

Prawomocnym postanowieniem z dnia 4 sierpnia 2016 r. (k. 973)

sprostowano oczywistą omyłkę pisarską wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie.

8 sierpnia 2016 r.

Kierownik sekretariatu

I Wydziału Cywilnego

Sądu Apelacyjnego w Szczecinie

mgr Sylwia Kędziorek

Sygn. akt I ACa 908/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Żelazowski (spr.)
Sędziowie:	SSA Mirosława Gołuńska SSO del. Agnieszka Bednarek - Moraś
Protokolant:	st. sekr. sądowy Olga Sikorska-Łatacz

po rozpoznaniu w dniu 28 kwietnia 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Gminy Miasto S.

przeciwko (...) Towarzystwu (...) w W.

przy udziale interwenientów ubocznych po stronie pozwanego: J. S. (1), J. S. (2), K. S., syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego oraz interwenientów ubocznych

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 6 lipca 2015 roku, sygn. akt I C 34/14

I. odrzuca apelację interwenienta ubocznego - syndyka masy upadłości

Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S.;

II. oddala apelacje pozwanego(...) Towarzystwa(...) w

W. oraz interwenientów ubocznych J. S. (1), J. S. (2),

K. S.;

III. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta)

złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu

apelacyjnym;

IV. zasądza od Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie na rzecz

adwokat P. S. (1) kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych

powiększoną o należny podatek VAT tytułem kosztów pomocy prawnej

udzielonej interwenientom ubocznym J. S. (1), J. S. (2),

K. S. w postępowaniu apelacyjnym.

Agnieszka Bednarek - Moraś Tomasz Żelazowski Mirosława Gołuńska

Sygn. akt I ACa 908/15

UZASADNIENIE

Pozwem złożonym w dniu 10 września 2013 roku przeciwko (...) Towarzystwu (...) z siedzibą w W. powódka Gmina Miasto S. wniosła o zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kwoty 319.800 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 lutego 2013 roku, a nadto o zasądzenie od pozwanej na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powódka wskazała, iż w dniu 6 grudnia 2011 roku zawarła z konsorcjum: Przedsiębiorstwem Budowlanym (...) Spółką jawną oraz Przedsiębiorstwem Budowlano – Usługowym (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością umowę nr (...) dotyczącą realizacji zadania „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.”. Należyte wykonanie umowy zostało zabezpieczone gwarancją ubezpieczeniową należytego wykonania kontraktu nr (...) z dnia 5 grudnia 2011 roku. Gwarantem było pozwanego (...) Towarzystwo (...) z siedzibą w W.. Zgodnie z § 1 Gwarancji pozwany zobowiązywał się nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze pisemne wezwanie, do zapłaty na rzecz powódki kwoty 319.800 złotych. Gwarancja zabezpieczała roszczenia powódki w stosunku do wykonawcy powstałe w okresie obowiązywania gwarancji, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. W trakcie realizacji umowy wykonawca opóźniał się z wykonywaniem robót budowlanych. Następnie roboty budowlane zostały przerwane. W związku z powyższym powódka naliczyła kary umowne i wezwała wykonawcę do ich zapłaty, natomiast pismem z dnia 14 stycznia 2013 roku złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na art. 635 k.c. i fakt, że wykonawca opóźnia się tak dalece w wykonaniu przedmiotu umowy, że nie jest prawdopodobne, by zdołał je ukończyć w terminie umownym. Ponadto, powódka naliczyła dalsze kary umowne z tytułu zwłoki wykonawcy, a ponadto z tytułu odstąpienia od umowy. Pismem z 28 stycznia 2013 roku zwróciła się do pozwanego z żądaniem zapłaty kwoty 319.800 złotych w terminie 14 dni od otrzymania wezwania, powołując się na gwarancję, a także wskazując iż zaistniały okoliczności związane z nienależytym wykonaniem umowy. Pismem z 8 marca 2013 roku wezwała natomiast wykonawcę do zapłaty należności z tytułu naliczonych kar umownych. Pozwany odmówił jednakże

zapłaty powyższych należności, również po ponownym wezwaniu do ich zapłaty. W ocenie powódki odmowa zapłaty przez pozwanego dochodzonej należności była nieuzasadniona.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z 17 grudnia 2013 roku wydanym przez referendarza sądowego w Sądzie Okręgowym w Szczecinie (sygn. akt I Nc 431/13) uwzględnione zostało w całości powództwo Gminy Miasto S..

