

Sygn. akt VIII GC 303/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2017 r.

**Sąd Okręgowy w Szczecinie** Wydział VIII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący - SSO Piotr Sałamaj

Protokolant - stażysta P. W.

po rozpoznaniu w dniu 11 kwietnia 2017 r. w Szczecinie

na rozprawie

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

przeciwko (...) spółce akcyjnej w W.

o zapłatę

**I.** zasądza od pozwanego (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 10.925.772,86 zł (dziesięć milionów dziewięćset dwadzieścia pięć tysięcy siedemset siedemdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt sześć groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 28 marca 2015 r.;

**II.** zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 118.064 zł (sto osiemnaście tysięcy sześćdziesiąt cztery złote) tytułem kosztów procesu;

**III.** nakazuje ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 163,18 zł (sto sześćdziesiąt trzy złote osiemnaście groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

SSO Piotr Sałamaj

Sygn. akt VIII GC 303/15

## UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki akcyjnej w W. kwoty 10.925.772,86 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od dnia 28 marca 2015 r. oraz kosztami procesu, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według spisu tych kosztów.

W uzasadnieniu wskazano, że strony postępowania w dniu 24 stycznia 2013 r. zawarły umowę - „Kontrakt Podwykonawczy na wykonanie robót budowlanych dla realizacji budowy Zakładu (...) dla (...) obszaru Metropolitalnego (dalej Kontrakt), na podstawie którego pozwana powierzyła jej wykonanie prac budowlanych, których zakres określono w załączniku nr 1 do Kontraktu. Inwestorem tej inwestycji był Zakład (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S.. Po spełnieniu warunków zawieszających, kontrakt podwykonawczy wszedł w życie 17 stycznia 2014 r., a powód przystąpił do realizacji robót w dniu 31 stycznia 2014 r., przy czym strony aneksem nr (...) zmieniły niektórego jego postanowienia, m.in. wysokość wynagrodzenia ustalając je w kwocie 109.257.728,64 zł brutto oraz wysokość kary umownej jaką pozwany zobowiązał się uiścić powodowi na podstawie klauzuli 16.2 Kontraktu Podwykonawczego. Z uwagi na to, że pozwany do 27 października 2014 r. nie zapłaciła powodowi

jakiegokolwiek części wynagrodzenia i nie wykonywał zobowiązań wynikających z Kontraktu Podwykonawczego (np. nie dokonywał odbiorów robót, nie podpisywał dokumentów finansowych), a także mając na uwadze uzyskane informacje o trudnej sytuacji finansowej pozwanego oraz możliwości niewypłacalności, zażądał od pozwanego doręczenia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej zapłaty przez pozwanego wynagrodzenia należnego powodowi, w terminie 45 dni od doręczenia jemu pisma.

Mimo upływu wyznaczonego i przedłużanego terminu pozwany nie dostarczył powodowi gwarancji. Powód nie wyraził też zgody na to, aby pozwany ustanowił na jego rzecz zabezpieczenie w formie innej niż określone przepisem art. 649<sup>1</sup> § 2 k.c., w szczególności - jak o to wnioskował pozwany - w formie polecenia przekazu. Zresztą pozwany nie dokonała i tej czynności. W związku z tym powód w piśmie z dnia 19 marca 2015 r. oświadczył pozwanemu, że odstępuje od Kontraktu Podwykonawczego z winy pozwanego ze skutkiem na dzień odstąpienia. Zdaniem powoda bezskuteczne okazało się oświadczenie pozwanego o odstąpieniu od Kontraktu, które miało jedynie stanowić reakcję na żądanie powoda w zakresie dostarczenia gwarancji, zwłaszcza, że nie zaistniały żadne przesłanki uprawniające pozwanego do odstąpienia od kontraktu. Jeśli chodzi o zarzuty pozwanego odnośnie niedotrzymania termin wykonania prac, to powód podniósł, że ani w dniu zawierania umowy ani w dniu wejścia jej w życie pozwany - mimo ciężącego na nim obowiązku - nie przygotował jakiegokolwiek części dokumentacji projektowej. Natomiast do dnia 16 marca 2015 r., pomimo iż końcowy i ostateczny termin przekazania wykonawcy dokumentacji projektowej upłynął ponad 7 miesięcy temu, pozwany wykonał swe obowiązki jedynie w ok. 1/3 części.

Mając to na uwadze, zdaniem powoda, zaktualizowała się przesłanka żądania zapłaty kary umownej przewidzianej w klauzuli 16.2 kontraktu podwykonawczego w wysokości 10% zatwierdzonej kwoty kontraktowej. Pomimo wezwania pozwany nie dokonał zapłaty, co uzasadnia żądanie pozwu w kwocie 10.925.772,86 zł tytułem kary umownej.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu potwierdził fakt zawarcia Kontraktu Podwykonawczego (zwanego dalej Umową) z powódką, jednocześnie podniósł, że z uwagi na procedury związane ze zmianą umowy łączącej pozwanego z inwestorem, pozwany i powód zawarli w dniu 24 września 2013 r. umowę (zwaną dalej Umową (...)), której przedmiotem było wykonanie tymczasowego ogrodzenia placu budowy, ustawienie masztów flagowych, wykonanie tymczasowych dróg transportowych i placów składowych, robót ziemnych z makroniwelacją terenu placu budowy oraz utwardzenie terenu placu budowy. Pozwany wskazał, że z zakresu Umowy wyłączone zostały prace polegające na makroniwelacji terenu oraz utwardzenia metodą dynamiczną tak, aby dać powodowi możliwość ich wcześniejszego wykonania niż data wejścia w życie Umowy, a tym samym wcześniejszego uzyskania zapłaty za te elementy robót w wysokości 1.548.000 zł. Tym samym nie polega na prawdzie twierdzenie powoda, że nie otrzymał żadnego wynagrodzenia skoro z tytułu wykonanych prac objętych Umową (...) do dnia 25 lipca 2014 r. otrzymał wynagrodzenie w wysokości 2.077.344,85 zł. Pozwany podniósł nadto, że pierwsza faktura wystawiona przez powoda obejmująca wynagrodzenie z Umowy datowana była na dzień 10 września 2014 r., zatem na dzień zgłoszenia żądania gwarancji zapłaty, tj. 24 października 2014 r., faktura ta nie była jeszcze wymagalna. Nadto powód wielokrotnie uchybiał wymaganiom zamawiającego w stosunku do warunków wykonania i odbioru robót odpowiadających specyfikacji technicznej, co stanowiło przeszkodę dla przedstawienia robot wykonanych przez powoda do Inżyniera Kontraktu celem zaakceptowania tych prac. Pozwany podał, że nagminnym było składanie przez powoda dokumentów zawierających szereg błędów, czy też niekompletnych, powielających prace już wykonane bądź objęte Umową (...). Zauważono też, że powód nie naprowadził żadnych dowodów na okoliczność trudnej sytuacji finansowej pozwanego i możliwości jego niewypłacalności, a wbrew twierdzeniom powoda sytuacja finansowa pozwanego była dobra i nie mogła uzasadniać przesłanki do żądania przedstawienia gwarancji. W ocenie pozwanego powód jednostronnie, wbrew przepisom art. 649<sup>1</sup> § 2 k.c., narzuciła pozwanemu formę gwarancji, jak i jej warunki. Poza tym pozwany zauważył, że z uzyskaniem gwarancji wiązałyby się konieczność poniesienia stosownych opłat bankowych, które w tym wypadku wahałyby się w granicach 4.000.000 zł. Poza tym w roku 2014 r. kiedy to powód zażądał gwarancji, na zlecenie pozwanego banki udzieliły szeregu gwarancji na kwotę ponad 220.000.0000 zł, co też przeczy twierdzeniom powoda

o trudnej sytuacji finansowej pozwanego. Pozwany nie pozostawił też żądania powoda bez reakcji, lecz zaproponowała nieodwołalne polecenie zapłaty kierowane do inwestora, które stanowiłoby wystarczające zabezpieczenie roszczeń powoda. Wbrew też twierdzeniom powoda, w okolicznościach niniejszej sprawy uznać należało, że zaakceptował on w sposób dorozumiany zmianę formy zabezpieczenia, skoro nie udzielił niezwłocznej odpowiedzi na ofertę pozwanego. Natomiast pozwany wywiązał się ze swojej oferty i złożył do inwestora polecenie przekazu i w jego wykonaniu inwestor od stycznia 2015 r. dokonywał płatności na rzecz powoda – co najmniej pięć przelewów, z czego co najmniej dwie nastąpiły po dacie pierwszego zgłoszenia żądania przedstawienia gwarancji zapłaty a przed datą kolejnego zgłoszenia tego żądania. Odstąpienie od umowy to zdaniem pozwanego jest ono bezskuteczne, gdyż powód określił termin do przedłożenia gwarancji w sposób niezgodny z dyspozycją art. 649<sup>1</sup> § 1 k.c. Poza tym pozwany stanął na stanowisku, że nie zawinił w nieprzedstawieniu gwarancji zapłaty. Pozwany nie zgodził się też ze stanowiskiem powoda, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez pozwanego było nieskuteczne. To oświadczenie powoda o dostąpieniu było nieskuteczne. Natomiast opóźnienie realizacji prac objętych Umową było konsekwencją wykonywania Umowy przez powoda z niewystarczającym zasobem pracowników, czy podwykonawców, który to stan trwał od początku realizacji Umowy i pomimo wielokrotnych monitów ze strony pozwanej i deklaracji składanych przez powoda stan ten nie ulegał zmianie, co przekładało się na tempo prac. Pozwany wyjaśnił, że odstąpienie od umowy podyktowane było brakiem terminowej realizacji umowy i koniecznością ciągłego tłumaczenia Inżynierowi Kontraktu przyczyn opóźnienia, żądania przedłużenia czasu na ukończenie i możliwością naliczenia pozwanemu kar umownych. Pozwany wskazał, że powód nigdy nie odstąpił od umowy, gdyż ta przestała obowiązywać wcześniej na skutek odstąpienia od umowy przez pozwanego.

Pozwany uznał, że działanie polegające na żądaniu gwarancji bankowej i retorsyjne odstąpienie od umowy stanowiło naruszenie art. 5 k.c. W szczególności brak reakcji na zmianę sposobu zabezpieczenia oraz wyznaczenie jedynie siedmiodniowego terminu na do udzielenia gwarancji. Zachowanie powoda, zdaniem pozwanego, miało na celu uwolnienie się od konsekwencji odstąpienia od umowy przez pozwanego bowiem już wówczas po stronie powoda występowały przesłanki do odstąpienia od umowy przez pozwanego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W ocenie pozwanego nie wystąpiły też przesłanki uzasadniające żądanie kary umownej skoro odstąpienie od Umowy przez powoda nie nastąpiło z przyczyn zależnych od pozwanego, gdyż do nieprzedstawienia gwarancji zapłaty doszło z przyczyn leżących po stronie powoda, a to z uwagi na fakt, że powód zaakceptował zmianę formy zabezpieczenia płatności na oferowane przez pozwanego polecenie przekazu oraz z uwagi na fakt, że termin określony przez powoda w piśmie z 11.03.2015 r. był niezgodny z terminem wskazanym w art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c.

Pozwany zgłosił też zarzut miarkowania kary umownej, wskazując że jest ona rażąco wygórowana zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę, że zyskowność łączącego strony kontraktu waha się na poziomie 3-5 mln oraz, że po dacie odstąpienia przez powoda od umowy otrzymał on od inwestora dwie płatności w łącznej kwocie 1.546.620,90 zł, a wartość nieodebranych i niezafakturowanych przez powoda należności wynosiła 95.856.026,72 zł. Niezależnie od tego pozwany wskazał, że uwzględniając wynagrodzenie już otrzymane w kwocie 13.401.702,06 zł oraz wysokość wynagrodzenia objętego fakturą VAT (...) w wysokości 29.767.718,03 zł, to łączna wartość wykonanych przez powoda prac wynosi 43.169.420,09 zł, co stanowi przeszło 1/3 wartości wynagrodzenia wynikającego z Umowy. Nadto pozwany podniósł, że wykonał swoje zobowiązanie w stopniu nie mniejszym niż 99%, zaś nie można przyjąć by żądanie kary umownej związane było z okolicznością niewykonywania zobowiązań wynikających z umowy o roboty budowlane. Pozwanemu nie można zarzucić zawinienia w odstąpieniu od umowy przez powoda, natomiast to działanie powoda doprowadziło do sytuacji, w której pozwany nie przedstawił żądanej gwarancji zapłaty. W związku z tym miarkowanie kary umownej powinno nastąpić do kwoty 109.257,72 zł.

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

Pozwany (...) spółka akcyjna w W., jako zamawiający, oraz powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., jako wykonawca, zawarli w dniu 24 stycznia 2013 r. umowę nazwaną „Kontrakt Podwykonawczy na wykonanie robót budowlanych dla realizacji budowy Zakładu (...) dla (...) obszaru metropolitalnego”. Na podstawie tego Kontraktu pozwany zlecił powodowi wykonanie robót budowlanych, których zakres został określony w Załączniku nr 1, za

wynagrodzeniem, oznaczonym jako cena kontraktu podwykonawczego, w wysokości 106.642.355,46 zł brutto. W Załączniku nr 1 wymieniono istotne klauzule Warunków Ogólnych Kontraktu lub Warunków Szczególnych, w tym: czas na wykonanie wynoszący 980 dni, kwotę zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu w wysokości 5% kwoty kontraktowej, karę umowną za zwłokę – 0,05% zatwierdzonej kwoty kontraktowej (bez VAT) za każdy dzień zwłoki, karę umowną za odstąpienie w wysokości 10% zatwierdzonej kwoty kontraktowej (klauzula 16.2).

W Ogólnych Warunkach Kontraktu strony wskazały, że roboty będące przedmiotem Kontraktu będą wykonane zgodnie z Warunkami kontraktowymi dla urządzeń oraz projektowania i budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę” ( (...), tzw. żółty). Warunki Kontraktu składały się z części I – (...), które stanowiły tzw. żółty (...) oraz z części II – (...), których zapisy zmieniały lub uzupełniały postanowienia Warunków Ogólnych.

Kontrakt Podwykonawczy wskazał, że stanowić go będą wspólnie następujące załączniki i dokumenty i w przypadku wystąpienia jakichkolwiek sprzeczności pomiędzy tym dokumentami zastosowana zostanie następująca kolejność: a) Kontrakt wraz z załącznikami, b) Szczególne Warunki Kontraktu, c) Ogólne Warunki Kontraktu, d) Program F.-Użytkowy, e) Załącznik nr 1 do Kontraktu - Zakres (...) Stałych.

Zakres (...) Stałych określał co obejmują roboty stałe oraz czego nie obejmują roboty stałe i tymczasowe; zawierał piętnaście załączników.

Strony sporządziły również i podpisały załączniki w postaci Harmonogramu rzeczowego i Terminy przekazywania dokumentacji projektowej, zgodnie z którym zakończenie dostaw dokumentacji wykonawczej i oświadczenie o kompletności miało nastąpić 21.10.2013 r.

Kontrakt Podwykonawczy został zawarty z zastrzeżeniem warunków zawieszających wskazanych w pkt 2 Rozdziału 1 – Kontrakt. Jego wejście w życie uzależnione zostało od: a) dokonania zmiany umowy jaką pozwany zawarł z inwestorem – Zakładem (...) spółką z o.o. w S. [dalej (...)], polegającej na dopuszczeniu możliwości powierzenia przez pozwanego powodowi wykonania robót ogólnobudowlanych objętych Kontraktem Podwykonawczym, b) wyrażenia zgody przez inwestora na zawarcie przez pozwanego i powoda Kontraktu Podwykonawczego.

W ramach realizacji inwestycji - budowy Zakładu (...) dla (...) obszaru Metropolitalnego do obowiązków (...) jako generalnego wykonawcy należało zaprojektowanie zakładu i jego wykonanie, tj. wybudowanie i uruchomienie. Sporządzenie dokumentacji projektowej pozwany zlecił (...) spółce z o.o. w K..

Do obowiązków K. D., jako podwykonawcy (...), należało wykonanie robót budowlanych objętych Kontraktem Podwykonawczym na podstawie dokumentacji projektowej, która miała być przekazana powodowi przez pozwanego.

**Dowód:** Kontrakt Podwykonawczy z 24.01.2013 r. k. 46-50, Załącznik nr 1 k. 51-52, Ogólne Warunki Kontraktu k. 53, Warunki Szczególne Kontraktu k. 54-77, Warunki Kontraktowe dla urządzeń oraz (...) i (...) (żółty (...)) k. 78-148, Zakres (...) Stałych z załącznikami k. 149-214, Harmonogram rzeczowy k. 212-213, Terminy przekazywania dokumentacji projektowej k. 214, fragmenty III cz. SIWZ k. 846-860, zeznania wiceprezesa zarządu powoda A. K. (1) k. k. 1180-1182, od 00:58:40 do 02:09:19, zeznania prezesa zarządu powoda A. C. k. 1182-1183, od 02:09:31 do 02:36:40, zeznania wiceprezesa zarządu pozwanego J. L. (1) k. 1178-1179, od 00:13:35 do 00:57:25.

