparciu o dostępną dokumentację wywiódł, że roszczenie z tytułu kary umownej powódce nie przysługuje, ponieważ :

- 1) konsekwencją odstąpienia od umowy jest utrata podstawy prawnej dla zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, bowiem instytucja odstąpienia od umowy ma skutek niweczący, nakazujący traktować umowę, od której odstąpiono, jako niezawartą; natomiast samo oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy należy traktować jako przesłankę utraty ważności gwarancji, wynikającą z § 6 lit. a gwarancji ubezpieczeniowej;
- 2) gwarancja obejmowała swą ochroną roszczenia z tytułu niezapłacenia przez wykonawcę należności wynikłych z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i nie obejmowała roszczeń wynikłych z odstąpienia od niej, czy także niezapłacenia kar umownych;
- 3) zastrzeżenie zapłaty kary umownej na wypadek odstąpienia jest nieskuteczne, co potwierdza wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23.07.2008 r., wydany w sprawie V ACa 199/08.

Należy podkreślić, że w tej samej dacie - w dniu 19 sierpnia 2013 r. - pozwany skierował pismo również do spółki (...), w którym wyraził całkiem inne stanowisko. Pozwany zwrócił się bowiem do spółki (...)" o przedstawienie dokumentów potwierdzających bezzasadność roszczenia powódki ze wskazaniem, że w przypadku nieprzekazania takich dokumentów pozwany może być zmuszony dokonać płatności na rzecz beneficjenta (powódki).

Takie dokumenty pozwany otrzymał od spółki (...) wraz pismem doręczonym mu w dniu 4 września 2013 r.

W odpowiedzi na pozew pozwany nie podtrzymał wymienionych wyżej trzech argumentów z pisma z dnia 19 sierpnia 2013 r., kierowanego do powódki. Takie stanowisko procesowe pozwanego wskazuje na to, że nie podtrzymuje on pierwotnie formułowanych w piśmie do powódki argumentów przemawiających za brakiem podstaw do wypłacenia powódce świadczenia z umowy gwarancji (dla porządku ocena tych argumentów zostanie jednak przeprowadzona w ramach niniejszego uzasadnienia, co nastąpi w dalszej kolejności).

Pozwany w odpowiedzi na pozew dokonał natomiast oceny zasadności roszczenia powódki w oparciu o dokumenty doręczone mu przez (...) w dniu 4 września 2013 r. Ocena tych dokumentów doprowadziła pozwanego do wniosku, że roszczenie powódki o zapłatę kary umownej nie powstało, albowiem odstąpienie od umowy przez (...) było nieskuteczne, co pozwany wywodzi z faktu prawidłowego wykonywania umowy przez spółkę (...) (na tą okoliczność pozwany powołał dowody w postaci przesłuchania (...) spółki (...) oraz w postaci tych właśnie dokumentów, które zostały mu doręczone wraz pismem spółki (...) w dniu 4 września 2013 r.).

Interwenienci uboczni (syndyk masy upadłości masy upadłości spółki (...) oraz wspólnicy tej spółki) również wywodzili, że żądanie zapłaty kar umownych byłoby uzasadnione jedynie wówczas, gdyby oświadczenie o odstąpieniu od umowy osiągnęło swój skutek prawny w postaci zniweczenia stosunku prawnego, tymczasem skutek taki nie nastąpił, ponieważ odstąpienie od umowy przez (...) zdaniem interwenientów - było nieskuteczne.

Nieskuteczność tego odstąpienia syndyk masy upadłości w pierwszej kolejności upatrywał jednak nie w należyтым wykonywaniu zobowiązania przez spółkę (...) (takie stanowisko zajął pozwany), ile w tym, że w treści umowy nie został wskazany termin, w jakim zamawiający mógł od umowy odstąpić, co oznacza że umowne prawo odstąpienia jest nieważne (art. 58 § 1 i 3 k.c.).

W dalszej kolejności syndyk masy upadłości rozważał, czy odstąpienie od umowy może być potraktowane jako skuteczne w oparciu o art. 491 k.c.. Na gruncie art. 491 k.c. syndyk masy upadłości składając interwencję wywodził, że nie zostały spełnione przesłanki z tego przepisu, ponieważ po pierwsze odstąpienie od umowy nie zostało poprzedzone wyznaczeniem terminu do jej należytego wykonania pod rygorem skorzystania z uprawnienia odstąpienia od umowy, a po drugie nie można zarzucić spółce (...), że pozostawała w zwłoce w wykonaniu zobowiązania.