Od powyższego nakazu pozwany (...) Towarzystwo (...) z siedzibą w W. złożył sprzeciw, wnosząc o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu sprzeciwu pozwany podniósł m.in., że gwarant ma pełne prawo powoływania się na zarzut nadużycia prawa przez beneficjenta gwarancji, a także na zarzuty wynikające z treści gwarancji. Wskazał, że to zła organizacja pracy powódki doprowadziła do opóźnień w realizacji przedmiotu kontraktu. Działania powódki cechuje zła wola. Wykonawca pomimo spełnienia ciężących na nim obowiązków upominany był przez powódkę o składanie dokumentów, które były wcześniej złożone. Dopiero w dniu 1 lutego 2012 roku zatwierdzona została przez Prezydenta Miasta S. czasowa organizacja ruchu, natomiast pas drogowy w celu prowadzenia robót został udostępniony dopiero 21 lutego 2012 roku. Ponadto, w związku z opóźnieniami zawinionymi przez powódkę wykonawca zwracał się o przesunięcie terminu końcowego realizacji robót oraz o dostarczenie dokumentów, których nie przedstawił z winy powódki. Powódka nie przychyliła się jednak do jego próśb, co także świadczy o jej złej woli. W trakcie realizacji zamówienia zobligowała wykonawcę do wykonania dodatkowych prac, które nie były objęte przedmiotem zamówienia, tj. żądała wykonania dostaw, które nie mieściły się w jego ramach. Podpisała nową umowę ze (...) oraz nakazała wykonawcy przyłączenie nowo wybudowanego skrzydła żłobka do węzła cieplnego według projektu, który okazał się wadliwy, co również wpłynęło na terminowość robót. Nie wyraziła także zgody na akceptację podwykonawców argumentując decyzję przekroczeniem terminu zakończenia pierwszego etapu rozbudowy żłobka, pomimo iż opóźnienia wynikały z winy powódki. Powyższe działania powódki spowodowały odstąpienie przez wykonawcę od umowy 11 stycznia 2013 roku.

W toku dalszego postępowania do niniejszej sprawy wstąpili w charakterze interwenientów ubocznych po stronie pozwanej: Syndyk Masy Upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S., K. S., J. S. (2) i J. S. (1).

W piśmie procesowym z 26 sierpnia 2014 roku stanowiącym zgłoszenie interwencji ubocznej po stronie pozwanego Syndyk Masy Upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powódki na jego rzecz kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu wskazał m.in., że powódka złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z interwenientem pismem z dnia 14 stycznia 2014 roku. W umowie nie został natomiast uregulowany skutek złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, co nakazuje przyjąć że zamiarem stron było, aby oświadczenie to miało skutek ex tunc. Oznacza to zniesienie skutków umowy z mocą wsteczną. Poprzez złożenie oświadczenia o odstąpieniu powódka zniweczyła umowę o roboty budowlane zawartą z interwenientem, a co za tym idzie umowa ta powinna zostać uznana za niezawartą i nieistniejącą. Brak jest zatem podstawy do dochodzenia kar umownych z tytułu nienależytego wykonania umowy, ponieważ zapisy umowne przewidujące takie kary również przestały istnieć. Interwenient z powołaniem się na orzecznictwo sądowe wskazał również, że ustawodawca w art. 494 k.c. jednoznacznie przesądził, iż skutek odstąpienia od umowy, na podstawie zarówno upoważnienia ustawowego, jak i umownego, powstaje stan który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona odstępująca od umowy może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Powstanie stanu niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy powoduje, że strona może dochodzić kary umownej przewidzianej także na wypadek ustawowego odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania, oczywiście z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia.

Na wypadek uznania przez sąd rozpoznający sprawę, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane było bezskuteczne wobec jego złożenia na podstawie art. 635 kc, po upływie terminu do wykonania umowy, syndyk podniósł, że brak jest podstaw do naliczenia kar umownych za opóźnienie. Z ostrożności procesowej syndyk podniósł również, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie może być w żadnym aspekcie potraktowane jako oświadczenie oparte na przesłance ustawowej odstąpienia od umowy wzajemnej. Z treści art. 491 k.c. wynika, że odstąpienie jest możliwe tylko i wyłącznie w razie dopuszczenia się zwłoki przez stronę umowy, a samo oświadczenie powinno być poprzedzone wyznaczeniem odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. W zaistniałym stanie faktycznym podstawą do odstąpienia od umowy nie było zaistnienie zwłoki po stronie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej. Z analizy treści oświadczenia o odstąpieniu i innych dokumentów załączonych do akt sprawy nie wynika, aby stronie został wyznaczony dodatkowy termin do wykonania umowy pod rygorem skorzystania z uprawnienia o odstąpieniu od umowy.