W czasie oczekiwania na spełnienie się warunków, pod którymi zawarty został Kontrakt Podwykonawczy w dniu 24 września 2013 r. (...) SA (zamawiający) i (...) spółka z o.o. (wykonawca) zawarły umowę nr (...)/ (...)/2013 na wykonanie robót budowlanych dla realizacji budowy zakładu termicznego unieszkodliwiania odpadów dla (...) obszaru metropolitalnego. Przedmiot umowy obejmował wykonanie robót budowlanych na terenie budowy zadania inwestycyjnego, w tym: a) wykonanie tymczasowego ogrodzenia placu budowy z bramą, rogatkami, furką, b) ustawienie masztów flagowych, c) wykonanie tymczasowych dróg transportowych i placów składowych z płyt drogowych żelbetowych, d) wykonanie tymczasowych dróg transportowych i placów składowych o nawierzchni

gruntowej uzdatnionej za pomocą kruszbetu, e) roboty ziemne związane z makroniwelacją terenu placu budowy, f) utwardzenie terenu budowy za pomocą metody dynamicznej DC.

Roboty miały być wykonane przez wykonawcę w terminach: rozpoczęcie – 3.09.2013 r., zakończenie - 30.10.2013 r. Wynagrodzenie wykonawcy zostało ustalone w wysokości 2.141.186,22 zł, powiększone o podatek VAT.

W piśmie z 15.10.2013 r. pozwany zwrócił się do inżyniera kontraktu – (...) sp. z o.o., w związku z wnioskiem podwykonawcy K. D. o warunkową akceptację dalszego podwykonawcy, tj. (...) spółki z o.o. Do pisma załączono projekt umowy warunkowej. Ostatecznie M. Polska został zaakceptowany jako dalszy podwykonawca.

Za wykonane i odebrane przez pozwanego roboty z umowy nr (...) powód wystawił następujące faktury:

- w dniu 8.11.2013 r. nr (...) na kwotę brutto 1.269.881,27 zł,

- w dniu 11.12.2013 r. nr (...) na kwotę brutto 475.959,13 zł,

- w dniu 4.04.2013 r. nr (...) na kwotę brutto 331.494,45 zł,

- w dniu 30.01.2015 r. nr (...) na kwotę brutto 531.239,03 zł.

Trzy pierwsze faktury zostały zapłacone przez pozwanego.

**Dowód:** umowa nr (...)/ (...)/2013 z załącznikami k. 829-837, faktury VAT z potwierdzeniem przyjęcia i akceptacji k. 838-839, 840-841, 842, Rozliczenie umowy podwykonawcy k. 843

W piśmie z dnia 14 stycznia 2014 r. (...) spółka z o.o. zawiadomił Inżyniera Kontraktu, że w dniu 14 stycznia 2014 r. zawarł z wykonawcą (...) SA aneksu nr (...) do umowy z 18 lipca 2012 r. pn. Kontrakt nr 1 – Budowa Zakładu (...) dla (...) O. Metropolitalnego. W związku z tym (...) jako zamawiający wyraził zgodę na powierzenie przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) podwykonawcom: (...) sp. z o.o. zakresu robót wynikających z treści zawartych aneksów. Do pisma załączone zostały kopie wymienionych w nim aneksów.

Pismem z 17.01.2014 r. pozwany zawiadomił powoda o zawarciu aneksów do umowy z zamawiającym, co wypełniało drugi z warunków wejścia w życie Kontraktu Podwykonawczego. Pozwany poinformował powoda, że 17.01.2014 r. Inżynier Kontraktu zaakceptował D. jako podwykonawcę robót określonych w tym piśmie. Podsumowując pozwany wskazał, że dzień 17 stycznia 2014 r. stanowi datę wejścia w życie Kontraktu Podwykonawczego.

W piśmie z 27.01.2014 r. powód zwrócił się do (...) o przekazanie prawa dostępu do terenu budowy w terminie 7 dni oraz o przekazanie, również w terminie 7 dni, dokumentacji projektowej szczegółowo w piśmie wskazanej.

W dniu 31.01.2014 r. odbyło się spotkanie rozpoczynające przedstawicieli pozwanego i powoda, na którym m.in. wskazano D. miejsce na zaplecze oraz punkty przyłączeniowe do prądu i wod.-kan., ustalono sprawy porządkowe.

**Dowód:** pismo (...) z 14.01.2014 r. z aneksami nr (...) do umowy nr (...) z 18 lipca 2012 r. k. 215-228, pismo pozwanego z 17.01.2014 r. k. 229-231, pismo (...) spółki z o.o. z 17.01.2014 r. k. 232-234, pismo powoda z 27.01.2014 r. k. 574-575, protokół ze spotkania rozpoczynającego k. 235-236.

W dniu 8 kwietnia 2014 r. strony zawarły Aneks nr (...) do Kontraktu Podwykonawczego, którym zmieniły niektóre jego postanowienia, w tym: a) zakres (...) Stałych, b) wysokość wynagrodzenia należnego powodowi na kwotę 109.257.728,64 zł brutto. Ponadto Aneksem nr (...) strony zaktualizowały i zmieniły niektóre załączniki do Kontraktu Podwykonawczego: a) Załącznik nr 1 – Zakres (...) Stałych poprzez przyjęcie Załącznika nr 1A, b) Załącznik nr 2 – Harmonogram poprzez przyjęcie Załącznika nr 2A, c) Załącznik nr 3 – Rozbicie Cenowe poprzez przyjęcie Załącznika 3A, d) Załącznik do Kontraktu poprzez przyjęcie Załącznika nr 4, e) Załącznik nr 8 Terminy przekazania dokumentacji

projektowej poprzez przyjęcie Załącznika nr 8A. W ramach Załącznika nr 4 do Aneksu strony zaktualizowały Załącznik do Kontraktu Podwykonawczego m.in. w zakresie czasu na wykonanie określając go na 636 dni.

**Dowód:** Aneks nr (...) z 8.04.2014 r. z załącznikami k. 237-297

Od początku rozpoczęcia prac największym problemem powoda był brak dokumentacji projektowej, która była przekazywana przez pozwanego z opóźnieniami. Oprócz tego dokumentacja projektowa często obciążona była błędami, wymagającymi wyeliminowania, co często okazywało się dopiero gdy pracownicy zamierzali rozpocząć dane prace. Duży problem był z organizacją ze strony (...) i brakiem koordynacji robót wielu podwykonawców.

Projekty wykonawcze przekazywane były powodowi przez (...) zwykle na podstawie „Protokołu przekazania prac projektowych” lub pism MW, opatrywanych prezentatą K. D.. Dokumentacja była przekazywana w formie papierowej oraz elektronicznej na płycie CD, a także zamieszczana była na serwerze (...). Projekty wykonawcze niejednokrotnie przekazywane były w wersji roboczej. Bywało też tak, że powód otrzymywał projekt wykonawczy, który był jeszcze na etapie weryfikacji i akceptacji przez inżyniera kontraktu, to samo dotyczyło Kart Nadzoru Autorskiego.

Do połowy marca 2015 r. pozwany przekazał powodowi około 30-40% ogółu dokumentacji projektowej. Jeżeli nawet powód otrzymał w terminie dokumentację podstawową dotyczącą danego obiektu, to bywała ona często zmieniana np. z uwagi na błędy.

Powód, poprzez podwykonawców posiadał niezbędne zasoby ludzkie do wykonywania prac, które mogły być w każdej chwili uruchomione. Na początku prace były trudne i zasadniczą rolę odgrywał ciężki sprzęt: koparki wywrotki, walce. Był to okres luty – czerwiec 2014 r. (...) na budowie było ok. 50-70: geodeci, laboranci, kadra nadzoru, pracownicy fizyczni, pracownicy pomocniczy, dostawcy. Potem charakter prac się zmieniał. Po lipcu D. zatrudniło dodatkowych 70 ludzi: zbrojarze, cieśle, pracownicy fizyczni. W kulminacyjnym momencie na przełomie roku pracowało ok. 200 osób. W marcu 2015 r. pracowało 150 osób. Podwykonawca powoda w zakresie robót żelbetowych R. Ł. zatrudnił na tym zadaniu ok. 100 osób.

Celem przyspieszenia prac projektowych, a następnie wykonawczych, pracownicy D. kontaktowali się, w tym bezpośrednio, z firmą (...) wykonującą dokumentację, w niewielkim zakresie współpracując w jej tworzeniu.

**Dowód:** zeznania świadków M. C. k. 1057-1059, od 00:22:51 do 01:12:38, P. G. k. 1060-1061, od 01:12:59 do 01:43:53, R. J. k. 1061-1062, od 01:44:35 do 02:08:01, R. Ł. k. 1064-1065, karat nadzoru autorskiego MW/11 z 3.07.2014 r. k. 1132, oświadczenie projektanta z 29.05.2014 r. k. 1133.

W związku z trwającą realizacją Kontraktu Podwykonawczego powód kierował do pozwanego pisma z prośbami o przekazanie dokumentacji projektowej. W piśmie z 19.02.2014 r. powód wniósł o przekazanie projektów wykonawczych wymienionych w pkt. 3.1.6 załącznika nr 8 Terminy Przekazania Dokumentacji Projektowej, tj. wielobranżowych projektów wykonawczych wraz z akceptacją zamawiającego. Dwa dni później D. ponownie poinformowało MW, że stan zaawansowania prac projektowych jest niezadowalający, a brak aktualnej dokumentacji wykonawczej nie pozwala na realizację i kontynuowanie robót. Jednocześnie powód przypomniał, że w udostępnionych mu wcześniej wersjach roboczych projektów wykonawczych – bunkra na odpady i płyty fundamentowej hali kotłowni, znajdują się liczne błędy techniczne, jak i niezgodności kontraktowe, o czym pozwany był informowany pięcioma pismami. W pismach z 28 marca i z 7 kwietnia 2014 r. D. ponownie wniosło o przekazanie w terminie 3 dni dokumentacji projektowej wskazywanej w piśmie z 19.02.2014 r. W piśmie z 23.04.2014 r. powód wniósł o pilne przekazanie przez MW dokumentacji projektowej dotyczącej obiektu A6 Bunkier żużla, którego termin przekazania upłynął 14.04.2014 r. Tego samego dotyczyło pismo powoda z 30.04.2014 r.

Kolejne pisma dotyczące braku projektów lub rewizji projektów powód kierował do pozwanego w dniach: 21, 23 (dwa pisma), 27 i 30 maja 2014 r., wskazując w nich daty w jakich zgodnie z umową dana dokumentacja miała być przekazana oraz dni opóźnienia, a także powołując się na możliwość przedstawienia roszczeń w trybie klauzuli 8.2.

W piśmie z 17.06.2014 r. w sposób tabelaryczny D. przedstawiło dokumentację, o której przekazanie wzywa, podając datę przekazania wg Aneksu nr (...) i ilość dni opóźnienia.

W kolejnych pismach z: 18 czerwca, 4 lipca, 7 lipca, 8 lipca (dwa pisma), 15 lipca, 17 lipca powód polemizował z pozwanym na temat możliwości Przedłużenia Czasu na Wykonanie zgodnie z klauzulami kontraktowymi; wnosił roszczenie na podstawie klauzuli 8.4 (Zmiana Czasu na Ukończenie); podtrzymywał stanowisko z wcześniejszych pism o przekazaniu aktualnej dokumentacji i podkreślał rażące opóźnienia w przekazywaniu projektów wykonawczych zgodnie z Załącznikiem 8A do Kontraktu; ponownie w sposób tabelaryczny przedstawiał dokumentację, o której przekazanie wzywa, podając datę przekazania wg Aneksu nr (...) i ilość dni opóźnienia; wzywał do przekazania poprawnego projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu i zaakceptowanej prawidłowej dokumentacji dot. instalacji wod.-kan. w hali oczyszczania spalin.

W piśmie z 23.07.2014 r. powód polemizował z pozwanym w przedmiocie roszczeń z klauzuli 8.4 Kontraktu, wskazując na związanie stron harmonogramem przekazywania projektów. Z kolei w piśmie z 29.07.2014 r., nawiązując do wcześniejszych pism, D. poinformowało, że zapoznaje się z przekazaną dokumentacją roboczą w wersji elektronicznej oraz ponownie prosi o przekazanie zaakceptowanych – przeznaczonych do realizacji projektów wykonawczych. Przypomniało jednocześnie zamawiającemu, że zgodnie z Kontraktem do realizacji można przekazać jedynie dokumentację zatwierdzoną. Polecenia realizacji wydane przez zamawiającego będą realizowane na jego ryzyko i ewentualny koszt. Nadto powód wskazał, że dokłada starań przy przedkładaniu wniosków materiałowych, ale częste zmiany dokumentacji w wersji roboczej wydłużają wszystkie działania, co jest winą zamawiającego, który jest odpowiedzialny za poprawność i kompletność projektów wykonawczych.

W pismach z sierpnia 2014 r. powód informował pozwanego o dalszym braku dokumentacji, sporządzając stosowną tabelę, a także o przekazywaniu dokumentacji w formie elektronicznej określanej jako „wersja robocza” nie zatwierdzonej przez inżyniera kontraktu, która zgodnie z Kontraktem nie stanowi podstawy do wykonywania prac na budowie. D. podkreślało też, że opóźnienia w przekazywaniu dokumentacji w stosunku do terminów określonych w Kontrakcie sprawiają, że Czas na Ukończenie ulega przesunięciu o okres opóźnienia zamawiającego. Również pisma powoda do MW z września i października 2014 r. dotyczyły nieterminowości przekazywania projektów wykonawczych i związanych z tym konsekwencji.

W związku z otrzymywanymi od pozwanego projektami wykonawczymi powód kierował do zamawiającego i projektanta uwagi dotyczące tej dokumentacji.

**Dowód:** protokoły przekazania prac projektowych i pisma pozwanego dotyczące przekazywania dokumentacji projektowej powodowi k. 358-506, zeznania świadków M. C. k. 1057-1059, od 00:22:51 do 01:12:38, P. G. k. 1060-1061, od 01:12:59 do 01:43:53, R. J. k. 1061-1062, od 01:44:35 do 02:08:01, pisma powoda ws. opóźnień w przekazywaniu dokumentacji: z 19.02.2014 r. k. 518-519, z 21.02.2014 r. k. 520-521, z 28.03.2014 r. k. 522-523, z 7.04.2014 r. k. 524-525, z 23.04.2014 r. k. 526, z 30.04.2014 r. k. 527, dalsze pisma powoda k. 528-535, pismo z 17.06.2014 r. k. 536-538, kolejne pisma powoda k. 539-540, 541-542, 543-544, 545-546, 547-550, 551, 552, pismo powoda z 23.07.2014 r. k. 553-555, z 29.07.2014 r. k. 556-557, kolejne pisma powoda ws. opóźnień w przekazywaniu projektów k. 558-568, k. 569-573

Na budowie cyklicznie odbywały się spotkania z udziałem przedstawicieli inżyniera kontraktu, inwestora, generalnego wykonawcy, podwykonawców (w tym powoda) i dalszych podwykonawców. Na spotkaniach tych był poruszane m.in. kwestie nieterminowości dostarczania dokumentacji projektowej przez (...) podwykonawcy D., koordynacji prac, programu naprawczego. Rozstrzygane były bieżące problemy.

W dzienniku budowy uprawnione osoby, tj. kierownik budowy, inspektorzy nadzoru wpisywali adnotacje dotyczące rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych prac; wpisywali też uwagi do wykonawstwa.

W związku z realizacją inwestycji pomiędzy wykonawcą K. D. a zamawiającym (...) prowadzona była obszerna korespondencja. Po otrzymaniu projektów wykonawczych powód składał wnioski o zatwierdzenie materiałów.

Pozwany informował powoda pisemnie o zamieszczeniu na serwerze projektów. Pomędzy powodem i pozwanym toczyły się pisemne dyskusje co do poszczególnych rozwiązań projektowych, zastosowanych materiałów, ilości, zakresu i wartości robót. Powód próbował przekonać pozwanego do innych rozwiązań, co niekoniecznie spotykało się z akceptacją.

Pozwany często zwracał powodowi dokumenty rozliczeniowe z uwagi na błędy, pomyłek i usterek, a także negocjacji z D. na temat rozliczenia danej pracy. Strony różniły się w kwestii interpretacji robót dodatkowych.