Interwenienci uboczni - (...) spółki (...) - zajęli w procesie stanowisko tożsame ze stanowiskiem syndyka masy upadłości masy upadłości.

Przyjmując, że strony umowy gwarancji wyłączyły jej abstrakcyjność, należy przyznać rację pozwanemu, że po jego stronie powstało uprawnienie do dokonania oceny zasadności roszczenia powódki wynikającego ze stosunku podstawowego, w oparciu o przedłożone pozwanemu zgodnie z § 3 gwarancji "dokumenty uzasadniające roszczenie".

Decyzja pozwanego jako gwaranta nie może być jednak całkowicie arbitralna i nie podlegająca jakiegokolwiek kontroli. Sprzeciwia się temu zasada wyrażona w art. 354 § 1 k.c. Nie budzi wątpliwości, że decyzja o odmowie zasadności roszczenia ze stosunku podstawowego może być poddana kontroli sądowej, czego oczekiwał zresztą sam pozwany, powołując w odpowiedzi na pozew dowody potwierdzające fakt prawidłowego wykonania zobowiązania przez spółkę (...) i domagając się od Sądu zbadania tej okoliczności.

"Dokumenty uzasadniające roszczenie" ze stosunku podstawowego, w oparciu o które pozwany dokonał oceny zasadności roszczenia powódki ze stosunku podstawowego, zostały doręczone pozwanemu towarzystwu w dniu 4 września 2013 r. wraz pismem złożonym przez (...) spółki (...) (datowanym na dzień 2 września 2013 r.). Te same dokumenty pozwany powołał jako dowody w niniejszym procesie.

Mając na względzie powyższe Sąd poddał ocenie zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności wskazane wyżej dokumenty złożone przez pozwanego, obejmujące korespondencję stron, protokoły z narad budowy, a także pisma inspektora nadzoru jak również oświadczenie o odstąpieniu od umowy oraz zeznania powołanych przez obie strony świadków (w tym współnika upadłej spółki (...), który został powołany jako świadek przez pozwane towarzystwo).

Materiał ten pozwala na stwierdzenie, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez powódkę było uzasadnione w świetle powoływanego przez syndyka masy upadłości art. 491 § 1 k.c.

Przepis ten stanowi, że jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Z przepisu tego wyinterpretować można dwa alternatywne uprawnienia wierzyciela: zgodnie ze zdaniem pierwszym może on w przypadku zwłoki dłużnika wyznaczyć mu dodatkowy termin do wykonania zobowiązania z zagrożeniem odstąpienia od umowy w przypadku jego bezskutecznego upływu; natomiast zgodnie ze zdaniem drugim wierzyciel

może zarówno po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu, jak również bez jego wyznaczenia, żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

Złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy oznacza skorzystanie z uprawnienia określonego w art. 491 § 1 zdanie pierwsze k.c., a zatem skuteczność odstąpienia od umowy wymaga spełnienia następujących przesłanek: wymogu aby umowa była umową wzajemną, aby jedna ze stron pozostawała w zwłoce ze spełnieniem swojego świadczenia, druga strona wyznaczyła jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania zobowiązania, a nadto uczyniła to z zagrożeniem odstąpienia od umowy w razie jego bezskutecznego upływu, po czym termin ten upłynął bezskutecznie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, że wszystkie wskazane przesłanki zostały spełnione.

Umowa o roboty budowlane uregulowana w art. 647 - 657 k.c. należy do umów wzajemnych, co nie było sporne.

Sporną natomiast między stronami procesu była kwestia pozostawania w zwłoce przez spółkę (...). Pojęcie zwłoki dłużnika definiuje się jako zawinione przez niego opóźnienie (por. art. 476 k.c.). W tym kontekście karę umowną, zastrzeżoną w § 15 ust. 1 lit. d umowy nr (...)DI.2012 za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, należy uznać za równoznaczną z karą umowną za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z powodu pozostawania wykonawcy w zwłoce, zwłoka wykonawcy jest bowiem "przyczyną leżącą po stronie wykonawcy" i jednocześnie stanowi jedną z przesłanek skorzystania z ustawowego prawa odstąpienia od umowy (z art. 491 § 1 k.c.).