K. S., J. S. (2) i J. S. (1) w pismach procesowych z 28 sierpnia 2014 roku stanowiących zgłoszenie ich interwencji ubocznej po stronie pozwanego, również wnieśli o oddalenie powództwa Gminy Miasto S. w całości. Wskazali, iż odstąpienie od umowy oraz roszczenia powódki są bezzasadne. Zdaniem K. S., J. S. (2) i J. S. (1) to oni pierwsi odstąpili od umowy, a to ze względu na brak możliwości jej realizacji z winy Gminy Miasto S. (k. 220-222, 229-231, 237-239).

W wyroku z dnia 6 lipca 2015 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 319.800 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 16 lutego 2013 roku do dnia zapłaty, zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 23.190 zł tytułem kosztów procesu, przyznał adwokat P. S. (1) ze Skarbu Państwa Sądowi Okręgowemu w Szczecinie kwotę 8.856 zł tytułem nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu interwenientom ubocznym po stronie pozwanej K. S., J. S. (2), J. S. (1).

Sąd I instancji ustalił, że Gmina Miasto S. prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), którego przedmiotem była rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S. (nr sprawy (...)). Projekt był współfinansowany ze środków pochodzących z budżetu państwa w ramach programu „Maluch” obejmującego budowę i rozbudowę żłobków dla dzieci. Kwota dofinansowania wynosiła 1.000.000 złotych, natomiast ogólna wartość inwestycji około 6.000.000 złotych. Dofinansowanie z budżetu państwa zostało udzielone z zastrzeżeniem, że inwestycja polegająca na wybudowaniu nowego budynku żłobka miejskiego zostanie zakończona do końca 2012 roku oraz że od początku 2013 roku dzieci uczęszczające do tego żłobka będą już mogły korzystać z nowo wybudowanego budynku. W razie niedochowania tych warunków kwota dofinansowania miała podlegać zwrotowi. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia dla projektu „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” zakres zamówienia obejmował remont i przebudowę istniejącego budynku żłobka oraz budowę nowego budynku wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędnymi przyłączami, a także połączenie obu budynków za pomocą łącznika, przez co miał powstać obiekt o nowym, spójnym układzie funkcjonalnym. Realizacja inwestycji została przewidziana w trzech etapach: a) etap I – dobudowa nowego skrzydła żłobka wraz z wykonaniem niezbędnych przyłączy i zagospodarowaniem terenu, b) etap II – przebudowa istniejącego budynku wraz z zagospodarowaniem terenu, c) etap III – dobudowa łącznika. Ponadto, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawę wykonania robót miała stanowić dokumentacja projektowa wykonania w lipcu przez (...) sp. z o.o. spółkę komandytową z siedzibą w S.. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla projektu „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” zaznaczono przy tym, że podane nazwy własne są przykładowe, dopuszcza się materiały, urządzenia i technologie równoważne w stosunku do przywołanych w Specyfikacji. Rozwiązania równoważne zgodnie ze swoją definicją musiały przy tym posiadać parametry nie gorsze niż wskazane przykładowo. Jako podstawę prawną wykonywania robót wskazano decyzję o pozwoleniu na budowę nr (...) z 12 maja 2011 roku. Odnośnie organizacji budowy wskazano, że ze względu na konieczność utrzymania ciągłej działalności placówki, niezbędna jest etapowa realizacja zadania według schematu określonego w Specyfikacji. Rozpoczęcie robót budowlanych objętych II etapem może nastąpić po uruchomieniu działalności placówki w nowo dobudowanym skrzydle (etap I), to znaczy po otrzymaniu przez inwestora decyzji