**Dowód:** plany zagospodarowania terenu z zaznaczeniami k. 1245 i k. 1246, pisma pozwanego do powoda k. 1256, k. 1266, k. 1344-1346, k. 1369, k. 1483, k. 1496, k. 1504, k. 1506, k. 1508, k. 1510, k. 1512, k. 1518, k. 1575, k. 1582-1591, k. 1593, k. 1626, k. 1630, k. 1632, k. 1641, k. 1643, k. 1645-1646, k. 1655-1656; pisma powoda do pozwanego k. 1258-1260, k. 1261-1262, k. 1350-1352, k. 1498-1499, k. 1501-1502, k. 1628; kopie pojedynczych stron dziennika budowy nr 14 k. 1264, nr 13 k. 1340, nr 25 k. 1342, nr 33 k. 1354, nr 17 k. 1446, k. 1456, k. 1458, nr 44 k. 1494, nr 46 k. 1514, nr 47 k. 1516; notatki z porad budowy nr 49 k. 1268-1276, nr 40 k. 1356-1367, nr 42 k. 1448-1454, nr 52 k. 1460-1464, nr 51 k. 1466-1470, nr 60 k. 1472-1481, nr 59 k. 1485-1492, nr 50 k. 1564-1573, nr 53 k. 1604-1608; wnioski o zatwierdzenie materiałów z załącznikami k. 1278-1338, k. 1371-1444, k. 1520-1562, k. 1595-1602; protokoły przekazania prac projektowych k. 1348, k. 1577-1580, k. 1634, k. 1636; zeznania świadków M. C. k. 1057-1059, od 00:22:51 do 01:12:38, P. G. k. 1060-1061, od 01:12:59 do 01:43:53, R. J. k. 1061-1062, od 01:44:35 do 02:08:01; zeznania świadków A. S. k. 1103-1104, od 00:10:19 do 00:43:03, R. K. k. 1105-1107, od 00:46:16 do 01:26:46, W. G. k. 1107-1110, od 01:30:06 do 02:06:01, A. R. k. 1110-1112, od 02:06:36 do 02:33:22

Na spotkaniu 3.04.2014 r. inżynier kontraktu zaznaczył, że nadal brak jest koordynacji projektowej międzybranżowej i braku jest weryfikacji przez MW dokumentów przedkładanych do zatwierdzenia. Zarzucono też brak staranności w ich przygotowaniu. W zakresie projektu robót ziemnych etap I i II stwierdzono, że MW nie ma frontu robót z uwagi na niezatwierdzone projekty bądź wykonuje roboty bez zatwierdzonych projektów, co może skutkować wstrzymaniem robót. Na spotkaniu tym poruszona też została kwestia programu naprawczego, w trakcie przygotowania którego oraz harmonogramu szczegółowego był MW. Zdaniem inżyniera kontraktu program ten powinien pokazać, że MW jest w stanie wykonać projekt i zrealizować w planowanym terminie, tj. 20.12.2015 r. Dokument ten winien stanowić wiarygodny program wdrożenia takich działań techniczno-organizacyjnych, które zdecydowanie usprawnią realizację inwestycji w zakresie projektowania i wykonawstwa. Z kolei MW zapewnił, że usprawni proces projektowania, koordynacji międzybranżowej, jak również nadzór nad podwykonawcami.

Na kolejnym spotkaniu w dniu 11.06.2014 r. przedstawiciele inżyniera kontraktu wytykali (...) m.in. zaniechania w kwestii przyłącza energetycznego i brak rzetelnej informacji w tym zakresie.

Przy piśmie z 18.06.2014 r. inżynier kontraktu przedłożył załącznik do Raportu pozwanego o postępie z uwagami inżyniera i ekspertów zamawiającego, w których wskazano, że raport nie odzwierciedla działań naprawczych (programu naprawczego) i nie pokazuje w sposób przekonujący, że (...) ma świadomość tak znacznej skali opóźnień. Za niewłaściwe uznano też pomijanie w raporcie powtarzających się opóźnień i utrudnień wynikających z braku frontu prac, powodowanych np. opóźnieniami w zakresie projektowania.

W dniu 26.08.2014 r. odbyło się spotkanie w sprawie programu naprawczego, w którym uczestniczyli przedstawiciele inwestora, inżyniera kontraktu i generalnego wykonawcy. W notatce z tego spotkania podkreślono, że MW przesunął zakończenie projektowania na koniec roku 2014 i że w programie naprawczym MW winien wskazać jakie działania kontrolne proponuje, aby zapewnić terminowość wykonania projektów. W związku z tym (...) wskazał, że zatrudnił osobę odpowiedzialną za bezpośrednią koordynację wykonania projektów w biurze (...) i na dzień dzisiejszy projekty spływają terminowo.

**Dowód:** notatka ze spotkania 3.04.2014 r. k. 338-342, notatka ze spotkania nr 28 z 11.06.2014 r. k. 342-357, pismo (...) sp. z o.o. z 18.06.2014 r. z załącznikami k. 333-337, pismo G. Polska z 3.09.2014 r. z notatką ze spotkania k. 328-332



W związku z wystawianą przez powoda dokumentacją rozliczeniową pozwany niejednokrotnie wzywał K. D. do jej uzupełnienia, np. o przekazanie geodezyjnych pomiarów kontrolnych dla ścianki szczelnej obiektów A3 i A6. Niektóre z tych uwag miały charakter formalny (np. brak opisanie wszystkich tomów dokumentacji, brak numeru umowy, poprawienie nazwy projektu i powołanie się na kartę zmian nr 1). Z kolei w piśmie z 30.05.2014 r. (...) w odniesieniu do złożonej przez powoda dokumentacji rozliczeniowej wskazał, że wszystkie wymienione w tym piśmie dokumenty nie posiadają odwołań do pozycji płatności i tabeli (...) Rozliczeniowych, co utrudnia identyfikację danej części robót. MW zwrócił również uwagę, że zgodnie z Kontraktem powód jest zobowiązany do przekazywania wersji elektronicznej dokumentacji. Ostatecznie do czasu weryfikacji, uzupełnienia i poprawienia tych dokumentów (...) wstrzymał ich podpisanie. W mailu z 19.09.2014 r. inżynier ds. dokumentacji budowy pozwanego wskazał powodowi brakujące protokoły odbioru stali i betonu oraz przypomniał, że w protokole dostaw należy dokładnie przywołać dokument dostawy z numeru.

**Dowód:** pisma pozwanego do powoda z 24.04.2014 r. k. 861, z 14.05.2014 r. k. 862-864, z 30.05.2014 r. k. 865-866, mail z 19.09.2014 r. k. 867

W trakcie wykonywania robót objętych Kontraktem Podwykonawczym pozwany kierował do powoda uwagi dotyczące stanu ilościowego załogi i tempa robót. W piśmie z 16.09.2014 r. kierownik budowy MW przekazał zestawienie stanu załogi K. D., wskazując że jest on sprawdzany trzy razy na dobę, począwszy od 3 września. I niezależnie od dokładności tych sprawdzianów MW wskazał, że: powód żadnego z przekazanych pod prace rejonów (obiektów) nie realizuje dwoma zmianami roboczymi; stan zatrudnionych pracowników jest fizycznych (bez operatorów sprzętu i kierowców) jest zbyt mały w stosunku do możliwości jakie daje rozległość placu budowy. Łączna liczba pracowników nie przekraczała 60 osób i nigdy poza betonowaniem nie pracowano dłużej niż do godz. 18.00 (w sobotę krócej).

W piśmie z 18.09.2014 r. (...) wskazał, że na obiekcie A3 praktycznie od wylania płyty dennej postęp robót na ścianach jest znikomy. Prace nie są właściwie obstawione, ilość pracowników waha się od 8 do 10 i brak jest drugiej zmiany. Podobnie pozwany nie zauważył żadnego znaczącego działania na ścianach płyty dennej obiektu kotłowni. Jednocześnie w załączeniu kierownik budowy zamawiającego przesłał powodowi kartę nadzoru MW\_028 (przed zatwierdzeniem przez inżyniera kontraktu), dopuszczając realizację przerw roboczych zgodną z dokumentacją pierwotną lub w wersji zaproponowanej przez projektanta w nadzorze.

Pismem z 12.01.2015 r. kierownik budowy MW poprosił powoda o znaczące przyspieszenie robót na obiekcie (...), a zwłaszcza prac związanych z realizacją studzienki. Od miesiąca w wykonanym wykopie, poza założeniem podbetonki, nic się nie dzieje. Wykop stoi otwarty; ściany wykopu osuwają się, otulenie wykonanych pali degraduje się.

**Dowód:** pisma pozwanego z 16.09.2014 r. k. 969-970, z 18.09.2014 r. k. 971-972, z 12.01.2015 r. k. 973, zeznania świadków A. S. k. 1103-1104, od 00:10:19 do 00:43:03, R. K. k. 1105-1107, od 00:46:16 do 01:26:46, W. G. k. 1107-1110, od 01:30:06 do 02:06:01, A. R. k. 1110-1112, od 02:06:36 do 02:33:22

W dniu 10.09.2014 r. powód wystawił pozwanemu pierwszą fakturę z tytułu wynagrodzenia za roboty objęte Kontraktem Podwykonawczym. Faktura nr (...) opiewała na kwotę 4.305.570,24 zł i została pozytywnie zweryfikowana przez MW.

**Dowód:** faktura nr (...) k. 844-845

Na zlecenie powoda (...) Bank (...) SA w W. w dniu 19.11.2014 r. udzielił na rzecz (...) SA gwarancji bankowej zabezpieczającej roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków z tytułu realizacji Kontraktu Podwykonawczego na kwotę 5.462.886,43 zł w terminie od dnia wystawienia gwarancji do dnia 15.10.2015 r. i na kwotę 1.638.886 zł w terminie od dnia 16.10.2015 r. do dnia 13.11.2018 r.

**Dowód:** gwarancja bankowa nr (...) k. 1118-1119

W piśmie z 9.01.2015 r. inwestor (...) spółka z o.o. poinformował (...), że wstępna analiza prowadzenia prac przy realizacji (...) S. wskazując, że kolejny raz nie są dotrzymywane terminy określone w obowiązującym harmonogramie. Dotyczy to zarówno zadań związanych ze sferą projektowania, jak również zakresu prac budowlanych. Powyższe wskazuje, że pomimo wielokrotnych deklaracji wykonawcy, że program naprawczy jest skutecznie realizowany, wykonawca nie wywiązuje się z własnych deklaracji i programu naprawczego. Taka sytuacja niepokoi, gdyż może powodować kolejne opóźnienia i brak możliwości dotrzymania terminów kontraktowych. Inwestor podkreślił, że występujące po raz kolejny masowe opóźnienie w realizacji prac projektowych, które, jak deklarował MW, miały być zakończone do końca 2014 r., może spowodować sytuację ograniczenia frontu robót z powodu braku dokumentacji. Inwestor wskazał dla przykładu obiekty, których ta sytuacja dotyczy.

Powołując się na powyższe pismo pozwany w piśmie z 15.01.2015 r. wskazał powodowi, że uwagi inwestora dotyczą także opóźnień w robotach będących w zakresie D.. MW wskazał, że obecne opóźnienia w robotach przy nasypach przeciążeniowych uniemożliwiają mu rozpoczęcie robót w zakresie wznoszenia pompowni oraz przekładają się na wielomiesięczne opóźnienia w robotach związanych z prowadzeniem sieci i dróg w tym rejonie. Pozwany wskazał również, że pomimo deklaracji zwiększenia sił przerobowych D. nie odnotowali zwiększenia personelu na budowie.

**Dowód:** pismo pozwanego z 15.01.2015 r. k. 974-975, pismo (...) z 9.01.2015 r. do pozwanego k. 976-978 i k. 336-337, zeznania świadka T. L. (1) k. 1063-1064, od 02:09:48 do 02:32:33, zeznania świadka R. K. k. 1105-107, od 00:46:16 do 01:26:46

Pismem z dnia 24 października 2014 r. powód skierował do pozwanego żądanie przedstawienia i doręczenia D. gwarancji zapłaty (w rozumieniu art. 649<sup>1</sup> k.c.) wynagrodzenia należnego D. od (...) na podstawie zawartego w dniu 24.01.2013 r. Kontraktu Podwykonawczego w kwocie tego wynagrodzenia wynoszącej brutto 109.257.728,64 zł – poprzez doręczenie D. w terminie 45 dni od dnia doręczenia niniejszego pisma bezwarunkowej, nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej, bądź też gwarancji ubezpieczeniowej, wystawionej na kwotę 109.257.728,64 zł, która to gwarancja zostanie wystawiona celem zabezpieczenia roszczeń i wierzytelności K. D. wobec (...) o zapłatę wynagrodzenia z Kontraktu Podwykonawczego. Żądanie gwarancji zapłaty D. zażądało z obawy o kondycję finansową (...).

W odpowiedzi z 21.11.2014 r. na powyższe żądanie (...) zaproponował, aby zabezpieczeniem należności wykonawcy wynikających z realizacji Kontraktu Podwykonawczego, w miejsce gwarancji zapłaty, był podpisany przez (...) sp. z o.o. (inwestora) dokument polecenia przekazu wystawiony na podstawie art. 921<sup>1</sup>-921<sup>5</sup> k.c., wskazując że taki tryb płatności strony przewidziały w klauzuli 14.7 Kontraktu, jako zabezpieczenie wierzytelności wykonawcy z tytułu wynagrodzenia. Jednocześnie zamawiający zobowiązał się, iż niezwłocznie po otrzymaniu od D. akceptacji propozycji formy zabezpieczenia płatności, przedłoży wykonawcy podpisany przez zamawiającego i inwestora dokument polecenia przekazu wg treści przewidzianej w załączniku.

Przedstawiciele zarządu D. podczas spotkania z członkami zarządu (...) nie powiedzieli, że rezygnują z żądania gwarancji zapłaty w związku z propozycją polecenia przekazu. Pomimo próśb ze strony pozwanego o cofnięcie żądania gwarancji zapłaty powód nigdy tego nie uczynił. Przedstawiciele D. tłumaczyli członkowi zarządu pozwanego J. L., że polecenie zapłaty jest całkiem innym narzędziem niż gwarancja zapłaty.

Pozwany nie złożył i nie doręczył powodowi żadnego polecenia przekazu.

**Dowód:** pismo powoda z 24.10.2014 r. k. 298-299, pismo pozwanego z 21.11.2014 r. k. 309-310, zeznania wiceprezesa zarządu powoda A. K. (1) k. 1180-1182, od 00:58:40 do 02:09:19, zeznania prezesa zarządu powoda A. C. k. 1182-1183, od 02:09:31 do 02:36:40

W piśmie z 17.12.2014 r. pozwany zwrócił się do prezesa zarządu (...) spółki z o.o. T. L. (1) o wyrażenie zgody na dokonywanie przez (...) bezpośredniej płatności należności podwykonawcy części zamówienia w zakresie wykonania robót budowlanych, tj. (...) sp. z o.o. Przekazywanie płatności miałyby się odbywać na zasadzie polecenia przekazu.

W załączeniu pozwany przesłał 3 egzemplarze, podpisanego przez zarząd (...) polecenia przekazu z prośbą o jego podpisanie i zwrot dwóch egzemplarzy do pozwanego.

W § 1 polecenia przekazu zamawiający (...) (przekazujący) oświadczył, że na podstawie art. 921<sup>1</sup>-921<sup>5</sup> k.c. przekazuje na rzecz (...) spółki z o.o. (wykonawca) jako odbiorcy przekazu, płatności istniejących i wymagalnych wierzytelności pieniężnych zamawiającego przysługujących mu od inwestora (przekazanego), a wynikających z realizacji umowy podwykonawczej z 24.01.2013 r. Przekaz obejmować miał świadczenia pieniężne realizowane przez inwestora tytułem zapłaty za roboty wykonane przez zamawiającego na podstawie kontraktu zawartego z (...) spółką z o.o. w dniu 18.07.2012 r. na budowę zakładu termicznego unieszkodliwiania odpadów, objęte fakturą VAT zamawiającego do wysokości równej kwocie istniejącej i wymagalnej wierzytelności wykonawcy wobec zamawiającego, objętej wystawioną zgodnie z umową z 24.01.2013 r. fakturą VAT wykonawcy, stanowiącą załącznik do faktury zamawiającego. Po otrzymaniu faktury zamawiającego inwestor miał dokonać zapłaty przez wykonanie dwóch przelewów: (i) do zamawiającego – w wysokości objętej fakturą zamawiającego pomniejszoną o kwotę przekazu oraz (ii) do wykonawcy – w wysokości równej przekazowi. Zamawiający miał przekazać inwestorowi kopię faktury wykonawcy wraz z załącznikami, określającymi wynagrodzenie należne wykonawcy. W § 1 pkt 6 polecenia przekazu zamawiający zrzekł się prawa odwołania niniejszego przekazu, a w pkt. 7 zamawiający wniósł o przyjęcie przekazu przez inwestora. Polecenie przekazu zostało podpisane przez dwóch członków zarządu pozwanego, a samo pismo pozwanego zostało nadane 19.12.2014 r. listem poleconym do (...).