Co istotne powódka w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 11 czerwca 2013 r. jako przyczynę odstąpienia od umowy na pierwszym miejscu wskazała "opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do przyjętego harmonogramu realizacji inwestycji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy". Opóźnienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy to nic innego jak zwłoka w rozumieniu art. 476 k.c.

Tym samym podstawą faktyczną oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 11 czerwca 2013 r. była zwłoka po stronie spółki (...) w wykonaniu świadczenia objętego umową o roboty budowlane.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje na to, że spółka (...) faktycznie pozostawała w zwłocie w wykonywaniu przedmiotu umowy. W szczególności przesłuchiwany w charakterze świadka K. S. (w czasie wykonywania umowy będący (...) spółki (...)) przyznał, że roboty budowlane były opóźnione, a opóźnienie to wynosiło według jego słów „miesiąc z okładem”. W piśmie z dnia 25 kwietnia 2013 r., którym odpowiedział na pismo powódki z dnia 15 kwietnia 2013 r., K. S. przyznał natomiast, że zgodnie z harmonogramem do 30 kwietnia 2013 r. miały zostać wykonane roboty o łącznej wartości około 2.635.972 zł, zaś łączna wartość robót w toku to około 1.600.000 zł. Na opóźnienie w stosunku do przyjętego harmonogramu wskazują również sprawozdania inspektora nadzoru.

Za zawinieniem opóźnienia przez spółkę (...) - które w istocie jest niesporne między stronami umowy nr (...) - przemawia natomiast obraz wyłaniający się z całego zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym z korespondencji wymienianej w trakcie wykonywania umowy przez jej strony, z protokołów narad na budowie, ze sprawozdań inspektora nadzoru, jak też z zawartych aneksów do umowy nr (...), a także z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków pracujących na budowie. Z materiału tego wynika w szczególności, iż spółka (...) nie zapewniała wystarczającej liczby pracowników, nie realizowała budowy zgodnie z harmonogramem, co doprowadziło do przyjęcia zaktualizowanego harmonogramu przesuwającego część prac na późniejszy okres, którego to harmonogramu spółka (...) nadal nie była w stanie dotrzymać. Ponadto spółka (...) nie zapewniła prawidłowego finansowania budowy, co z jednej strony oznaczało brak materiałów budowlanych, a z drugiej strony prowadziło do tego, że spółka nie dopełniała obowiązku płacenia wynagrodzenia pracownikom, w związku z czym wypowiedzenie stosunku pracy złożył m.in. kierownik budowy, co skutkowało tym, że przez okres co najmniej dwóch tygodni na placu budowy kierownika budowy nie było. Ostatecznie wypowiedzenia stosunku pracy złożyli też inni pracownicy spółki (...).

W świetle powyższych rozważań należy wskazać, iż przesłanka zwłoki spółki (...) w wykonaniu świadczenia wynikającego z umowy o roboty budowlane została spełniona.

Kolejna wymagana ustawą przesłanka - wyznaczenie przez spółkę (...) spółce (...) dodatkowego odpowiedniego terminu do zaprzestania nienależytego (z uwagi na nieterminowość) wykonywania umowy z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy - również została spełniona. Wyznaczenie tego terminu przez powódkę połączone było z żądaniem przedstawienia planu naprawczego, którego wdrożenie pozwoli na ukończenie przedmiotu umowy w określonym umową nr (...) terminie. Wskazany dodatkowy termin był wyznaczany przez spółkę (...) spółce (...) trzykrotnie: pismami z dnia 15 kwietnia 2013 r., z dnia 21 maja 2013 r. oraz z dnia 3 czerwca 2013 r. W pismach tych spółka (...) wskazywała, że w przypadku bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika również, że wyznaczany (i kolejno przedłużany) dodatkowy termin upłynął bezskutecznie, albowiem spółka (...) nie podjęła działań zmierzających do przedstawienia realnego planu naprawczego, jego wdrożenia i rozpoczęcia nadrobienia opóźnienia robót w stosunku do harmonogramu. Przedstawiła natomiast zwięźle sformułowane pismo z dnia 25 kwietnia 2013 r., w którym zapewniała o tym, że opóźnienie zostanie nadrobione w ciągu 1 do 3 miesięcy, proponowała również powierzenie jak największego zakresu robót podwykonawcom. Do gołosłownych zapewnień spółki (...) należy zakwalifikować również twierdzenia, jakoby była w stanie nadrobić opóźnienie dzięki przeprowadzeniu w ciągu jednego miesiąca postępowania upadłościowego, jak również tezy zawarte w piśmie zatytułowanym „Założenia do programu ratunkowego Przedsiębiorstwa Budowlanego (...). J. [...]”, przez nikogo niepodpisanym i według słów K. S. sporządzonym przez L. R..