o pozwoleniu na użytkowanie i po zagospodarowaniu nowego obiektu przez użytkownika. Przewidziano, że czas na czynności odbiorowe, kontrole obiektu przez służby (zgodnie z art. 56 ustawy Prawo budowlane), wydanie decyzji na użytkowanie, przeprowadzkę i zagospodarowanie obiektu powinien wynieść około dwóch miesięcy od daty potwierdzenia zakończenia robót I etapu przez inspektorów nadzoru. Fakt ten wykonawca powinien uwzględnić w harmonogramie organizacji robót jako czas spowolnienia robót budowlanych. Zastrzeżono także, że organizacja zaplecza budowy dla potrzeb własnych musi być zgodna z obowiązującymi przepisami bezpieczeństwa pracy oraz warunkami dysponentów nieruchomości. Ogrózenie terenu budowy ma być wykonane z płyt pełnych i jednorodnych na całym obwodzie, w sposób uniemożliwiający dostęp osób trzecich. Oznakowanie i zabezpieczenie niebezpiecznych miejsc prowadzenia robót należy wykonać zgodnie z obowiązującymi przepisami BHP. Przy organizacji robót wykonawca zobowiązany był również uwzględnić fakt, że prace będą prowadzone przy czynnym obiekcie oraz że dlatego też prace powodujące długotrwały hałas należy prowadzić poza godzinami pracy żłobka. Wynagrodzenie jakie przewidziano było wynagrodzeniem ryczałtowym. Stosownie do postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla projektu „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” podstawą wyliczenia ceny ofertowej powinna być dla wykonawcy jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja. Cena ofertowa miała być wyliczona na podstawie dokumentacji projektowej, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót. Przedmiar robót dostarczony przez zamawiającego miał być materiałem pomocniczym do obliczenia ceny ofertowej. Zapisano również, że wykonawca nie będzie mógł żądać dodatkowej zapłaty, jeżeli na etapie realizacji okaże się, że nie uwzględnił wszystkich elementów opisanych w dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, które są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena ofertowa musiała zawierać wszystkie koszty realizacji zamówienia wykonywanego zgodnie z dokumentacją projektową i Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót, a także inne niezbędne dla prawidłowego wykonania. Jako jedyne kryterium oceny ofert wskazano cenę. Nie przewidziano zaliczek na poczet wydatków wykonawcy związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Wykonawca miał obowiązek w terminie dwudziestu dni od dnia podpisania umowy opracowania i przedstawienia zamawiającemu do zatwierdzenia Tabeli Wartości Elementów Robót (TWER) i harmonogramu rzeczowo – finansowego. Tabela Wartości Elementów Robót miała służyć do bieżącego, comiesięcznego rozliczania finansowego umowy, natomiast harmonogram rzeczowo – finansowy miał zawierać elementy robót i ich wartości opisane i wyliczone w TWER. Tylko elementy robót zakończone i odebrane przez zamawiającego mogły być zafakturowane. Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla projektu „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” wykonawca został zobowiązany do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy najpóźniej do dnia podpisania umowy, w wysokości 5% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie cenowej. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Mogło zostać wniesione m.in. w gwarancjach ubezpieczeniowych. Zastrzeżono, że w przypadku gdy wykonawca wnosi zabezpieczenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać: a) zobowiązanie gwaranta (banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty do wysokości określonej w gwarancji kwoty, nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze żądanie zamawiającego zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, b) termin obowiązywania gwarancji, c) miejsce i termin zwrotu gwarancji. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla projektu „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” przewidziano również możliwość zwrócenia się przez wykonawcę do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji. W takim przypadku zamawiający zobowiązany był udzielić odpowiedzi niezwłocznie, jednak nie później niż dwa dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści Specyfikacji wpłynie do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Sąd Okręgowy ustalił również, że pomiędzy Przedsiębiorstwem Budowlanym (...) Spółką jawną w S. a Przedsiębiorstwem Budowlano – Usługowym (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S. zawarta została umowa konsorcjum. Umowa ta w formie pisemnej opatrzona została datą 4 stycznia 2012 roku. Jako cel zawarcia umowy konsorcjum wskazano wspólne realizowanie przedsięwzięcia gospodarczego „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.”. Zgodnie z treścią umowy, liderem konsorcjum odpowiedzialnym za reprezentację konsorcjum w sprawach związanych z realizacją ww. przedsięwzięcia jest Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka

jawna w S., przy czym w zakresie czynności prawnych, których wartość przekracza 100.000 złotych uprawnionymi do reprezentacji były obie ww. spółki. Zastrzeżenie to nie obejmowało jednakże umowy o roboty budowlane dotyczącej ww. przedsięwzięcia – do zawarcia tej umowy w imieniu Konsorcjum uprawniony był J. S. (1). Uprawnionym do odbioru świadczeń od zamawiającego w imieniu i na rzecz Konsorcjum był lider Konsorcjum, czyli Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S.. W ramach realizacji przedsięwzięcia „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” (...) Sp. j. w S. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe (...) Sp. z o.o. w S. miały uczestniczyć w kosztach jego realizacji oraz w zyskach z jego realizacji w stosunku 50% do 50%. Każda z tych spółek przyjęła na siebie w ww. umowie odpowiedzialność za realizację 50% zakresu robót. Wobec podmiotów trzecich ponosiły natomiast solidarną odpowiedzialność za zobowiązania wynikłe z realizacji ww. przedsięwzięcia.

W wykonaniu obowiązku wynikającego z postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla projektu „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” polegającego na wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy najpóźniej do dnia podpisania umowy, w wysokości 5% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie cenowej, Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. reprezentowane przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. zawarło w dniu 5 grudnia 2011 roku z (...) Towarzystwem (...) w W. umowę gwarancji ubezpieczeniowej nr (...). Zgodnie z postanowieniami tej umowy, Towarzystwo zobowiązało się udzielić gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu. Okres obowiązywania gwarancji został określony na okres od 6 grudnia 2011 roku do 5 sierpnia 2013 roku, natomiast wartość gwarancji na kwotę 319.800 złotych. Jako beneficjent gwarancji wskazana została Gmina Miasto S.. W treści umowy zaznaczono również, że Przedsiębiorstwo budowlane (...) Spółka jawna w S. akceptuje fakt, iż wystawiona gwarancja jest bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie beneficjenta, a także że znane są mu skutki takiego zobowiązania oraz że znana jest mu treść udzielanej gwarancji. Z chwilą zapłaty jakiegokolwiek kwoty z gwarancji wystawionej w wykonaniu niniejszej umowy powstaje roszczenie (...) Towarzystwa (...) w W. w stosunku do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. o zwrot wszelkich kwot zapłaconych z gwarancji podwyższonych o koszty realizacji wypłaty. W przypadku dokonania przez (...) Towarzystwo (...) w W. zapłaty na rzecz beneficjenta, tj. Gminy Miasto S. z tytułu udzielonej mu gwarancji, Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. zobowiązane zostało do zwrotu Towarzystwu kwoty roszczenia w terminie 7 dni od otrzymania od Towarzystwa wezwania do zapłaty. W razie zaś opóźnienia z zapłatą, w stosunku do określonego terminu, Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. miało również zapłacić Towarzystwu dodatkowo odsetki ustawowe. Ponadto, zastrzeżono że Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. zwróci Towarzystwu kwotę roszczenia, pomimo istnienia sporu z beneficjentem tj. Gminą Miasto S. co do podstawy żądania zapłaty zobowiązania Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. objętego gwarancją.

W przypadku wystąpienia przez beneficjenta tj. Gminę Miasto S. z żądaniem zapłaty z gwarancji wydanej na zlecenie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S., Przedsiębiorstwo to na wniosek Towarzystwa (...) z siedzibą w W. w terminie 3 dni zobowiązane było do pisemnego ustosunkowania się do zgłoszonego żądania. Ostateczna ocena zasadności żądania zastrzeżona została dla Towarzystwa (...) z siedzibą w W., z uwzględnieniem cech gwarancji określonych w umowie, tj. iż jest ona bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie beneficjenta.

Na podstawie powyższej umowy został sporządzony w dniu 5 grudnia 2011 roku dokument gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...). Zgodnie z postanowieniami tego dokumentu gwarant tj. Towarzystwo (...) z siedzibą w W. nieodwołanie i bezwarunkowo, na pierwsze pisemne wezwanie gwarantuje na rzecz beneficjenta tj. Gminy Miasto S. zapłatę do kwoty 319.800 złotych. Gwarancja zabezpiecza roszczenie beneficjenta tj. Gminy Miasto S. w stosunku do wykonawcy tj. Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. powstałe w okresie obowiązywania gwarancji, w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Na podstawie gwarancji gwarant tj. Towarzystwo (...) z siedzibą w W. miało zapłacić na rzecz beneficjenta tj. Gminy Miasto S. kwotę roszczenia w terminie 14 dni od dnia otrzymania oryginału pisemnego wezwania do zapłaty wraz z oświadczeniem beneficjenta, że zaistniały