**Dowód:** pismo pozwanego z 17.12.2014 r. do (...), załącznik – polecenie przekazu, potwierdzenie nadania k. 944-947, zeznania świadka T. L. (1) k. 1064-1065, od 02:09:48 do 02:32:33.

Przy piśmie z 13.01.2015 r. pozwany złożył (...) polecenie przekazu na rzecz (...) sp. z o.o. na kwotę 3.837.379,35 zł wraz z kopią faktury powoda nr (...) i tabelarycznym załącznikiem wskazującym kwoty należne D..

Inwestor (...) dokonał zapłaty powodowi powyższej kwoty w dwóch częściach w dniu 14.01.2015 r.

Przy piśmie z 27.01.2015 r. pozwany złożył (...) polecenie przekazu na rzecz (...) sp. z o.o. na kwotę 1.536.448,28 zł wraz z kopią faktury powoda nr (...) i tabelarycznym załącznikiem wskazującym kwoty należne D..

(...) zapłaciło powodowi ww. kwotę w dwóch transzach w dniu 3.03.2015 r.

Przy piśmie z 5.02.2015 r. pozwany złożył (...) kolejne polecenie przekazu na rzecz (...) sp. z o.o. na kwotę 874.651,83 zł wraz z kopią faktury powoda nr (...) i tabelarycznym załącznikiem wskazującym kwoty należne D..

(...) zapłaciło K. D. powyższą kwotę w dwóch częściach w dniu 31.03.2015 r.

Przy piśmie z 9.03.2015 r. pozwany złożył (...) ostatnie polecenie przekazu na rzecz (...) sp. z o.o. na kwotę 671.969,07 zł wraz z kopią faktury powoda nr (...) i tabelarycznym załącznikiem wskazującym kwoty należne D..

(...) dokonało zapłaty na rzecz powoda powyższej kwoty w dniu 29.04.2015 r.

Polecenia przekazu załączane do powyższych pism pozwanego były sporządzane wg wzoru przesłanego przy piśmie z 17.12.2014 r., z tą różnicą, że w § 1 pkt 2 (zakres przekazu) wskazywały konkretne faktury zamawiającego i wykonawcy oraz podpisywane były przez przedstawiciela pozwanego – dyrektora Departamentu Ochrony (...).

Wcześniej, w dniu 2.12.2014 r. (...) przelało na rzecz K. D. kwotę 4.671.637,48 zł za faktury (...).

**Dowód:** pisma pozwanego do (...) wraz poleceniami przekazu, fakturami i załącznikiem k. 948-952, k. 953-957, k. 958-962, k. 963-967, potwierdzenia wykonanych operacji k. 941-943, potwierdzenia wykonanych operacji k. 1202-1209, zeznania świadka T. L. (1) k. 1064-1065, od 02:09:48 do 02:32:33

W trakcie prowadzenia robót budowlanych na podstawie Kontraktu Podwykonawczego powód sporządził „Raporty o postępie” za okresy miesięczne. W każdym raporcie opisane był postęp robót, a w jego ramach spotkania kontraktowe, roboty zakończone, wykonywane i planowane, zestawienie zaawansowania robót na dzień poprzedzający dany raport, stopień zaawansowania robót, czynniki mogące zagrażać wykonaniu zadań wg harmonogramu oraz przyczyny opóźnień/przyspieszeń. Wykonawca wskazywał też ilość zatrudnionych osób w danym miesiącu, wskazując ogólną ilość pracowników z rozbiorem na poziom kwalifikacji i rodzaj wykonywanych zadań.

Wśród czynników mogących zagrażać wykonaniu zadań wg harmonogramu i które były przyczyną opóźnień powód wskazywał: 1) nieterminowe – niezgodne z Kontraktem Podwykonawczym – przekazywanie zatwierdzonej przez zamawiającego i inżyniera kontraktu dokumentacji wykonawczej na poszczególne obiekty i zakresy robót budowlanych; 2) liczne błędy projektowe w przekazywanej dokumentacji wykonawczej; 3) wydłużony okres zatwierdzania niektórych wniosków materiałowych, przekraczający niekiedy 21 dni. Ponadto zweryfikowane projekty wykonawcze w postaci kolejnych rewizji wykazywały zastosowanie nowych (innych niż w poprzednich wydaniach) materiałów budowlanych, co wymusza tworzenie i składanie do zatwierdzenia kolejnych wniosków materiałowych; 4) brak dróg dojazdowych do budowanych obiektów oraz brak placów do składania materiałów budowlanych; 5) brak zasilania w energię elektryczną i oświetlenia niektórych rejonów placu budowy. Do raportów załączana była dokumentacja fotograficzna z realizacji robót. Załącznikami nr do 5 do Raportów nr 29 i 39 były tabele przekazywania projektów wykonawczych, w których wskazywano datę planowanego przekazania wg Aneksu nr (...), datę faktycznego przekazania, o ile w danym okresie dokumentacja została w ogóle przekazana, ilość dni zwłoki.

**Dowód:** pismo przewodnie powoda z 28.11.2014 r. k. 576-577, Raporty o postępie: nr 27 za XI 2014 k. 577-591, nr 28 za XII 2014 k. 592-608, nr 29 za I 2015 k. 609-630, nr 30 za II 2015 k. 631-650

W piśmie z 5.02.2015 r. (...) wskazał D., że w dniu 28.01.2015 r. przekazał wykonawcy elementy projektu palowania etap II obiekt A. S. do realizacji. W związku z brakiem prowadzenia przez robót zawartych w przekazanym projekcie zamawiający zgłosił swoje zaniepokojenie, zwłaszcza że podwykonawca M. jest stale na budowie. W związku z tym MW wezwał wykonawcę do podjęcia kroków mających na celu niezwłoczne wykonanie przedmiotowych robót, nie później niż do 13.02.2015 r., pod rygorem zlecenia tych robót osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy.

W dniu 23.02.2015 r. powód wystosował do pozwanego trzy pisma. W pierwszym (nr 1450) nawiązując do ogółu korespondencji dotyczącej realizacji prac nieleżących w Zakresie (...) Stałych, właściwym dla treści Kontraktu Podwykonawczego oraz zapatrując się na zakres roszczenia nr 42 K. D. poinformowała o konieczności wstrzymania robót w obszarze obiektu maszynowni A7. Roboty zostały wstrzymane do czasu ustanowienia przez MW konstruktywnego stanowiska dotyczącego wykonywania przez wykonawcę robót dodatkowych, co zdaniem wykonawcy jest tożsame ze zleceniem ich wykonania w ramach robót dodatkowych. W drugim piśmie (nr (...)), w nawiązaniu do pisma MW z 12.02.2015 r., powód wskazał na konieczność wykonania przez niego robót dodatkowych, wykraczających poza zakres kontraktowy, a także wniósł o potwierdzenie poprawności rozwiązań zaproponowanych przez MW, informując jednocześnie o wstrzymaniu robót w zakresie zamówienia i wbudowania marek do czasu udzielenia informacji przez zamawiającego. W trzecim piśmie (nr (...)) D. wskazało na różnice w ilości stali zbrojeniowej w obszarze płyty fundamentowej hali oczyszczania spalin A21 zaprojektowane a ilości faktycznie wbudowane, stwierdzając, że różnica w ilości 82,46 ton stanowi o znacznym przekroczeniu przez wykonawcę zakresu robót, do którego realizacji zobowiązał się na mocy wiążącej strony umowy. W związku z tym powód poinformował, że do czasu wydania polecenia przez pozwanego realizacji robót dodatkowych w zakresie m.in. wbudowanej dodatkowo stali zbrojeniowej, koniecznym jest wstrzymanie robót w danym obszarze.

Zaniepokojenie brakiem prowadzenia przez wykonawcę robót przy stropie żelbetonowym A7 Maszynowni pozwany wyraził w piśmie z 11.03.2015 r., wzywając do ich wykonania nie później niż do 13.03.2015 r., pod rygorem zlecenia tych robót osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy. Analogiczne zaniepokojenie, dotyczące braku wykonywania robót m.in. w pomieszczeniu sprzężarek, zamawiający wyraził w piśmie z 12.03.2015 r., zastrzegając skorzystanie – niezależnie od innych uprawnień zastrzeżonych Kontraktem P.. – z prawa do zlecenia tych prac osobie trzeciej.

Z kolei wykonawca w piśmie z 11.03.2015 r., nawiązując do pisma z 12.02.2015 r., wskazał, że przystąpił do wbudowania zbrojenia skosów zsypanych do bunkra w możliwie szybkim terminie, tj. do 20.02.2015 r., który był wynikiem opóźnień zamawiającego w procedurze przekazywania dokumentacji wykonawczej. W dalszej części pisma wykonawca dokonał aktualizacji roszczenia o przedłużenie Czasu na Ukończenie, wskazując na przedłużenie o 325 dni roboczych.

**Dowód:** pismo pozwanego z 5.02.2015 r. k. 703 (978), z 11.03.2015 r. k. 704 (979), z 12.03.2015 r. k. 701-702, trzy pisma powoda z 23.02.2015 r. k. 1129, 1130, 1131, pisma powoda z 11.03.2015 r. i z 12.02.2015 r. k. 697-698 i k. 699-700

W dniu 11.03.2015 r. powód wysłał do pozwanego pismo, w którym stwierdził, że w dniu 10.03.2015 r. po raz kolejny (...) odwołał zaplanowane na dzień 11.03.2015 r. spotkanie, na którym miało dojść do podpisania aneksu do Kontraktu Podwykonawczego. Aneks ten miał potwierdzać ustalenia poczynione na spotkaniach 15 stycznia i 17 lutego 2015 r. dotyczące zapłaty na rzecz K. D. wynagrodzenia 4.000.000 zł + VAT za wykonane na Państwa żądanie, na budowie (...) w (...) roboty dodatkowe. Nadto powód przypomniał, że do dnia dzisiejszego pozwany nie dostarczył bankowej gwarancji zapłaty, do której dostarczenia został zamawiający wezwany pismem z 24.10.2014 r. i której termin dostarczenia upłynął 12.12.2014 r. Dodatkowo wykonawca wskazał, że zamawiający w sposób notoryczny pozostaje w zwłoce z dostarczeniem D. prawidłowej i wolnej od wad dokumentacji projektowej, a nierzadko rozwiązania zawarte w dostarczonej dokumentacji wykraczają poza zakres Kontraktu, co stanowi kolejną zawinioną przez MW przeszkodę w realizacji robót objętych Kontraktem. Mając powyższe na uwadze powód: 1) ponowił swoje żądanie zgłoszone pismem z 24.10.2014 r. dostarczenia bankowej, nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji zapłaty wynagrodzenia należnego K. D., przy czym gwarancja winna być wystawiona na kwotę 97.402.647,48 zł. Powód wyznaczył ostateczny termin dostarczenia tej gwarancji do dnia 18.03.2015 r., po upływie którego K. D. będzie uprawniona do skorzystania z uprawnień z art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c.; 2) wstrzymał, począwszy od 11.03.2015 r. realizację robót objętych Kontraktem z uwagi na wystąpienie przeszkód leżących po stronie MW – do czasu usunięcia przeszkód. Powyższe pismo wpłynęło do (...) w dniu 17.03.2015 r.

W odpowiedzi z dnia 16.03.2015 r. (...) poinformował powoda, że z zaskoczeniem przyjął stanowisko K. D. przedstawione w piśmie z 11.03.2015 r. Wskazał, że D. po raz kolejny kieruje bezzasadne zarzuty, co można postrzegać wyłącznie jako próbę uchylecia się przez D. od odpowiedzialności za nienależyte i nieterminowe wykonywanie robót i innych obowiązków z Kontraktu Podwykonawczego. Zamawiający obszernie odniósł się do kwestii żądania gwarancji, uznając je za bezskuteczne i oświadczył, że odstępuje z winy D. od Kontraktu Podwykonawczego, w niewykonanej części umowy. Jako podstawy odstąpienia (...) wskazał:

1. art. 635 k.c. w związku z tak dalekim opóźnieniem D. z realizacją robót, że nie jest prawdopodobne, aby mogły zostać ukończone w umówionym czasie;
2. klauzula 15.2.(b) Ogólnych Warunków Kontraktu Podwykonawczego w zw. z art. 492 k.c., z uwagi na porzucenie robót przez D. i otwartym okazywaniem zamiaru odstąpienia od wykonywania swoich zobowiązań objętych Kontraktem;
3. klauzula 15.2.(c) Ogólnych Warunków Kontraktu Podwykonawczego w zw. z art. 492 k.c., z uwagi na opóźnienie D. w prowadzeniu robót, zgodnie z klauzulą 8 (...), bez racjonalnego usprawiedliwienia;
4. art. 491 § 1 k.c., bez wyznaczania dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania, w związku z deklaracją D. o braku zamiaru realizacji robót.

Pismo dostarczone zostało powodowi w dniu 16.03.2015 r.

**Dowód:** pismo powoda z 11.03.2015 r. z potwierdzeniem odbioru k. 300-304, pismo pozwanego z 16.03.2015 r. - odstąpienie od Kontraktu k. 311-315 i k. 692-696

W odpowiedzi na oświadczenie pozwanego o odstąpieniu od umowy powód w piśmie z 17.03.2015 r. w całości zakwestionował to oświadczenie, stwierdzając że brak jest jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających odstąpienie przez (...) od Kontraktu P.. i wobec tego powód oświadczył, że oświadczenie pozwanego z 16.03.2015 r. nie wywołało żadnego skutku prawnego, w szczególności rozwiązania Kontraktu. W dalszej części pisma powód odniósł się do podstaw odstąpienia wskazanych przez (...) i ostatecznie poinformował pozwanego, że brak jest podstaw do przystąpienia do inwentaryzacji i jednocześnie podtrzymuje żądania zgłoszone pismem z 11.03.2015 r.

Pozwany w piśmie z dnia 19.03.2015 r. odniósł się do powyższego zastrzeżeń powoda wskazując, że wykonanie przez niego uprawnienia do odstąpienia od umowy ukształtowało nowy stan prawny pomiędzy stronami w ten sposób, że od chwili jego dokonania umowa przestała wiązać strony.

Następnie w piśmie z 19.03.2015 r., które wpłynęło do MW 20.03.2015 r., powód złożył oświadczenie o odstąpieniu na podstawie art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. od Kontraktu Podwykonawczego w związku z niedostarczeniem przez pozwanego gwarancji zapłaty w rozumieniu art. 649<sup>1</sup> § 2 k.c., a nadto wobec stanowiska pozwanego potwierdzającego, że nie wykona on obowiązku wynikającego z przepisu art. 649<sup>1</sup> k.c. Mając jednocześnie na uwadze, że odstąpienie od Kontraktu Podwykonawczego następuje z winy (...), działając na podstawie klauzuli 16.2 Kontraktu w zw. z art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 10.925.772,86 zł tytułem kary umownej, stanowiącej 10% Ceny Kontraktowej, w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma.

Pismem z dnia 31.03.2015 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kary umownej w kwocie 10.952.777,86 zł - w terminie 3 dni od dnia otrzymania pisma, które zostało nadane listem poleconym w dniu jego sporządzenia.

W piśmie z 10.04.2015 r. pozwany zakwestionował odstąpienie powoda od umowy jako nie wywołujące żadnych skutków prawnych, gdyż oświadczenie woli D. zostało doręczone (...) 23.03.2015 r., tj. po dniu doręczenia powodowi pisma z 16.03.2015 r. zawierającego oświadczenie pozwanego o odstąpieniu.

**Dowód:** pismo powoda z 17.03.2015 r. z załącznikiem i potwierdzeniem odbioru k. 316-323, pismo pozwanego z 19.03.2015 r. k. 651-653, pismo powoda z 19.03.2015 r. – odstąpienie od umowy k. 305-306, wezwanie do zapłaty z 31.03.2015 r. z potwierdzeniem nadania k. 307-308, pismo powoda z 10.04.2015 r. k. 705-706

W dniu 30.04.2015 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 31.312.034,80 zł tytułem wynagrodzenia wynikającego z Kontraktu Podwykonawczego. W dniu 29.05.2015 r. powód wystawił fakturę korygującą nr (...)/15/05/001 do powyższej faktury zmniejszając jej wysokość o kwotę do zwrotu 1.544.316,77 zł. Faktury te nie zostały ujęte w rozliczeniu umowy podwykonawcy.