Co istotne z całego materiału dowodowego wynika również, że powódka w czasie trwania budowy dokładała wszelkich starań aby nie dopuścić do sytuacji, w której dojdzie do zmiany wykonawcy robót budowlanych. W toku procesu powódka wskazywała, że miała świadomość, iż tego rodzaju rozwiązanie jest dla inwestora zawsze niekorzystne, ponieważ opóźnia wykonanie robót, wymaga przeprowadzenia inwentaryzacji robót w momencie zmiany wykonawcy, wymaga wreszcie znalezienia nowego wykonawcy, co w przypadku rozpoczętej już budowy nie jest łatwe. Z korespondencji pochodzącej od powódki wynika, że powódka jako inwestor mając świadomość powyższych trudności związanych ze zmianą wykonawcy powstrzymywała się z odstąpieniem od umowy, kolejno przedłużała termin dla spółki (...), domagała się przedstawienia realnego planu naprawczego, który pozwoliłby założyć, że dalsza realizacja inwestycji przez spółkę (...) nie będzie zagrożona. Wobec braku takich gwarancji powódka zdecydowała się od umowy odstąpić.

W związku z powyższym, wobec spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 491 § 1 zdanie pierwsze k.c. należało uznać, że skuteczne było odstąpienie przez spółkę (...) od umowy nr (...), dokonane pismem z dnia 11 czerwca 2013 r., z powołaniem się na "opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do przyjętego harmonogramu realizacji inwestycji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy", a więc w istocie na zwłokę w wykonaniu zobowiązania wynikającego z umowy roboty budowlane.

Abstrahując od powyższych rozważań wskazać trzeba, że podana przez powódkę podstawa faktyczna odstąpienia od umowy, jaką były "opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do przyjętego harmonogramu realizacji inwestycji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy", pozwala na przyjęcie jako podstawy prawnej odstąpienia od umowy również art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. Z powołanych przepisów wynika, że jeżeli wykonawca robót budowlanych opóźnia się z wykończeniem obiektu tak dalece, iż nie jest prawdopodobne aby zdołał ukończyć go w czasie umówionym, inwestor może bez wyznaczania terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu wykonania umowy. Taka sytuacja miała miejsce w rozpoznawanej sprawie, została ona podana w piśmie powódki z dnia 11 czerwca 2013 r. jako druga w kolejności podstawa faktyczna odstąpienia od umowy, sformułowana



jako: „zagrożenie zakończenia realizacji inwestycji zgodnie z umową w związku z utratą zdolności finansowych i organizacyjnych niezbędnych do jej realizacji”.

Mając na względzie skuteczne oświadczenie powódki w przedmiocie odstąpienia od umowy przyjąć należało, że po jej stronie powstało roszczenie z § 15 ust. 1 lit. d umowy o zapłatę kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, której wysokość strony określiły jako 5 % wynagrodzenia umownego.

Pozostaje rozważyć, czy zasadne są argumenty pozwanego podniesione w kierowanym do powódki przedprocesowym piśmie z dnia 19 sierpnia 2013 r. (wspomniane wcześniej).

Strona pozwana w piśmie tym wywodziła m.in., że nawet w przypadku przyjęcia, iż odstąpienie przez (...) od umowy nr (...) było skuteczne, to roszczenie o zapłatę z tytułu kary umownej określonej w § 15 ust. 1 lit. d umowy jest niezasadne, albowiem z chwilą odstąpienia przez jedną ze stron od umowy ten stosunek prawny wygasa, a zatem brak jest podstawy do żądania zapłaty kary umownej na podstawie umowy, której nie ma już w obrocie prawnym.