okoliczności związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Okres obowiązywania gwarancji został określony na okres od 6 grudnia 2011 roku do 5 sierpnia 2013 roku. W dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...) zapisano również, że gwarancja ta traci ważność, a zobowiązanie gwaranta wygasa również w przypadku: a) zwolnienia wykonawcy tj. Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. przez beneficjenta tj. Gminę Miasto S. ze zobowiązań, których zabezpieczeniem jest niniejsza gwarancja, b) zwolnienia gwaranta tj. Towarzystwo (...) z siedzibą w W. przez beneficjenta tj. Gminę Miasto S. ze zobowiązań wynikających z niniejszej gwarancji, c) zwrotu oryginału niniejszej gwarancji do gwaranta, d) nie złożenia kompletnego wezwania do zapłaty w okresie ważności gwarancji.

W dniu 5 grudnia 2011 roku wystawiona została również przez Towarzystwo (...) w W. na rzecz ubezpieczającego Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. polisa uniwersalna UA nr (...) dotycząca gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...). Jako suma ubezpieczenia w polisie została wskazana kwota 319.800 złotych, natomiast jako okres ubezpieczenia okres od 6 grudnia 2011 roku do 5 sierpnia 2013 roku.

W dniu 6 czerwca 2012 roku pomiędzy Towarzystwem (...) z siedzibą w W. a Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. reprezentowanym przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. został podpisany aneks nr (...) do ww. umowy nr (...), w którym jako aktualny okres obowiązywania gwarancji został wskazany okres od 6 grudnia 2011 roku do 9 września 2013 roku. Tego samego dnia został sporządzony również aneks nr (...) do ww. polisy UA nr (...), w którym także jako aktualny okres ubezpieczenia został wskazany okres od 6 grudnia 2011 roku do 9 września 2013 roku.

W dniu 5 grudnia 2011 roku pomiędzy Towarzystwem (...) z siedzibą w W. a Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. reprezentowanym przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. zawarta została natomiast umowa gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) stanowiąca zabezpieczenie usunięcia wad lub usterek. Okres obowiązywania gwarancji został określony na okres od 6 sierpnia 2013 roku do 20 sierpnia 2016 roku, natomiast wartość gwarancji na kwotę 95.940 złotych. Zaznaczono, iż gwarancja ubezpieczeniowa stanowiąca zabezpieczenie usunięcia wad lub usterek dotyczy zlecenia „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.”, a także że Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. akceptuje fakt, iż wystawiona gwarancja jest bezwarunkowa, nieodwołana i płatna na pierwsze żądanie beneficjenta oraz że znane mu są skutki takiego zobowiązania, a także znana jest mu treść udzielanej gwarancji. W przypadku wystąpienia przez beneficjenta tj. Gminę Miasto S. z żądaniem zapłaty z gwarancji wydanej na zlecenie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S., Przedsiębiorstwo to na wniosek Towarzystwa (...) z siedzibą w W. w terminie 3 dni zobowiązane było do pisemnego ustosunkowania się do zgłoszonego żądania. Ostateczna ocena zasadności żądania zastrzeżona została dla Towarzystwa (...) z siedzibą w W., z uwzględnieniem cech gwarancji określonych w umowie, tj. iż jest ona bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie beneficjenta. Na podstawie powyższej umowy został sporządzony w dniu 5 grudnia 2011 roku dokument gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad lub usterek nr (...). Zgodnie z postanowieniami tego dokumentu gwarant tj. Towarzystwo (...) z siedzibą w W. nieodwołanie i bezwarunkowo, na pierwsze pisemne wezwanie gwarantuje na rzecz beneficjenta tj. Gminy Miasto S. zapłatę do kwoty 95.940 złotych. Gwarancja zabezpiecza roszczenie beneficjenta tj. Gminy Miasto S. w stosunku do wykonawcy tj. Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S., powstałe w okresie obowiązywania gwarancji, w związku z niewłaściwym usunięciem wad lub usterek, naruszającym postanowienia otrzymanej gwarancji jakości lub rękojmi za wady wynikających z umowy. Na podstawie gwarancji gwarant tj. Towarzystwo (...) z siedzibą w W. miało zapłacić na rzecz beneficjenta tj. Gminy Miasto S. kwotę roszczenia w terminie 14 dni od dnia otrzymania oryginału pisemnego wezwania do zapłaty wraz z oświadczeniem beneficjenta, że zaistniały okoliczności związane z niewłaściwym usunięciem wad lub usterek. Okres obowiązywania gwarancji został