**Dowód:** faktury VAT k. 980 i k. 981, rozliczenie umowy podwykonawcy k. 968

Pismem z dnia 14.06.2016 r. (...) SA złożył (...) spółce z o.o. oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu z dnia 18 lipca 2012 r. z winy (...) w związku z niedostarczeniem w wyznaczonym terminie żądanej gwarancji zapłaty, ze skutkiem na dzień doręczenia pisma w zakresie prac niewykonanych.

**Dowód:** oświadczenie z 14.06.2016 r. o odstąpieniu od umowy k. 1098-1101

### **Sąd zważył, co następuje:**

Powództwo okazało się w całości uzasadnione., a jego podstawę prawną stanowił przepis art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. w zw. z klauzulą 16.2 Warunków Szczególnych Kontraktu Podwykonawczego, jako że dochodzona i zasądzona kwota stanowi karę umowną za odstąpienie od umowy przez powoda z przyczyn leżących po stronie pozwanej.

Nie było sporu co do wysokości tej kary, która wynika wprost z załącznika do Kontraktu (k. 51-52), zmienionego załącznikiem nr 4 do Aneksu nr (...) do Kontraktu Podwykonawczego (k. 292-293), tj. 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, która wg Aneksu nr (...) wynosiła 109.257.728,64 zł, a zatem wysokość kary umownej to 10.925.771,86

zł. Sporna była natomiast kwestia samego roszczenia z tytułu kary umownej, gdyż według pozwanego oświadczenie powoda z 19 marca 2015 r. o odstąpieniu od Kontraktu Podwykonawczego [dalej jako Kontrakt lub KP] nie wywołało żadnych skutków, gdyż na skutek oświadczenia pozwanego z 16 marca 2015 r. Kontrakt już nie obowiązywał, więc oświadczenie powoda nie mogło wywołać żadnych skutków. Innymi słowy, powód nie miał od czego odstąpić.

Niewątpliwym jest, że to pozwany (...) SA w W. [dalej (...) lub (...) pierwszy złożył oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu. Jednakże w ocenie powoda (...) spółki z o.o. w G. [dalej K. D. lub D.], to oświadczenie było bezskuteczne, gdyż nie zaistniała żadna z podstaw odstąpienia wymienionych w piśmie pozwanego z 16.03.2015 r. (k. 311-315), a wobec tego oświadczenie D. z dnia 19.03.2015 r., oparte na bezwzględnie obowiązujących przepisach kodeksu cywilnego, wywołało skutki prawne w postaci ustania umowy. Koniecznym jest zatem rozważenie w pierwszej kolejności skuteczności oświadczenia pozwanego, a więc zbadanie czy zaistniały podstawy faktyczne i prawne wskazane w piśmie z 16.03.2015 r.

Przechodząc do tej analizy na wstępie przywołać trzeba pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z 15 maja 2013 r. (III CSK 267/12), że: „Odstąpienie jest wyjątkiem od zasady trwałości umownych stosunków zobowiązaniowych, stąd postanowienia umowy, przepisy regulujące tę instytucję oraz oświadczenia stron składane na ich podstawie winny być interpretowane ściśle. Jednostronne oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy złożone w wykonaniu powyższego uprawnienia kształtuje stosunek prawny przez jego ustanie. W braku uprawnienia i zachowania wymogów umownych wskazany skutek nie nastąpi. Niedopuszczalna jest tym samym ocena skuteczności złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy w oparciu o inne, jak wskazane w jego treści, przyczyny i podstawy, nawet gdyby były one przewidziane w umowie bądź wynikały z ustawy”. W rezultacie gdy strona złoży oświadczenie o odstąpieniu od umowy, pomimo że przesłanki uzasadniające złożenie takiego oświadczenia nie zostały spełnione, to oświadczenie strony o odstąpieniu od umowy jest bezskuteczne i nie wywołuje jakichkolwiek skutków prawnych.

W piśmie z 16.03.2015 r. jako podstawy odstąpienia od KP (...) wskazał następujące podstawy:

1. art. 635 k.c. w związku z tak dalekim opóźnieniem D. z realizacją robót, że nie jest prawdopodobne, aby mogły zostać ukończone w umówionym czasie;
2. klauzula 15.2.(b) Ogólnych Warunków Kontraktu Podwykonawczego w zw. z art. 492 k.c., z uwagi na porzucenie robót przez D. i otwartym okazywaniem zamiaru odstąpienia od wykonywania swoich zobowiązań objętych Kontraktem;
3. klauzula 15.2.(c) Ogólnych Warunków Kontraktu Podwykonawczego w zw. z art. 492 k.c., z uwagi na opóźnienie D. w prowadzeniu robót, zgodnie z klauzulą 8 (...), bez racjonalnego usprawiedliwienia;
4. art. 491 § 1 k.c., bez wyznaczenia dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania, w związku z deklaracją D. o braku zamiaru realizacji robót.

Odnosząc się do pierwszej z ww. podstaw Sąd wskazuje, że zgodnie z art. 635 k.c. jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Z mocy art. 656 § 1 k.c. zacytowany przepis ma zastosowanie do umowy o roboty budowlane, którą niewątpliwie był Kontrakt Podwykonawczy z 24.01.2013 r. W świetle tego przepisu do przesłanek odstąpienia od umowy należy: a) opóźnienie wykonawcy, b) które jest tak dalekie, że nie jest możliwe ukończenie robót w umówionym terminie, przy czym możliwość tę należy oceniać z punktu widzenia obiektywnych przesłanek.

W tej sprawie, powołując się na opóźnienie wykonawcy pozwany (jako zamawiający) nie przytoczył żadnego konkretnego wypadku tego opóźnienia, nie wskazał w jakim zakresie powód pozostaje w opóźnieniu (tzn. choćby szacunkowej ilości dni), jakich robót to opóźnienie dotyczy i jaki termin nie miałby być przez D. dotrzymany. Ta ogólnikowość tej podstawy uniemożliwiła powodowi odniesienie się do tego zarzutu, tak bezpośrednio po otrzymaniu

oświadczenia pozwanego, jak i w niniejszym procesie. Już tylko z tych przyczyn odstąpienie na podstawie art. 635 k.c. jawi się jako niezasadne. Zarzucając powodowi „tak dalekie opóźnienie w realizacji robót, że nie jest prawdopodobne aby mogły zostać ukończone w umówionym czasie” pozwany zacytował tylko treść przepisu, ale nie podał nawet przybliżonej wielkości opóźnienia i jak ona się ma do kontraktowego terminu zakończenia robót, tj. 15 października 2015 r., choć oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone w połowie marca tego samego roku, a więc na siedem miesięcy przed powyższym terminem. Co charakterystyczne, również w odpowiedzi na pozew brak jest jakichkolwiek przytoczeń faktycznych dotyczących opóźnionych robót, tzn. które? ile dni? Pojawiły się one (w szcztatkowej postaci) dopiero w piśmie procesowym pozwanego z dnia 22.02.2017 r. w związku ze złożeniem przez powoda „zaktualizowanego” zestawienia przekazywanej dokumentacji projektowej, o czym będzie mowa poniżej. Ponadto w treści odpowiedzi na pozew, oświadczeń na rozprawie i dalszych pism procesowych pozwanego, aż do ww. pisma, pozwany nie tylko nie kwestionował dat przekazywania wykonawcy dokumentacji projektowej (wykonawczej), ale nawet nie zanegował, że miała miejsce po jego stronie nieterminowość i to niejednokrotnie bardzo znaczna, przekazywania powodowi rzeczonyj dokumentacji, która – co oczywiste – była warunkiem koniecznym możliwości wykonywania robót budowlanych.

I właśnie opóźnienia pozwanego w przekazywaniu dokumentacji projektowej wykonawcy sprawiają, że niezasadne są twierdzenia pozwanego o opóźnieniu powoda, a jeszcze to opóźnienie musiałoby być tak dalekie, że niemożliwym byłoby ukończenie robót w terminie. I choć ustawa posługuje się pojęciem „prawdopodobieństwa”, to oczywistym jest, że musi być ono ocenione według obiektywnych kryteriów, a nie subiektywnego odczucia zamawiającego, który nawet nie próbuje wskazać jakichkolwiek przesłanek (punktów odniesienia). Niespornym jest, że terminy przekazywania poszczególnych części dokumentacji projektowej (in. projektów wykonawczych) zostały ustalone w Załączniku nr 8 do KP, który został zmieniony (zaktualizowany) w Załączniku nr 8A do Aneksu nr (...) do Kontraktu Podwykonawczego (k. 295-297). I jak wynika z jego treści, termin przekazania D. przez (...) ostatniego spośród projektów upływał w dniu 1 września 2014 r., zaś termin przekazania powodowi zasadniczych do realizacji robót objętych KP projektów konstrukcyjnych fundamentów dwudziestu jeden obiektów (A1 – A21) upływał w okresie kwiecień – maj 2014 r. Jednakże jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego terminy te nie zostały przez pozwanego dotrzymane i w dacie złożenia przez niego oświadczenia o odstąpieniu (tj. 16.03.2015 r.) zdecydowana część tych projektów nie została powodowi dostarczona w komplecie, bądź jeśli nawet została złożona, to została następnie w znacznej mierze zmieniona, co powodowało nie tylko konieczność wstrzymywania robót, ale nawet ich ponownego wykonywania czy poprawiania (np. palowanie).

Jak już zostało to wyżej zaznaczone pozwany do pisma procesowego z dnia 22.02.2017 r. nie zakwestionował twierdzeń pozwu o tym, że do 16.03.2015 r. zamawiający przekazał wykonawcy zaledwie ok. 34% ogólnego zakresu projektów, co powód udokumentował szeregiem protokołów przekazania dokumentacji i pism tego dotyczących (k. 358-506). Dodatkowo powód – na bazie Załącznika nr 8A do Aneksu nr (...) do KP - sporządził zestawienie tabelaryczne wpływu dokumentacji projektowej, w którym wskazał daty umowne przekazania dokumentacji, daty faktycznego przekazania (jeśli dokumentacja została w ogóle przekazana), bądź wskazał, że dokumentacji nie otrzymał (vide k. 324-335). Ponieważ zestawienie to okazało się być obarczone rozbieżnościami między statusem dokumentacji a datami jej rzeczywistego przekazania, co przyznał na rozprawie w dniu 10 stycznia 2017 r. pełnomocnik powoda, to Przewodniczący zobowiązał go do złożenia aktualnego „Zestawienia tabelarycznego wpływu dokumentacji projektowej (obiekty)” zawierającego rzeczywiste informacje co do dat przekazania (...) dokumentacji projektowej D. z jednoczesnym wyeliminowaniem rozbieżności pomiędzy zapisem o treści (...) a datą wpisaną w kolumnie „Data rzeczywistego przekazania”. W wykonaniu tego zobowiązania pełnomocnik powoda przy piśmie z 18.01.2017 r. przedłożył dwie tabele przekazania dokumentacji. Pierwsza została przygotowana w układzie analogicznym jak Załącznik nr 8A z dodaniem kolumny z datami faktycznego przekazania powodowi poszczególnych projektów (k. 1219-1222). Natomiast druga tabela obrazuje daty faktycznego przekazania powodowi przez pozwanego poszczególnych projektów, ze szczegółowym rozbiciem na każdy indywidualny projekt i opracowanie (k. 1223-1234). Ustosunkowując się do tych zestawień tabelarycznych w piśmie z dnia 22.02.2017 r. pozwany zakwestionował je w znacznym zakresie co do dat przekazania dokumentacji projektowej i przedłożył szereg dokumentów, które miały pokazać opóźnienia powoda w wykonaniu robót, uzasadniające decyzję pozwanego o odstąpieniu od umowy.



Odnosząc się do twierdzeń pozwanego zawartych w ww. piśmie (k. 1240) i załączniku nr 2 (w prawidłowej formie na k. 1679-1691) Sąd stwierdza na wstępie, że noszą one cechy nowości, gdyż zestawienia tabelaryczne powoda, acz odmienne niż zakwestionowany przez Sąd załącznik nr 19 do pozwu, oparte zostały na załączonych do pozwu protokołach przekazania dokumentacji, których pozwany w żadnym zakresie nie zanegował (zresztą do rozprawy w dniu 10 stycznia 2017 r. pozwany nie dostrzegał też rozbieżności w załączonym do pozwu zestawieniu przekazywanej dokumentacji). Niemniej Sąd uznał, że przedłożone przez powoda dwa nowe zestawienia tabelaryczne przekazywanej dokumentacji uzasadniały złożenie przez pozwanego pisma procesowego i dalszych dokumentów, które zostały zaliczone w poczet materiału dowodowego. Przy czym przy ich ocenie Sąd uwzględnił kontekst i etap procesu, na którym zostały złożone, przy wcześniejszej bierności w tym zakresie.

Analizując zatem zestawienia tabelaryczne przekazywania dokumentacji powoda i zestawienie tabelaryczne pozwanego Sąd doszedł do przekonania, że jakkolwiek nie zawsze data wskazywana przez powoda jako data końcowa przekazania dokumentacji, była datą przekazania projektów głównych, tylko rewizji czy karty zmian lub karty nadzoru autorskiego, to i tak zaistniałe po stronie pozwanej opóźnienia w przekazywaniu projektów nie dawały podstaw do postawienia tezy, że na dzień 16.03.2015 r. D. jest w tak dalekim opóźnieniu z realizacją robót, że nie jest prawdopodobne, aby mogły zostać one ukończone w umówionym czasie. Gdyż to wpływ projektów wykonawczych determinował możliwość wykonywania robót przez wykonawcę, a tym samym dotrzymanie przez niego terminu końcowego robót.

W pierwszej kolejności trzeba wskazać, że pozwany w piśmie procesowym z 22.02.2017 r. nie zakwestionował dat, w jakich przekazywał powodowi poszczególne projekty, jak również nie zakwestionował zakresu (ilości) przekazanej D. dokumentacji projektowej, jak została podana w zestawieniach tabelarycznych powoda załączonych do pisma procesowego z 18.01.2017 r., a także jaka została podana w pozwie na podstawie dołączonych do niego potwierdzeń przekazania dokumentacji. Nadto pozwany w istocie przyznał, że według stanu na dzień 16.03.2015 r. nie przekazał powodowi wszystkich projektów, a przeciw ustalony w Załączniku nr 8A do Aneksu nr (...) do KP termin przekazania D. ostatniego projektu upłynął w dniu 1.09.2014 r., zaś terminy przekazania powodowi zasadniczych dla realizacji robót projektów minęły w kwietniu i maju 2014 r. Sąd zgadza się z powodem, że pozwany w piśmie procesowym z dnia 22.02.2017 r. usiłuje dokonać jedynie odmiennej oceny co do liczby dni opóźnienia w przekazaniu poszczególnych projektów, akcentując tylko przekazywanie głównej części dokumentacji. Zaznaczyć natomiast trzeba, że podczas realizacji robót objętych Kontraktem Podwykonawczym rewizje do projektu lub karty nadzoru autorskiego zmieniały istotnie poszczególne projekty, które MW przekazał wcześniej (vide zeznania świadków M. C., P. G., R. J.). O bardzo dużej ilości zmian do dokumentacji mówi też świadek A. R., ale wskazuje, że większość to były prośby D. o zmiany mające na celu optymalizację ze strony wykonawcy, a nie poprawność dokumentacji (k. 1111/tom VI). Jednakże nie wydaje się to być wiarygodne, gdyż skoro terminy wykonania robót były tak napięte, to dlaczego zamawiający miałby iść na rękę wykonawcy, nie bacząc na własne relacje z inwestorem i groźbę kar umownych za zwłokę w wykonaniu inwestycji? Poza tym (...) nierzadko, przekazując jakiś projekt, z góry wskazywał K. D., że ten projekt nie jest przeznaczony do realizacji, bądź że jest on przeznaczony do realizacji tylko w zakresie prac przygotowawczych, że ma być następnie zmieniony lub uzupełniony, a w związku z czym powód nie może realizować na tej podstawie robót. Z tych względów w zakresie w jakim rewizje projektów i karty nadzoru autorskiego zmieniały projekty, za uzasadnione można przyjąć podanie przez powoda jako końcowej daty przekazania projektów datę przekazania odpowiednich rewizji lub kart nadzoru autorskiego. Dodatkowo Sąd zauważa – w kontekście treści wstępu do zestawienia tabelarycznego pozwanego (k. 1679/IX) – że nie sposób oczekiwać od D., aby wykonywało roboty na podstawie dokumentacji, do której miało uzasadnione zastrzeżenia, niezależnie od tego kogo obciążało wg Kontraktu ryzyko poprawności i zupełności projektu (tj. MW).