Pogląd taki należy uznać za nieuzasadniony. Jak wskazuje się w orzecznictwie [por. wyrok SA w G., z dnia 14 lutego 2014 r., sygn. I ACa 682/13] po odstąpieniu od umowy strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania i odstąpienia od umowy z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania. Za ugruntowany w orzecznictwie należy bowiem uznać pogląd, zgodnie z którym wykonanie prawa odstąpienia od umowy wzajemnej znosi skutki obligacyjne jej istotnych postanowień, natomiast wywołuje nowe roszczenia określone w ustawie oraz nie znosi odpowiedzialności z tytułu zastrzeżenia kary umownej [por. wyrok SN z dnia 5 października 2006 r., sygn. IV CSK 157/06]. Zaznaczyć przy tym należy, że nie może być kumulowana kara za nienależyte wykonanie umowy (nieterminowe) i za niewykonanie umowy, gdyż ta sama umowa nie może być jednocześnie, co oczywiste, niewykonana i wykonana nienależycie. W przypadku odstąpienia od umowy z powodu zwłoki drugiej strony w wykonaniu zobowiązania uznać zatem należy, iż mimo tego, że wierzyciel od umowy odstąpił z uwagi na zwłokę dłużnika, to dochodzone roszczenie z tytułu kary umownej może być jedynie z tytułu niewykonania zobowiązania, albowiem wobec ustania bytu prawnego umowy w związku z odstąpieniem od niej, nie zostanie ona wykonana przez dłużnika z jego winy, co więcej roszczenie z tytułu zwłoki dłużnika przekształca się w roszczenie z tytułu niewykonania umowy [por. wyrok SN z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. III CZP 39/12].

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy należy uznać, że skuteczne odstąpienie przez spółkę (...) od umowy nr (...) z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie zniweczyło jej roszczenia o zapłatę kary umownej na podstawie § 15 ust. 1 lit. d umowy, zaś roszczenie przysługujące powódce jest roszczeniem z tytułu niewykonania umowy przez spółkę (...).

Odstąpienie od umowy nie spowodowało również dla powódki utraty zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej.

W tym względzie rozważyć trzeba, czy roszczenie powódki z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy objęte było gwarancją ubezpieczeniową wydaną przez pozwane Towarzystwo (...), jako świadczenie na rzecz uprawnionej osoby trzeciej (powódki). Odpowiedź na tak postawione pytanie jest pozytywna w świetle przedstawionych już na początku rozważań prawnych dotyczących celu gwarancji określonego w jej § 2 (tj. zabezpieczenia roszczenia (...) w stosunku do (...) z tytułu niezapłacenia przez (...) należności powstałych w okresie obowiązywania gwarancji, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy nr (...)). Cel gwarancji, określony w § 2, w świetle art. 354 § 1 k.c. nie pozostawia wątpliwości, że odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie powoduje utraty podstawy prawnej dla zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Celem gwarancji jest bowiem właśnie zabezpieczenia roszczeń beneficjenta powstałych z tytułu niezapłacenia należności związanych z niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania. Co więcej wymienione w § 2 gwarancji ubezpieczeniowej roszczenia beneficjenta z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy niewątpliwie obejmują roszczenie z tytułu kary umownej, skoro kara taka - jak wynika z ustawy (por. art. 483 § 1 k.c.) - może być zastrzeżona wyłącznie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania

niepieniężnego. Tym samym kara umowna, jakiej domaga się powódka, objęta jest roszczeniami opisanymi w § 2 gwarancji ubezpieczeniowej.

Nie można również założyć, że oświadczenie woli powódki o odstąpieniu od umowy jest równoznaczne z sytuacją opisaną w § 6 lit. a gwarancji ubezpieczeniowej, a więc z wyrażeniem woli przez powódkę do zwolnienia spółki (...) ze zobowiązań, których zabezpieczeniem jest gwarancja. Z pism powódki, w szczególności z wezwań kierowanych do pozwanego z żądaniem spełnienia świadczenia z gwarancji wynika jednoznacznie, że wolą powódki nie był objęty skutek opisany w § 6 lit. a gwarancji ubezpieczeniowej.

W związku z powyższym przyjąć należało, że argumentacja pozwanego przedstawiona w piśmie z dnia 19 sierpnia 2013 r. okazała się nieuzasadniona, co więcej - jak już wspomniano we wcześniejszej części rozważań - pozwany argumentacji tej nawet nie podtrzymał w odpowiedzi na pozew.

Przedstawione rozważania prowadzą zatem do wniosku, że roszczenie powódki wobec pozwanego towarzystwa ubezpieczeniowego, oparte o art. 393 § 1 k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c., jest uzasadnione.