określony na okres od 6 sierpnia 2013 roku do 20 sierpnia 2016 roku. W dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad lub usterek nr (...) zapisano również, że gwarancja ta traci ważność, a zobowiązanie gwaranta wygasa również w przypadku: a) zwolnienia wykonawcy tj. Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. przez beneficjenta tj. Gminę Miasto S. ze zobowiązań, których zabezpieczeniem jest niniejsza gwarancja, b) zwolnienia gwaranta tj. Towarzystwo (...) z siedzibą w W. przez beneficjenta tj. Gminę Miasto S. ze zobowiązań wynikających z niniejszej gwarancji, c) zwrotu oryginału niniejszej gwarancji do gwaranta, d) nie złożenia kompletnego wezwania do zapłaty w okresie ważności gwarancji. W dniu 5 grudnia 2011 roku wystawiona została również przez Towarzystwo (...) w W. na rzecz ubezpieczającego Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. reprezentowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. polisa uniwersalna UA nr (...) dotycząca gwarancji ubezpieczeniowej usunięcia wad lub usterek nr (...). Jako suma ubezpieczenia w polisie została wskazana kwota 95.940 złotych, natomiast jako okres ubezpieczenia okres od 6 sierpnia 2013 roku do 20 sierpnia 2016 roku.

W dniu 6 czerwca 2012 roku pomiędzy Towarzystwem (...) z siedzibą w W. a Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. reprezentowanym przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. został podpisany aneks nr (...) do ww. umowy nr (...), w którym jako aktualny okres obowiązywania gwarancji został wskazany okres od 10 września 2013 roku do 25 września 2016 roku. Tego samego dnia został sporządzony również aneks nr (...) do ww. polisy UA nr (...), w którym także jako aktualny okres ubezpieczenia został wskazany okres od 10 września 2013 roku do 25 września 2016 roku.

Zawarta została również z Towarzystwem (...) z siedzibą w W. umowa ubezpieczenia prac budowlano – montażowych. W dniu 5 grudnia 2011 roku wystawiona została polisa uniwersalna UA nr (...), w której jako tytuł ubezpieczonego kontraktu wskazana została 'Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.', jako ubezpieczający Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S., jako ubezpieczeni: 1) Konsorcjum firm w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółka jawna w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., 2) pozostałe firmy formalnie zatrudnione przez ubezpieczającego przy realizacji kontraktu (z wyłączeniem form projektowych) w odniesieniu do ich stosownych praw i interesów związanych z udziałem w realizowanych kontraktach, jednakże z zastrzeżeniem zakresu oraz wyłączeń uzgodnionych w ofercie, 3) podwykonawcy zgodnie z zawartymi z ubezpieczającym umowami o podwykonawstwo robót objętych tym kontraktem z wyłączeniem form projektowych, 4) Gmina Miasto S.. Jako suma ubezpieczenia dla wartości robót wskazana została kwota 6.396.000 złotych, natomiast dla wyposażenia placu budowy i sprzętu w wartościach rzeczywistych bez konieczności sporządzania wykazu kwota 959.400 złotych, tj. łącznie 7.355.400 złotych. Limit odpowiedzialności z tytułu zaistnienia takich ryzyk naturalnych, jak huragan, powódź, zalanie wskutek opadów atmosferycznych, zapadanie i osuwanie się ziemi oraz uderzenia pioruna został określony na kwotę 6.396.000 złotych, natomiast w odniesieniu do jednej szkody lub serii wypadków powstałych w wyniku jednego zdarzenia i wszystkich zdarzeń w okresie ubezpieczenia został określony jeden wspólny limit odpowiedzialności na kwotę 500.000 złotych. Aneks nr (...) z 6 kwietnia 2012 roku do ww. polisy (...) nr (...) rozszerzony został zakres ochrony ubezpieczeniowej o zabezpieczenia mienia istniejącego inwestora. Suma ubezpieczenia została określona na kwotę 384.698,38 złotych. Aneks nr (...) z 11 czerwca 2012 roku do ww. polisy (...) nr (...) wydłużony został natomiast termin ochrony ubezpieczeniowej. Końcowy okres ubezpieczenia został określony na dzień 10 sierpnia 2013 roku.