Jeżeli zaś chodzi o poszczególne pozycje zestawienia pozwanego, to np. w poz. 1 (L.p. 1) MW odsyła do dokumentu o przekazaniu dokumentacji (k. 1266), z którego wynika, że 16.07.2014 r. przekazane zostały rewizje do dwóch projektów z poleceniem wykonywania prac wg tych rewizji, co pokazuje jak istotne były rzeczony rewizje i jednocześnie głośłowne pozostaje twierdzenie, że powód nie rozpoczął palowania pod obiektami A1 i A2. Z kolei w poz. 2 (k. 1680) pozwany przywołuje notatkę z budowy (k. 1270-1271), z której wynika wprost opóźnienie (...) w dostarczeniu części

dokumentacji dotyczącej robót na A3. Za zupełnie gołosłowne uznać należy twierdzenie w poz. 2 (A3 Dwukomorowy bunkier odpadów), że awaria tegoż bunkra w dniu 22.04.2014 r. powstała z przyczyn leżących wyłącznie pod stronie powoda. Wadliwie pozwany przywołuje jako dowód w poz. 3 „Wykaz przekazanych prac” (k. 1348), gdyż należy go czytać w ten sposób, że to co zostało przekazane jest wpisane jako ostatnie i w tym przypadku jest to „Pomieszczenie rozdzielni”, a w dwóch pozycjach jest napisane „Projekty wykonawcze fundamentów wszystkich budynków. Budynek procesowy/główny”. W poz. 6 pozwany przyznaje, że faktyczna ilość opóźnienia wynosiła 129 dni. Natomiast twierdząc, że powód pozostawał w zwłoce z realizacją robót pozwany skrętnie pomija, że przekazywał 4 razy ten sam projekt, bo tylko do robót przygotowawczych 2 razy. Stąd to opóźnienie nie obciąża powoda. W ocenie Sądu treść notatki przywołanej w poz. 7 (dowód nr 23) z 10.03.2015 r. wcale nie wskazuje, że powód odmawiał wykonania tych robót – to tylko interpretacja pozwanego. Z kolei fragmentaryczne wpisy w dzienniku budowy (poz. 8, k. 1681) nie pozwalają zweryfikować twierdzeń pozwanego o wstrzymaniu prac przez powoda.

Poza tym w swoim zestawieniu tabelarycznym pozwany wielokrotnie przyznał istnienie wielotygodniowych lub wielomiesięcznych opóźnień w przekazywaniu dokumentacji. I tak, w wyżej przywołanej pozycji nr 3.1.7.1.1.6. – 129 dni, w poz. 3.1.7.1.1.9 – 237 dni, w poz. 3.1.7.1.1.10 – 202 dni, w poz. 3.1.7.1.1.11 – 279 dni, w poz. 3.1.7.1.1.12 – 252 dni, w poz. 3.1.7.1.1.17 – 279 dni, w poz. 3.1.7.1.1.18 – 273 dni, w poz. 3.1.7.1.1.20 – 159 dni, poz. 3.1.7.1.6.1 – 232 dni. Oprócz tego pozwany przyznał nie przekazanie wielu projektów i choć odesłał w tym zakresie do uwagi ogólnej nr 2 na str. 1 Zestawienia tabelarycznego, ale w ocenie Sądu to tłumaczenie nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze, zostało uczynione na potrzeby procesu, gdyż w żadnych wcześniejszych przedsądowych i sądowych wystąpieniach pozwany nie wskazywał na „powierzchniowe” rozliczenie przekazywania projektów (zresztą niezgodne z Załącznikiem nr 8A do Aneksu nr (...) do KP). Po drugie, to twierdzenie pozwanego jest nieweryfikowalne w świetle zaferowanego przez niego materiału dowodowego, gdyż żaden dokument, oprócz przygotowanych przez pozwanego rysunków (k. 1245-1246), nie daje podstaw do uznania, że przekazanie projektu np. na fundamenty danego obiektu pozwala jednocześnie na wykonanie dalszych kondygnacji lub dachu. Podkreślić w tym miejscu należy, że pozwany składając dopiero przy piśmie z 22.02.2017 r. szereg dokumentów i polemizując z dotychczas niekwestionowanymi twierdzeniami powoda co do dat przekazania dokumentacji projektowej, uniemożliwił w ten sposób odniesienie się do tych twierdzeń i dowodów przesłuchanym w sprawie świadkom i przedstawicielom stron. Jeżeli zaś chodzi o twierdzenia pozwanego wyartykułowane w poszczególnych pozycjach zestawienia tabelarycznego przekazywanej dokumentacji, co do tego, że opóźnienia w przekazywaniu dokumentacji projektowej nie uzasadniały późniejszego wykonywania robót przez D., to bazują one na subiektywnej interpretacji, wrywkowo przywoływanych przez pozwanego dokumentów, bez uwzględnienia tego, że od początku inwestycji dokumentacja projektowa była przekazywana z uchybieniem umówionych terminów. Takim przykładem jednostronnych, pod określoną tezę i w sumie gołosłownych twierdzeń pozwanego jest poz. 3.1.7.1.1.12 (k. 1682), gdzie wskazano, że opóźnienie w przekazaniu projektu (252 dni!) „nie uzasadnia powstałej po stronie powoda zwłoki w realizacji (...) objętych tym projektem, gdyż Powód dopiero w dniu 24.02.2015 r. przygotował front (...) dla wykonania prac fundamentowych z uwagi na zawinione opóźnienie w realizacji etapu poprzedzającego prace fundamentowe tj. palowanie (Dowód nr 23: Notatka z Narady (...) nr 60 z dnia 10.03.2015 r. str. 14)”. Jednakże sięgając do tego dowodu, tj. na str. 14 teżsame notatki (k. 1478 verte) pod datą 24.02.2015 czytamy, że: „Zakończono palowania. Od dnia 25.02.15 D. przystępuje do wykonania podkładów betonowych”. Ten zapis, jak i pozostałe na tej stronie notatki, nie dają żadnych podstaw do uznania, że wykonawca jest w opóźnieniu, a co dopiero w zwłoce, w wykonaniu rzeczonych robót. Podobnie nie sposób z tych zapisów wywieść, że miało miejsce zawinione opóźnienie po stronie powodowego wykonawcy w realizacji poprzedniego etapu! Taka konstatacja jest m.in. rezultatem tego, że począwszy od odstąpienia z dnia 16.03.2015 r. i dalej w toku niniejszego procesu (zainicjowanego pozwem wniesionym 11.05.2015 r.) pozwany nie wskazał z jakimi robotami i za jaki okres powód pozostawał w opóźnieniu w zakresie wykonawstwa, co poddaje w wątpliwość zasadność odstąpienia od umowy.

Wracając do kwestii przyznanych przez pozwanego ilości dni opóźnienia w przekazywaniu dokumentacji, przy czym oprócz ww. znacznych przekroczeń terminu, pozwany potwierdził także opóźnienia rzędu kilkunastu i kilkudziesięciu dni na poszczególnych projektach, ocenić to należy z punktu widzenia klauzuli 2.6 Warunków Szczególnych Kontraktu Podwykonawczego. Zgodnie z jej treścią „W razie opóźnienia Zamawiającego w przekazywaniu Wykonawcy

Dokumentacji Projektowej lub poszczególnych jej części w stosunku do terminów określonych w Kontrakcie, Czas na Ukończenie ulega przesunięciu o okres opóźnienia Zamawiającego.” (k. 240). Mając zatem na względzie te kilkusetdniowe opóźnienia w przekazaniu powodowi projektów wykonawczych i niewykonanie przez pozwanego swojego zobowiązania w tym zakresie w dniu 16.03.2015 r., to na mocy klauzuli 2.6 termin wykonania przez powoda robót uległ automatycznemu przesunięciu o te kilkaset dni, a najmniej o 197 dni. Co wynika z tego, że ponieważ ustalony w Załączniku nr 8A do Aneksu nr (...) do KP termin przekazania D. ostatniego projektu upłynął w dniu 1.09.2014 r., to w dacie pisma MW o odstąpieniu od umowy opóźnienie w przekazaniu powodowi dokumentacji projektowej wynosiło właśnie 197 dni. Tak skutki opóźnień w przekazywaniu dokumentacji z punktu widzenia terminu ukończenia robót widział też (...), co wynika choćby z zeznań świadka W. G. (k. 1108/VI), który wskazał, że MW nie dostarczał terminowo dokumentacji projektowej i wykonawczej, ale D. miało wtedy zagwarantowane przesunięcie terminu na realizację tego elementu o tyle dni, ile było opóźnienia w dostarczeniu dokumentacji. Podobnie świadek A. R. (k. 1111).

W kontekście terminowości przekazywania dokumentacji projektowej przywołać w tym miejscu należy pismo (...) do (...) z dnia 9.01.2015 r. o „występujących masowych opóźnieniach w realizacji prac projektowych, które, jak deklarował wykonawca (tj. MW) miały być zakończone do końca 2014 r., a które to opóźnienia mogą spowodować sytuację ograniczenia frontu robót z powodu braku dokumentacji” (k. 336-337). I jak wynika z szeregu złożonych do akt notatek z narad budowy, a także zeznań świadków, takowe ograniczenie frontu robót faktycznie występowało. Z kolei świadek T. L. (1), prezes zarządu (...) spółki z o.o., wprost zeznał, że „cały kontrakt to jedna wielka przeszkoda we współpracy z (...). Główna przeszkoda to kwestia braku projektów (...)”. Świadek zeznał również, że: „Terminowość D. to skomplikowana kwestia, gdyż nie było projektu, bo budować powinno się na jego podstawie.”, a także wskazał, że (...) zasadniczo do czerwca 2016 nie zakończył projektowania (k. 1063-1064/VI). I jeśli nawet w tym zakresie mogło nie być dokumentacji dotyczącej robót objętych Kontraktem Podwykonawczym z 24.01.2013 r., to pokazuje to, że nie został wyeliminowany podstawowy problem występujący przy realizacji tej inwestycji.

Reasumując powyższe wywody Sąd wskazuje, że wykazane opóźnienie pozwanego w przekazywaniu dokumentacji projektowej i wykonawczej powodowi, upoważniające powoda do przedłużenia czasu na zakończenie robót – w wersji najkorzystniejszej dla pozwanego – o co najmniej 197 dni (tj. do 30.04.2016 r.), sprawia że nie można mówić o opóźnieniu D. w realizacji robót, a w konsekwencji, przy tak hipotetycznym terminie ukończenia robót, nie sposób przyjąć za pozwanym, że nie jest prawdopodobne, aby roboty D. mogły zostać ukończone w umówionym terminie, zwłaszcza że pozwany nie przedstawił jakichkolwiek twierdzeń na temat stanu zaawansowania robót powoda na dzień 16.03.2015 r., aby uwiarygodnić swoją tezę. Z tych względów Sąd uznał, że nie zaistniała przesłanka do odstąpienia przez pozwanego od Kontraktu w oparciu o art. 635 k.c.

Dodatkowo Sąd wskazuje, że nawet przedłożone przez pozwanego przy piśmie z 22.02.2017 r. dowody nie tylko nie potwierdzają opóźnień powoda, a tym bardziej zwłoki, w wykonywaniu robót, ale także nie wynika z nich, aby (...) wzywał K. D. do wykonywania rzekomo opóźnionych robót, pod rygorem odstąpienia od umowy, co wydaje się być logiczną konsekwencją, gdyby te „tak dalekie opóźnienia D.” miałyby miejsce. Otóż w przywoływanej już wcześniej notatce nr 60 z narady budowy z 10.03.2015 r., będącej ostatnią notatką przed odstąpieniem od umowy przez MW, brak jest jakichkolwiek zastrzeżeń zamawiającego do wykonawcy dotyczących terminowości robót. Natomiast są w niej zapisy wskazujące na: braki w dokumentacji (3.02.2015 r. D. prosi o przekazanie projektu zbrojenia ściany – str. 5; w tym samym dniu MW deklaruje, że projekt ścian i słupów Maszynowni zostanie dostarczony w siódmym tygodniu br. – str. 12), na niewykonywanie robót przez D. z uwagi na brak dokumentacji projektowej (3.03.2015 r., str. 13), na opóźnienie w przekazaniu wcześniej zapowiadanej dokumentacji (10.02.2015 r., str. 13). I wreszcie na str. 13 jest wpis, w którym wskazano, że D. od 24.02.2015 r. nie prowadzi robót w zakresie maszynowni z uwagi na braki w dokumentacji i konieczność wyjaśnienia sposobu wykonania zbrojenia belek, prosząc o przekazanie zaakceptowanej dokumentacji stropu maszynowni (k. 1478). W świetle zasad doświadczenia życiowego nie sposób przyjąć, żeby (...) nie ponaglał wykonawcy, jakby ten był w opóźnieniu (a tym bardziej w zwłoce) i to takim, że nie było gwarancji ukończenia tych robót w umówionym terminie, zwłaszcza że sam (...) był pod ogromną presją inwestora.

Niezależnie od powyższego, kolejną przyczyną, dla której nie jest uzasadnionym skorzystanie przez pozwanego z art. 635 k.c. jako głównej przesłanki odstąpienia od umowy, jest to, że zamawiający nie może odstąpić od umowy z powodu opóźnienia wykonawcy skoro to zamawiający jest powodem tego opóźnienia. Sąd w składzie orzekającym w tej sprawie podziela pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z 21 września 2006 r. (I CSK 129/06, Legalis nr 304542) i przywołany przez powoda, że „Nieuprawniony jest pogląd, że skoro art. 635 k.c. nie zawiera rozróżnienia opóźnienia zawinionego i niezawinionego przez przyjmującego zamówienie, to uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy jest niezależne od przyczyny tego opóźnienia, zatem może on od umowy odstąpić także wówczas, gdy opóźnienie zostało przez niego spowodowane. Jeżeli bowiem przyjmujący zamówienie nie spełnia świadczenia z powodu braku potrzebnego do wykonania dzieła współdziałania zamawiającego, to nie zachodzi przesłanka, opóźnienia się przyjmującego zamówienie, warunkująca prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy”. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 11 kwietnia 2013 r. (I ACa 75/13, LEX nr 1314854) – „Jeżeli zamawiający odstępuje od umowy w sytuacji, gdy opóźnienie jest wynikiem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność, to odstąpienie na podstawie art. 635 k.c. jest bezskuteczne”. W realiach tej sprawy możliwość wykonywania robót przez powoda była bezpośrednio skorelowana z obowiązkiem pozwanego dostarczenia projektów wykonawczych. Oczywistym jest bowiem, że bez dokumentacji projektowej, w formie przewidzianej prawem i postanowieniami umownymi, wykonawca nie był w stanie realizować robót budowlanych. (...) opóźniając się i to bardzo wyraźnie w wykonaniu obowiązku kontraktowego uniemożliwił tym zaniechaniem wykonanie przez K. D. robót objętych KP. W tej sytuacji, przy tak istotnych opóźnieniach ze strony zamawiającego wykonawca nie popadł w stan opóźnienia w rozumieniu art. 635 k.c.

Tym samym nie zostały spełnione przesłanki uprawniające pozwanego do odstąpienia od Kontraktu w oparciu o powyższy przepis, co czyni oświadczenie z dnia 16.03.2015 r. bezskutecznym w tym zakresie. Innymi słowy, nie istniał stan, w którym obiektywnie niemożliwym było dotrzymanie terminu końcowego robót z Kontraktu Podwykonawczego.

W ocenie Sądu powyższe oświadczenie pozwanego okazało się bezskuteczne również odnośnie pozostałych, przywołanych w nim podstaw odstąpienia od umowy. I tutaj pozwany powołał się na opóźnienie powoda w prowadzeniu robót, a zatem aktualne będą wszystkie uwagi poczynione przy okazji omawiania pierwszej z podstaw odstąpienia opartej na art. 635 k.c.

Dotyczy to w szczególności podstawy opartej na klauzuli 15.2 (c) Ogólnych Warunków KP w zw. z art. 492 k.c., z uwagi na opóźnienie D. w prowadzeniu robót, zgodnie z klauzulą 8 (...), bez racjonalnego usprawiedliwienia. Zgodnie z tą klauzulą Zamawiający będzie uprawniony do wypowiedzenia Kontraktu jeśli Wykonawca bez racjonalnego usprawiedliwienia (i) nie prowadzi robót zgodnie z rozdziałem 8 lub (ii) nie zastosuje się do wezwania, wydanego na mocy klauzuli 7.5 lub klauzuli 7.6 w ciągu 28 dni od daty jego otrzymania (k. 133). Z kolei w myśl art. 492 k.c. jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. To samo dotyczy wypadku, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałyby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłóce.