Spełnione zostały wszystkie warunki określone w dokumencie gwarancji.

Strona powodowa złożyła pozwanemu towarzystwu w dniu 12 sierpnia 2013 r. dokumenty wymienione w § 3 gwarancji ubezpieczeniowej, oprócz opisanych w zdaniu ostatnim § 3 ust. 1 "dokumentów uzasadniających roszczenie" ze stosunku podstawowego, jednakże w dniu 4 września 2013 r. pozwanemu Towarzystwu (...) doręczono pismo złożone przez (...) spółki (...) (datowane na dzień 2 września 2013 r.), w którym ustosunkowali się oni do żądania beneficjenta (...) oraz do którego załączyli dokumenty, w ich ocenie świadczące o braku zasadności odstąpienia od umowy przez powoda. Dokumenty te zostały wymienione jako załączniki do wskazanego pisma (szczegółowy wykaz tych dokumentów został przytoczony w części uzasadnienia obejmującej stan faktyczny, do którego należy się w tym miejscu odwołać). Komplet tych dokumentów należy potraktować jako opisane w zdaniu ostatnim § 3 ust. 1 "dokumenty uzasadniające roszczenie" ze stosunku podstawowego. Dokonana przez pozwanego ocena tych dokumentów (które pozwany załączył do odpowiedzi na pozew w niniejszej sprawie), jak już wyjaśniono wyżej nie może być całkowicie arbitralna i podlega kontroli Sądu.

Kontrola ta dokonana w ramach niniejszego postępowania prowadzi do wniosku, że roszczenie powódki wynikające ze stosunku podstawowego, a więc roszczenie powódki wobec spółki (...) z tytułu kary umownej, które zabezpiecza gwarancja ubezpieczeniowa, jest uzasadnione.

Zaznaczyć przy tym należy, że co prawda to nie beneficjent (powódka) złożył wszystkie wymagane § 3 gwarancji ubezpieczeniowej dokumenty, gdyż część z nich złożyła powódka, zaś pozostałą część spółka (...), z dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej nie wynika jednakże, ażeby obowiązkiem przedłożenia wskazanych dokumentów obciążony został jedynie beneficjent gwarancji, co więcej, mowa jest jedynie o ich otrzymaniu przez gwaranta, lecz bez rozróżnienia od kogo. Podkreślenia wymaga, iż uregulowanie takie współgra z uregulowaniem umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, albowiem zarówno osoba trzecia może sama domagać się spełnienia świadczenia przez dłużnika na swoją rzecz, jak również wierzyciel może domagać się od dłużnika spełnienia świadczenia na rzecz osoby trzeciej. Bez znaczenia pozostaje fakt, że w niniejszej sprawie spółka (...) nie tyle występowała jako wierzyciel domagający się od dłużnika (gwaranta), ażeby ten spełnił świadczenie na rzecz osoby trzeciej (beneficjenta), ile wykonując własne zobowiązanie wynikające z łączącej ją z Towarzystwem (...) umowy gwarancji (§ 5 ust. 1) złożyła jednocześnie dokumenty wymagane w § 3 dokumentu gwarancji z intencją wykazania, że beneficjentowi roszczenie z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej nie przysługuje.

Z powyższych rozważań wynika, że "dokumenty uzasadniające roszczenie" ze stosunku podstawowego mogły być złożone nie tylko przez beneficjenta gwarancji, ale także przez spółkę (...) (por. też art. 356 § 1 k.c., w którym wyrażona została zasada, że dłużnik - w tym przypadku beneficjent - nie ma obowiązku osobistego spełnienia świadczenia, chyba że wynika to z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia).

Tym samym powództwo spółki (...) wobec pozwanego towarzystwa ubezpieczeniowego o zapłatę kwoty 599.853,04 zł należy uznać za uzasadnione, spełnione zostały bowiem wszystkie warunki z dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, od których uzależniono wypłatę kwoty roszczenia.

O odsetkach za opóźnienie w spełnieniu świadczenia przez pozwanego orzeczono zgodnie z art. 481 § 1 k.c.

Jak już wspomniano strona powodowa złożyła pozwanemu towarzystwu w dniu 12 sierpnia 2013 r. dokumenty wymienione w § 3 gwarancji ubezpieczeniowej, oprócz "dokumentów uzasadniających roszczenie" ze stosunku podstawowego, które pozwany otrzymał w dniu 4 września 2013 r. od (...) spółki (...).