Przenosząc te uregulowania na grunt rozstrzyganej sprawy wstępnie trzeba zauważyć, że uprawnienie z art. 492 k.c. przysługuje jedynie w przypadku zwłoki dłużnika [tu: powoda], a nie w przypadku innego opóźnienia w wykonaniu zobowiązania, oraz tylko jeśli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym. Termin musi być wyznaczony ściśle, to znaczy w sposób niebudzący wątpliwości, kiedy precyzyjnie on nastąpi (przez wskazanie konkretnego momentu lub momentu następującego z upływem określonej jednostki czasu). Po pierwsze, jak to już wcześniej uznano, po stronie powoda nie wystąpiła zwłoka, zresztą sam pozwany pisze „z uwagi na opóźnienie D.”. Po drugie, w Kontrakcie strony nie zastrzegły żadnego wypadku niewykonania zobowiązania w ściśle określonym terminie, który pozwalałby na odstąpienie bez wyznaczenia terminu dodatkowego. Po trzecie, właśnie w akapicie trzecim klauzuli 15.2 zostało zastrzeżone, że w

każdym z takich wypadków (m.in. tych wyżej przytoczonych) Zamawiający może rozwiązać Kontrakt w terminie 14 dniowym i usunąć Wykonawcę z terenu budowy. Tylko w przypadkach opisanych w pkt. (e) i (f) Zamawiający mógł rozwiązać Kontrakt ze skutkiem natychmiastowym. Jak to już bezspornie ustalono (...) ani nie wzywał powoda do wykonania zobowiązań wynikających z Kontraktu pod rygorem odstąpienia od umowy, ani nie wzywał w trybie powyższej klauzuli (...), ani w trybie art. 491 k.c. Wreszcie po czwarte, okoliczności faktyczne sprawy pokazują, że jeżeli nawet można by mówić o wykonywaniu przez D. robót z uchybieniem harmonogramu umownego, to z pewnością w świetle opóźnionego (czasami rażąco) nieprzekazywania dokumentacji projektowej przez pozwanego po stronie wykonawcy wystąpiło „racjonalne usprawiedliwienie”.

Jeżeli natomiast chodzi o drugą (w kolejności pisma z 16.03.2015 r.) podstawę odstąpienia przez MW od Kontraktu, to i w tym wypadku przepis art. 492 k.c. nie znajduje zastosowania, a pozwany oczywiście uprzednio nie wezwał wykonawcy do podjęcia robót w terminie 14 dni. Nie sposób też zgodzić się z pozwanym, że powód porzucił roboty i otwarcie okazywał zamiar odstąpienia od wykonywania swoich zobowiązań objętych KP, czyli wykonywania robót budowlanych. Jak trafnie wskazał powód do spełnienia przesłanki porzucenia robót konieczne jest faktyczne, rzeczywiste ich porzucenie. Pojęcie „porzucenie” robót nie jest tożsame z deklarowanym wstrzymaniem ich realizacji, które jest uzasadnione okolicznościami (np. brak dokumentacji projektowej, brak gwarancji zapłaty – art. 649<sup>4</sup> § 2 k.c., warunki pogodowe). Porzucenie robót oznacza trwale zaprzestanie ich realizacji połączone z zamiarem wykonawcy nie kontynuowania robót, którego widocznym sygnałem byłoby zabranie pracowników, sprzętu i materiałów z budowy. Natomiast w okolicznościach tej sprawy wykonawca, jego pracownicy i podwykonawcy faktycznie realizowali roboty do dnia złożenia przez D. oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Żaden sprzęt, materiały, zaplecze powoda nie zostały wcześniej zabrane z placu budowy (vide przesłuchanie wiceprezesa zarządu powoda A. K.), co przeczy twierdzeniom pozwanego o porzuceniu przez powoda robót. W ocenie Sądu pismo powoda z 11.03.2015 r. (k. 300-301), w świetle choćby Notatki nr 60 z narady budowy z 10.03.2015 r., z której wynika pełne zaangażowanie wykonawcy, nie dawało (...) podstaw do przyjęcia, że D. otwarcie okazuje zamiar odstąpienia od wykonywania robót. Powód, pisząc że wstrzymuje od dnia 11.03.2015 r. realizację robót, przedstawił przyczyny takiej decyzji i określił czas jej trwania – „do czasu usunięcia tych przeszkód”, co zdaniem Sądu nie może być utożsamiane z okazywaniem zamiaru odstąpienia, zwłaszcza że takiego rygору w tym piśmie wykonawca nie wskazał. Zaś przywołanie uprawnień z art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. było tylko konsekwencją ponowienia żądania bankowej gwarancji zapłaty.

Z powyższych względów za bezzasadną uznać należało również ostatnią z podstaw odstąpienia od umowy wskazaną przez pozwanego. Deklaracji D. o braku zamiaru realizacji robót nie było, zaś przepis art. 491 k.c. wymaga wyznaczenia odpowiedniego dodatkowego terminu na wypadek zwłoki kontrahenta w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej. Tu takowego terminu pozwany nie wyznaczył, a w świetle zdania drugiego § 1 bez wyznaczenia terminu dodatkowego strona może co najwyżej żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki, przy czym jeszcze raz trzeba podkreślić, że pozwany nie wykazał, aby powód był w opóźnieniu, a co dopiero w zwłoce z wykonaniem Kontraktu Podwykonawczego.

Mając na względzie powyższą argumentację Sąd uznał, że oświadczenie pozwanego (...) SA z dnia 16.03.2015 r. o odstąpieniu od Kontraktu nie wywołało skutków prawnych, a zatem Kontrakt z tym dniem nie wygasł. Trudno też nie zgodzić się z powodem – z uwagi na treść podstaw odstąpienia pozwanego – że było ono reakcją na podtrzymanie przez powoda w piśmie z 11.03.2015 r. żądania dostarczenia gwarancji zapłaty.

W związku z tym oceny oświadczenia pozwanego należało też dokonać w świetle art. 649<sup>2</sup> § 2 k.c., zgodnie z którym odstąpienie inwestora [tu: zamawiającego MW] od umowy spowodowane żądaniem wykonawcy [D.] przedstawienia gwarancji zapłaty jest bezskuteczne. Bezsporne było, że pozwany gwarancji zapłaty powodowi nie dostarczył. Natomiast wykładnia art. 649<sup>2</sup> § 2 k.c. wskazuje, że jego zastosowanie nie jest uzależnione od tego czy inwestor (zamawiający) w oświadczeniu o odstąpieniu wskazał, że przyczyną jego złożenia było żądanie wykonawcy dostarczenia gwarancji zapłaty. Zatem oświadczenie inwestora o odstąpieniu od umowy, będące reakcją na żądanie wykonawcy przedstawienia gwarancji zapłaty jest z mocy przepisu art. 649<sup>2</sup> § 2 k.c. bezskuteczne (patrz wyrok SA w Gdańsku z 29 października 2014 r., I ACA 427/14). W ocenie Sądu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy

wskazuje, że decyzja (...) o odstąpieniu od KP była właśnie podyktowana żądaniem powoda gwarancji zapłaty. Przekonuje o tym m.in. dowód z przesłuchania stron – członków zarządu D. i wiceprezesa zarządu MW. Wynika z nich, że strony od grudnia 2014 r. do lutego 2015 r. prowadziły rozmowy, których przedmiotem było, oprócz aneksu do KP dotyczącego robót dodatkowych (wg zeznań świadka T. L. umowy (...) z podwykonawcami były niedoszacowane), także dostarczenie gwarancji zapłaty. Jak się wyraził A. K. „chyba dawaliśmy się zwodzić” i ostatecznie ani nie doszło do zawarcia aneksu, ani do otrzymania przez powoda przedmiotowej gwarancji zapłaty. Przy czym jak wynika z zeznań przedstawicieli powoda żądali oni gwarancji zapłaty, nawet po otrzymaniu propozycji polecenia przekazu, który ich zdaniem nie zmieniał sytuacji, podtrzymywali żądanie gwarancji bankowej albo ubezpieczeniowej i nigdy nie powiedzieli, że rezygnują z gwarancji, co do której przedstawiciele pozwanej mówili, że „zaraz będzie gwarancja”. Z kolei o tym, że nie było deklaracji cofnięcia żądania gwarancji ze strony powoda zeznał wiceprezes J. L. (1), który zaakcentował także, że żądanie gwarancji było tylko presją negocjacyjną. A skoro pozwany odbierał to jako „presję negocjacyjną”, to znaczy, że żądanie gwarancji zapłaty było cały czas aktualne.

W tej sytuacji widoczny jest związek czasowy pomiędzy przypomnieniem przez powoda o obowiązku dostarczenia gwarancji zapłaty (vide pismo z 11.03.2015 r.) a decyzją pozwanej o odstąpieniu od KP. Zwłaszcza, że pozwany nigdy wcześniej nie kierował wobec powoda zarzutów sformułowanych w piśmie z 16.03.2015 r. (tj. dotyczących opóźnień).

Powyzsza konstatacja czyni koniecznym zbadanie skuteczności oświadczenia powoda z dnia 19 marca 2015 r. o odstąpieniu od Kontraktu Podwykonawczego (k. 305-306). W tym zakresie należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie było sporu co do tego, że pismem z dnia 24.10.2014 r. powód zażądał od pozwanej przedstawienia i dostarczenia mu gwarancji zapłaty (w rozumieniu art. 649<sup>1</sup> k.c.) wynagrodzenia należnego K. D. na podstawie Kontraktu Podwykonawczego w kwocie 109.257.728,64 zł brutto w postaci bezwarunkowej, nieodwołalnej, płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej, bądź też gwarancji ubezpieczeniowej. Powód wyznaczył termin 45 dni od doręczenia wezwania, a zatem termin jej przedstawienia upłynął w dniu 11 grudnia 2014 r. I choć pozwany powyższego wezwania nie pozostawił bez odzewu, proponując żeby zabezpieczeniem należności wykonawcy, w miejsce gwarancji zapłaty, był podpisany przez (...) spółkę z o.o. (inwestora) dokument polecenia przekazu (art. 921<sup>1</sup> – 921<sup>5</sup> k.c.), to - wbrew twierdzeniom pozwanej – powód tej propozycji nie przyjął i nie zrezygnował z gwarancji zapłaty. Po pierwsze, świadczy o tym już sama treść pisma MW z 21.11.2014 r., w którym zamawiający zobowiązał się, że niezwłocznie po otrzymaniu od D. akceptacji przedstawionej w tym piśmie propozycji formy zabezpieczenia płatności, przedłoży wykonawcy podpisany przez zamawiającego i inwestora dokument polecenia przekazu wg treści przewidzianej w załączniku do pisma (k. 309). Ponieważ pozwany nie wykazał, aby przedłożył podpisane przez siebie i (...) polecenie przekazu, to oznacza to, że tej akceptacji ze strony D. nie było. Po drugie, pomimo tego, że powód otrzymywał płatności od (...) (choć ani jednego przekazu nie otrzymał!), to – jak wynika z wyżej przytoczonych zeznań przedstawicieli stron – cały czas należał na otrzymanie gwarancji zapłaty, czyli nie wycofał tego żądania. W konsekwencji nieotrzymania przedmiotowej gwarancji i fiaska rozmów dotyczących zawarcia kolejnego aneksu do Kontraktu Podwykonawczego powód w piśmie z 11.03.2015 r. jednoznacznie podtrzymał żądanie gwarancji zapłaty ze skutkami w postaci możliwości odstąpienia od umowy (art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c.).

Sąd zgadza się z powodem, że zaproponowany przez pozwanej przekaz płatniczy, pomijając nawet jego nieotrzymanie przez D., nie tylko, że nie odpowiadał kodeksowej formie gwarancji zapłaty (art. 649<sup>1</sup> § 2 k.c.), a nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy do żądania od inwestora (zamawiającego) gwarancji zapłaty (art. 649<sup>2</sup> § 1 k.c.), ale przede wszystkim nie zabezpieczał całości wierzytelności powoda z tytułu wynagrodzenia za ogół robót z KP. I chociaż brak zapłaty do października 2014 r. jakiegokolwiek części wynagrodzenia D. wynikał przede wszystkim z faktu, że termin płatności pierwszej faktury jeszcze nie upłynął, to fakt zaangażowania przez powoda do tego czasu ok. 12 mln zł sprawiał, że przy docierających do niego informacjach o sytuacji biznesowej (...), niezależnie od ich subiektywnego postrzegania, powód mógł czuć się zaniepokojony. Przy czym należy w tym miejscu stanowczo podkreślić, że uprawnienie wykonawcy do żądania od zamawiającego (inwestora) gwarancji zapłaty jest uzależnione praktycznie od jednego warunku jakim jest istnienie roszczenia z tytułu wynagrodzenia. W tej sprawie ten warunek został oczywiście spełniony i nie był przez pozwanej negowany.

W świetle przepisów k.c. przekaz płatniczy nie stanowi formy zabezpieczenia wierzytelności, a jest sposobem dokonania zapłaty (art. 921<sup>1</sup> k.c.). Potwierdzają to dokumenty poleceń przekazu jakie pozwany załączył do odpowiedzi na pozew, które (...) składał indywidualnie do każdej z faktur VAT jakie wystawiał na rzecz (...). Zatem wyłącznie od woli pozwanego zależało czy w ogóle, kiedy i w jakiej wysokości MW złoży (...) polecenie przekazu, a jego nie odwoływalność dotyczyła tylko konkretnej kwoty w nim wskazanej. Nadto przekaz nie miałby zastosowania w przypadku postępowania egzekucyjnego wobec pozwanego, ogłoszenia jego upadłości, bądź w sytuacji, która nota bene miała miejsce, odstąpienia przez (...) od umowy z (...). Powyższe pokazuje na iluzoryczność zabezpieczenia wierzytelności powoda względem zamawiającego z tytułu Kontraktu Podwykonawczego. Okoliczność, że pozwany nie doręczył D. żadnego z dokumentów polecenia przekazu jest kolejnym argumentem przeciwko akceptacji tej formy „zabezpieczenia płatności” per facta concludentia przez powoda. Ponadto podkreślić należy, że zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 2 oraz § 1 ust. 4 Polecenia przekazu z dnia 14.11.2014 r. warunkiem dokonania przez (...) zapłaty na rzecz powoda było uprzednie doręczenie przez pozwanego inwestorowi faktury VAT wystawionej przez D. na kwotę zaakceptowaną przez (...). Dalej, warunkiem wykonania polecenia przekazu było równoczesne wystawienie przez pozwanego na rzecz (...) właściwej i zgodnej z umową faktury VAT. A zatem każdorazowa płatność na rzecz powoda miała być uwarunkowana zdarzeniami przyszłymi, zależnymi wyłącznie od woli i decyzji pozwanego, w tym np. akceptacją przez MW faktury powoda wraz z załącznikami oraz wystawieniem przez pozwanego na rzecz inwestora własnej faktury – zgodnej z łączącą te podmioty umową, złożeniem przez pozwanego indywidualnego polecenia przekazu, a nadto brakiem możliwości dokonania przez (...) potrąceń, które uniemożliwiłyby wykonanie zapłaty na rzecz K. D.. Powód na spełnienie tych przesłanek nie miał wpływu, a potwierdzeniem tej warunkowości polecenie przekazu były dalsze działania pozwanego, o których wówczas powód nie miał żadnej wiedzy. Otóż inwestor spośród tych płatności, które dokonał na rzecz D., nie uczynił tego na podstawie Polecenia przekazu z 14.11.2014 r., lecz pozwany w styczniu i marcu 2015 r. wystawił odrębne polecenia przekazu, dotyczące pojedynczych, określonych faktur wystawionych przez powoda. Tak więc płatności jakie (...) dokonało na rzecz powoda, nie były zrealizowane na podstawie generalnego (ogólnego) polecenia przekazu, a na podstawie indywidualnie składanych przez pozwanego do oznaczonej faktury VAT poleceń przekazu. Pokazuje to, że (...) zastrzegł sobie każdorazowe akceptowanie czy (...) ma dokonać indywidualnej płatności na rzecz powoda i w jakiej kwocie, co nijak się ma do celu instytucji prawnej jaką jest gwarancja zapłaty za roboty budowlane.

Poza tym twierdzeniom odpowiedzi na pozew o naruszeniu przez powoda przepisów przy żądaniu gwarancji zapłaty (k. 811) przeczy choćby postępowanie pozwanego, który w dniu 14 czerwca 2016 r. odstąpił od umowy z (...), podkreślając „pozorność i fikcyjność” gwarancji zapłaty obwarowanej jakimkolwiek zastrzeżeniem (a takowej udzieliło (...)), co należy odnieść do polecenia przekazu, na które powód nie miał żadnego wpływu. Ponadto pozwany nawet nie próbował negocjować z powodem warunków gwarancji zapłaty i nie zakwestionował w żadnym zakresie żądania wyrażonego w piśmie powoda z 24.10.2014 r.