Tym samym dnia 4 września 2013 r. pozwane Towarzystwo (...) miało przedłożone wszystkie dokumenty, o których mowa w § 3 dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej nr (...), a zatem zaktualizował się jego obowiązek zapłaty w terminie 14 dni na rzecz beneficjenta ( spółki (...)) kwoty roszczenia. Roszczenie to stało się więc wymagalne z dniem 18 września 2013 r., co z kolei oznacza, że żądanie odsetek ustawowych za opóźnienie zasadne jest od dnia następnego, a więc od dnia 19 września 2013 r. W pozostałym zakresie żądanie powódki dotyczące odsetek było niezasadne i zasługiwało na oddalenie.

Stan faktyczny sprawy został ustalony przede wszystkim w oparciu o złożone przez strony dowody z dokumentów. Autentyczność dokumentów złożonych do akt sprawy nie była kwestionowana przez strony, ani też nie budziła wątpliwości Sądu. Dokumenty te pozwoliły na ustalenie treści stosunków prawnych łączących strony, a także na ustalenie sposobu wykonywania umowy o roboty budowlane przez spółkę (...). Dokumenty te - w postaci korespondencji stron, a także protokołów z narad budowy - szczegółowo opisywały stan faktyczny budowy, ułożone w porządku chronologicznym pozwoliły na odtworzenie kolejno następujących po sobie zdarzeń, składających się na proces realizacji przez spółkę (...) objętych umową o roboty budowlane obiektów. Wyłaniający się z tych dokumentów obraz budowy, a także sposób wykonywania umowy przez spółkę (...) oraz czynniki wpływające na opóźnienia tej spółki w realizacji przedmiotu umowy, potwierdzone zostały zeznaniami przesłuchanych w sprawie świadków.

Obrazowo ujęła to świadek M. P., która była najdłużej pracownikiem spółki (...), odeszła bowiem – jak sama zeznała – jako ostatnia. Świadek zeznała, że "budowa się posypała", ludzie zaczęli odchodzić, nie było bowiem środków finansowych po stronie spółki (...).

W charakterze świadków przesłuchani zostali - poza M. A. P. i R. C.. Świadcówie jednomyślnie potwierdzili, że przyczyny opóźnienia leżały po stronie spółki (...). Z ich zeznaniami korespondują zeznania przesłuchanej za stronę powodową J. Ś.. Zgodność w zeznaniach wymienionych świadków oraz wiceprezesa zarządu powódki przemawia za ich wiarygodnością

Pewne odmienności wykazują zeznania K. S., który jako interwenient uboczny niesamoistny został przesłuchany w charakterze świadka. Podkreślenia wymaga, że także K. S. wskazał na opóźnienia w wykonywaniu przedmiotu umowy przez spółkę (...) w stosunku do przyjętego harmonogramu, inaczej przedstawił jedynie przyczyny wpływające na opóźnienia. W tym zakresie jego zeznania należy uznać za niewiarygodne, jako odbiegające od całego zebranego w sprawie materiału dowodowego. Ponadto zauważyć należy, że "moc dowodu" - w rozumieniu art. 233 § 1 k.p.c. - dla dowodu z zeznań świadka K. S. jest mniejsza od mocy dowodowej zeznań pozostałych przesłuchanych w sprawie świadków, jest bowiem zbliżona do mocy dowodowej dowodu z przesłuchania stron. Przemawia za tym pozycja świadka jako (...) spółki (...), a także jego rola procesowa w niniejszym postępowaniu. Zeznania tego świadka należy więc w części, w jakiej odbiegają one od zeznań pozostałych przesłuchanych w sprawie osób, uznać za niewiarygodne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c. przyjmując, że powódka wygrała proces w całości (uległa pozwanemu tylko w niewielkim zakresie dotyczącym odsetek). Na koszty poniesione przez powódkę w kwocie 37.210 zł złożyły się: opłata stosunkowa od pozwu w wysokości 29.993 zł, ustalona na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1025), wynagrodzenie pełnomocnika będącego radcą prawnym w wysokości 7.200 zł zgodnie z § 6 pkt 7 rozporządzenia

Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. 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 2013 r., poz. 490) oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa - 17 zł.