W świetle powyższych uwag Sąd uznał, że powód skutecznie zażądał od pozwanego dostarczenia gwarancji zapłaty i żądanie to konsekwentnie podtrzymywał. A ponieważ pozwany w określonym terminie gwarancji zapłaty nie przedstawił, to powód – zgodnie z przepisem art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. – skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i pismem z dnia 19 marca 2015 r. złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od Kontraktu Podwykonawczego z winy pozwanego, które wywołało skutki z dniem 20 marca 2015 r. (vide potwierdzenie odbioru przez MW, k. 305).

Określając w powyższym przepisie, że odstąpienie od umowy spowodowane niewykonaniem przez zamawiającego obowiązku dostarczenia gwarancji zapłaty następuje z winy inwestora (zamawiającego) ustawodawca przesądził, że w takiej sytuacji inwestor (zamawiający) ponowi odpowiedzialność kontraktową (art. 471 k.c.) względem wykonawcy za niewykonanie umowy (art. 649<sup>4</sup> § 2 k.c. – Brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora). Tym samym zamawiający obowiązany jest zapłacić wykonawcy odszkodowanie.

Na gruncie tej sprawy strony przewidziały obowiązek zapłaty przez pozwanego powodowi kary umownej na wypadek odstąpienia powoda od Kontraktu Podwykonawczego na skutek okoliczności leżących po stronie pozwanej. Otóż

w myśl klauzuli 16.2 akapit ostatni Warunków Szczególnych KP (k. 76) w razie odstąpienia od Kontraktu z przyczyn zależnych od Zamawiającego [ (...)], w tym z przyczyn określonych w niniejszej klauzuli, Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić Wykonawcy [D.] karę umowną w wysokości określonej w Załączniku do Kontraktu. W tym załączniku do Kontraktu, którego treść strony ostatecznie określiły w postaci Załącznika nr 4 do Aneksu nr (...) (k. 292-293) strony ustaliły wysokość kary umownej należnej wykonawcy na podstawie klauzuli 16.2 Kontraktu Podwykonawczego w wysokości 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Ponieważ zgodnie z definicją pojęcia Zatwierdzona Kwota Kontraktowa, wprowadzoną w klauzuli 1.1.4.1 Warunków Szczególnych KP, należy je rozumieć jako Cena Kontraktowa, to w tej sytuacji należna powodowi kara umowna wynosi 10% tejże Ceny Kontraktowej.

Wysokość Ceny Kontraktowej strony ustaliły w Aneksie nr (...) w wysokości 109.257.728,64 zł (k. 238-239). Stąd kwota, którą pozwany jest zobligowany zapłacić powodowi wynosi 10.925.772,86 zł (109.257.728,64 zł x 10%) i zasądzona ona została w punkcie I. sentencji wyroku wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 marca 2015 r. (art. 481§ 1 k.c.), tj. od upływu siedmiodniowego terminu wyznaczonego w piśmie powoda z 19.03.2015 r. o odstąpieniu od umowy.

Zasądzając powyższą karę umowną Sąd nie znalazł podstaw do zmiarkowania jej wysokości na podstawie art. 484 § 2 k.c. Wysokość tej kary w kategoriach bezwzględnych jest oczywiście wysoka (ponad 10 mln zł), ale w odniesieniu do wartości Kontraktu Podwykonawczego, której stanowi 10% już nie. Można powiedzieć, że jest to standardowa wysokość kary zastrzeganej na wypadek odstąpienia którejkolwiek ze stron od kontraktu, tzn. 10% od wartości umowy (wysokości wynagrodzenia). Ponadto Sąd nie zaakceptował wyliczeń pozwanego zawartych w odpowiedzi na pozew, gdyż uwzględniają one ostatnią fakturę powoda, co do której brak jest dowodu, że została przez MW uregulowana, a pozwany sam zastrzega, że „abstrahuje od kwestii spornych co do finalnej wysokości wynagrodzenia D.”. Poza tym różnica pomiędzy wynagrodzeniem z Kontraktu a wynagrodzeniem uiszczonym wykonawcy (niezależnie od sposobu zapłaty) to ponad 95 mln zł. Pokazuje to jednocześnie - wbrew twierdzeniom pozwanego - że Kontrakt nie został w znacznej części wykonany. Pisząc o 99% pozwany odnosi to tylko do kwot uiszczonych powodowi, pomijając że umowa opiewała na znacznie większy zakres prac niż wykonany i w związku z tym na wyższe wynagrodzenie. Ze sporządzonego przez pozwanego Rozliczenia umowy podwykonawczej (k. 968) wynika, że stopień zaawansowania robót wyniósł niespełna 13%, co nie pozwala na miarkowanie kary umownej, której podstawą jest odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Sąd nie dopatrył się również przesłanek do zastosowania przepisu art. 5 k.c. z uwagi na działanie powoda jakoby z naruszeniem „wszelkich zasad współzycia społecznego dotyczących pewności obrotu gospodarczego oraz rzetelności, lojalności i uczciwości w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami”. W ocenie Sądu skorzystanie przez D. z uprawnień przysługujących mu z mocy bezwzględnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego nie może być uznane za naruszenie zasad wyżej przywołanych za pozwanym. Powód nie dążył do rozwiązania węzła obligacyjnego pomiędzy stronami, lecz chciał tylko zabezpieczenia własnych interesów w sposób prawem przewidziany. W tym celu skierował żądanie dostarczenia gwarancji zapłaty i - jak wynika z zeznań przedstawicieli obu stron - lojalnie i uczciwie je podtrzymywał, nie dając wystarczających podstaw do przyjęcia, że wobec otrzymywanych wpłat od inwestora nie będzie się dalej domagał zabezpieczenia swojego wynagrodzenia. Ponieważ powód skierował do pozwanego tylko jeden raz żądanie gwarancji zapłaty i tylko je ponowił w dniu 11.03.2015 r., to nie może być mowy o nadużyciu prawa, i to rażącym, przez D., które wyznaczyło siedmiodniowy termin na realizację gwarancji. Zresztą gdyby wolą pozwanego byłoby uzyskanie tej gwarancji, to nic nie stało na przeszkodzie, aby zwrócić się do powoda o prolongatę terminu. Stało się inaczej i to pozwany zachował się nielojalnie składając oświadczenie o odstąpieniu od umowy chcąc uprzedzić takowe oświadczenie ze strony powoda, co było naturalną, prawną konsekwencją niedostarczenia gwarancji zapłaty wykonawcy.

Orzekając o kosztach procesu Sąd zastosował zasadę odpowiedzialności za wynik sporu (art. 98 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c.), który w całości przegrał pozwany. Natomiast na poniesione przez powoda koszty procesu złożyły się: opłata sądowa od pozwu – 100.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika procesowego – 14.400 zł (dwukrotność stawki minimalnej), opłaty skarbowe od pełnomocnictw – 34 zł, opłata sądowa od zażalenia na postanowienie o odmowie udzielenia zabezpieczenia – 30 zł i koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu zażaleniowym – 3.600



zł. Co prawda powód podstępowanie zażaleniowe przegrał, ale o kosztach procesu decyduje jego ostateczny wynik, a ten jest dla powoda w pełni pozytywny. Łącznie więc powodowi należy się od pozwanego zwrot kwoty 118.064 zł. Zmniejszając wnioskowaną przez pełnomocnika powoda krotność stawki minimalnej jego wynagrodzenia z trzech do dwóch Sąd miał na uwadze, że postępowanie przedłużyło się z uwagi na zaniechanie pełnomocnika, który jeszcze przed przesłuchaniem stron dostrzegł rozbieżności w Zestawieniu tabelarycznym przekazywanej dokumentacji projektowej, lecz nie podjął działań, aby to samodzielnie skorygować.

Na podstawie przepisu art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał ściągnąć od pozwanego kwotę 163,18 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w postaci wynagrodzenia tłumacza przysięgłego języka hiszpańskiego (2 x 45,99 zł) i zwrotu kosztów stawienia świadka (71,20 zł).

Konstruując stan faktyczny Sąd oparł się przede wszystkim o dowody pisemne, tzn. z dokumentów, w zakresie dopuszczonym postanowieniem z dnia 8 listopada 2016 r. (k. 1177-1178/VI) i postanowieniem z dnia 11 kwietnia 2017 r. (k. 1717-1718/IX). Dokumenty te nie były kwestionowane przez strony, a i Sąd nie znalazł podstaw do ich zdyskwalifikowania co do autentyczności.

Odnosząc się natomiast do oceny dowodów ze źródeł osobowych, to w zasadzie żadnego z tych dowodów Sąd w całości nie zdyskwalifikował. Na podstawie zeznań świadków – pracowników powoda i pozwanego Sąd ustalił przebieg przedmiotowej inwestycji, w tym terminowość przekazywania dokumentacji projektowej wykonawcy przez zamawiającego i wykonywanie obowiązków przez powoda. Zeznania świadków miały charakter uzupełniający wobec bardzo obszernego materiału dokumentarnego i konfrontując je z tym materiałem Sąd przyjął za bezsporny fakt znacznych opóźnień (...) w przekazywaniu dokumentacji, co do zasady potwierdzili też pracownicy pozwanego. Sporne były co prawda daty przekazania dokumentacji na poszczególne obiekty i ich kompletności, ale nie miało to znaczenia z punktu widzenia istoty sporu. Już bowiem przyznane przez pozwanego okresy opóźnienia były wystarczające do uznania, że nie było opóźnień, które dawałyby podstawę do skorzystania przez pozwanego z normy art. 635 k.c. jako podstawy do odstąpienia od Kontraktu Podwykonawczego. Sąd nie neguje, że i po stronie wykonawcy mogły mieć miejsce opóźnienia w wykonywaniu robót, ale punktem odniesienia musi być data otrzymania projektów, bez których wykonawstwo nie jest możliwe.

Jeżeli natomiast chodzi o dowód z zeznań stron, to mniej wiarygodnie wypadł wiceprezes zarządu pozwanego J. L. (1), któremu np. Sąd nie dał wiary w kwestii problemów D. z pozyskaniem ludzi do prowadzenia prac, wpływania przez powoda na proces projektowania pod swoim kątem, czy wreszcie braku opóźnień w przekazywaniu dokumentacji. W tej ostatniej kwestii bardziej przekonujące były zestawienia tabelaryczne oparte na protokołach przekazywania dokumentacji. J. L. stwierdził też, że koszty uzyskania spornej gwarancji zapłaty nie były dla (...) problemem, co stoi w sprzeczności z twierdzeniami zawartymi w odpowiedzi na pozew.

Kwestię pominięcia przez Sąd dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa zawnioskowanego przez pozwanego (powód ostatecznie swój wniosek o ten dowód cofnął) należy poprzedzić poglądami judykatury. Otóż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 czerwca 2010 r. (II CSK 648/09) wskazał, że: „Biegły sporządza swoją opinię na podstawie ustalonych w postępowaniu faktów oraz zebranych dowodów, a jego zadaniem nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie okoliczności z punktu widzenia posiadanych wiadomości specjalnych, z uwzględnieniem zebranego i udostępnionego biegłemu materiału sprawy (por. wyroki SN z 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06, Lex nr 238973 oraz z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNP 1970, nr 5, poz. 85). Materiał ten jest gromadzony w toku postępowania dowodowego, a zatem strona powinna wnieść o przeprowadzenie dowodu z dokumentów księgowo-finansowych spółki. Jeśli tego nie uczyniła, jak w niniejszej sprawie, to na biegłego musiałby spaść ciężar ustalenia stanu faktycznego sprawy przed wydaniem przez niego opinii. Tymczasem dopuszczenie dowodu z opinii biegłego powinno nastąpić w chwili, gdy został już zgromadzony materiał faktyczny umożliwiający biegłemu wydanie tej opinii (por. postanowienie SN z dn. 13 września 1979 r., IV CR 281/79, OSNCP 1980, nr 1-2, poz. 36)”. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 7 maja 2015 r. (I ACa 158/15), dzieląc pogląd, zgodnie z którym opinia biegłego nie może być sama w sobie źródłem materiału faktycznego sprawy, ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego. Niewątpliwie bowiem

ustalenie stanu faktycznego należy do sądu orzekającego, a biegli powinni udzielić odpowiedzi na konkretne pytania dostosowane do stanu faktycznego sprawy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 czerwca 2014 r., I ACa 1117/13, LEX nr 1504520). Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z reguły powinno zaś nastąpić w chwili, gdy został już zgromadzony materiał dowodowy umożliwiający biegłemu wydanie opinii. Nie jest zatem możliwe dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w sytuacji braku w aktach materiału źródłowego, który miałby podlegać jego badaniu, co w takim razie nakładałoby na tego biegłego obowiązek poszukiwania materiału dowodowego za stronę i prowadziłyby do substytucji jej obowiązku zgłaszania twierdzeń w zakresie podniesionego żądania. Możliwość dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego uzależniona jest zatem właśnie od dysponowania przez specjalistę z danej dziedziny odpowiednim materiałem dowodowym przedstawionym przez strony do akt sprawy, a takowego w rozpoznawanym przypadku powódka nie przedłożyła.

Powyższe judykaty są jednymi z wielu, w których SN i Sądy Apelacyjne opowiedziały się za dopuszczeniem dowodu z opinii biegłego tylko wtedy, gdy zgromadzony już został odpowiedni materiał źródłowy.

W niniejszej sprawie pozwany wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność istnienia po stronie powodowej tak dalekiego opóźnienia w wykonywaniu robót, że na dzień 16.03.2015 r. nie było prawdopodobnym ukończenie robót w terminie ujętym umową (patrz protokół rozprawy z 8.11.2016 r., k. 1184). Natomiast w piśmie procesowym z dnia 22.02.2017 r. (k. 1241v.- (...)) pozwany wskazał, że biegły powinien również odpowiedzieć na pytanie: „czy – biorąc pod uwagę rzeczywisty stan zaawansowania rzeczowego robót, jaki istniał w chwili przekazania powodowi poszczególnych projektów – opóźnienia pozwanego w przekazywaniu dokumentacji projektowej (w wymiarze wskazanym w kolumnie nr 8 załączonej do niniejszego pisma tabeli) lub nieprzekazanie projektów z branży architektonicznej (poz. 62-96 tabeli) miały rzeczywisty wpływ na terminową realizację Kontraktu podwykonawczego przez powoda, a jeżeli tak, to w jakim wymiarze.”

Pomijając wniosek pozwanego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na powyższe okoliczności Sąd miał na względzie w pierwszej kolejności to, że w kontekście przyznanych opóźnień pozwanego w przekazywaniu dokumentacji oraz treści klauzuli 2.6 termin ukończenia robót ulegał automatycznie przedłużeniu o czas opóźnienia, a ponieważ w dacie odstąpienia pozwanego od umowy wciąż nie było jeszcze wielu projektów, to już ustalenie końcowego terminu robót pozostaje w sferze hipotetycznej i niemożliwym byłoby odniesienie tego terminu do czasu trwania robót powoda. Ponadto Sąd wskazuje, a co podkreślał w zasadzie od początku procesu powód, że brak jest przede wszystkim przytoczeń faktycznych dotyczących stanu rzekomych opóźnień D. w stosunku do harmonogramu robót, które mogłyby być przedmiotem weryfikacji biegłego w kontekście wiadomości specjalnych. Szczątkowe dane zawarte w Tabelarycznym zestawieniu pozwanego załączonym do pisma z 22.02.2017 r. są zupełnie niewystarczające. Oprócz przytoczeń faktycznych brak jest materiału źródłowego, który byłby niezbędny do wydania opinii i odpowiedzi na pytania w ww. piśmie wskazane, a mianowicie spornej dokumentacji projektowej dotyczącej robót powoda, kompletnego dziennika (dzienników budowy) i stanu zaawansowania robót (inventaryzacji). A jak już to wskazano wcześniej rolę biegłego nie jest poszukiwanie materiału dowodowego.

Dodatkowo jeszcze Sąd wskazuje, że wbrew przekonaniu pozwanego załączone przez niego do pisma procesowego z 22.02.2017 r. dowody z dokumentów wcale nie potwierdzają opóźnień po stronie powodowej. Jeden z nich – Notatka nr 60 z narady budowy z 10.03.2015 r. już został omówiona, pokazując że nie wynika z niej, że powód był w opóźnieniu. Dotyczy to pozostałych notatek i korespondencji stron, z której wynika dyskusja zamawiającego i wykonawcy na temat zakresu, wartości i terminowości robót, jednakże bez jednoznacznych wniosków, które nie są możliwe do ustalenia bez kompletnego materiału dowodowego.

Mając na względzie całokształt powyższych ustaleń i rozważań Sąd orzekł, jak w sentencji wyroku.