Sąd ustalił, że w momencie kiedy Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. przystępowało do przetargu, miało możliwość zapoznania się z całą dokumentacją przetargową, w szczególności dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót. Na etapie przetargu różni wykonawcy zadawali pytania co do kwestii, które były dla nich wątpliwe. Możliwość zadawania takich pytań miało również ww. Konsorcjum. W wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania inwestycyjnego „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki

jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.. W konsekwencji, w dniu 6 grudnia 2011 roku pomiędzy Gminą Miasto S. a ww. Konsorcjum podpisana została umowa o roboty budowlane nr (...) 9w imieniu konsorcjum umowa zawarta została przez J. S. (1)), której przedmiotem była realizacja powyższego zadania inwestycyjnego. Zgodnie z umową, zakres umowy miał być realizowany w trzech następujących etapach: 1) etap I – Dobudowa nowego skrzydła żłobka wraz z wykonaniem niezbędnych przyłączy i zagospodarowaniem terenu, 2) etap II – Przebudowa istniejącego budynku wraz z zagospodarowaniem terenu, 3) etap III – Dobudowa łącznika. Podstawę wykonania robót miała stanowić dokumentacja projektowa wykonania w lipcu przez (...) sp. z o.o. spółkę komandytową z siedzibą w S.. Jako podstawa prawna wykonania robót wskazana została decyzja o pozwoleniu na budowę nr (...) z 12 maja 2011 roku. Zgodnie z postanowieniami umowy, przedstawicielem wykonawcy tj. ww. Konsorcjum na budowie miał być kierownik budowy M. K., natomiast przedstawicielem zamawiającego – koordynatorem A. G.. Nadzór inwestorski mieli sprawować: 1) w branży konstrukcyjno – budowlanej – A. G., 2) w branży sanitarnej – H. A., natomiast 3) w branży elektrycznej – J. C. (1). Inspektor nadzoru inwestorskiego i koordynator mieli działać w imieniu zamawiającego tj. Gminy Miasto S.. Wykonawca potwierdził, że zapoznał się z dokumentacją projektową, Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, nie wnosząc do nich uwag i uznając je za podstawę do realizacji przedmiotu umowy oraz zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy w oparciu o projekt budowlany i wykonawczy, Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, wiedzy technicznej, przyjętą przez zamawiającego tj. Gminę Miasto S. technologią i wymogami poczynionych uzgodnień.

Wykonawca mógł wykonać przedmiot umowy przy udziale podwykonawców, zawierając z nimi stosowne umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności, przy czym zawarcie umowy z podwykonawcą wymagało pisemnej zgody zamawiającego przed jej zawarciem. Tym samym wykonawca był zobowiązany przedstawić zamawiającemu tj. Gminie Miasto S. umowy z podwykonawcami do akceptacji. Również wszelkie zmiany tychże umów wymagały formy pisemnej i zgody zamawiającego. Zamawiający nie wyraził natomiast zgody na zawieranie umów przez podwykonawców z dalszym podwykonawcą. Wykonawca tj. ww. Konsorcjum ponosił wobec zamawiającego tj. Gminy Miasto S. pełną odpowiedzialność za roboty wykonywane przy pomocy podwykonawców.

Poza innymi obowiązkami wynikającymi z treści umowy i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, do obowiązków zamawiającego tj. Gminy Miasto S. należało:

- 1) protokolarne przekazanie wykonawcy tj. ww. Konsorcjum terenu budowy w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy,
- 2) przekazanie wykonawcy dokumentacji projektowej, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, decyzji o pozwoleniu na budowę nr (...) z 12 maja 2011 roku oraz dziennika budowy,
- 3) dokonanie odbioru końcowego.

Poza innymi obowiązkami wynikającymi z treści umowy i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, do obowiązków wykonawcy tj. ww. Konsorcjum należało natomiast:

- 1) dostarczenie w terminie 20 dni od dnia podpisania umowy Tabeli Wartości Elementów Robót i harmonogramu rzeczowo – finansowego,
- 2) protokolarne przejęcie od zamawiającego terenu budowy,
- 3) ogrodzenie terenu budowy (ogrodzenie z płyt pełnych i jednorodnych na całym obwodzie, w sposób uniemożliwiający dostęp osób trzecich),
- 4) budowa zaplecza budowy i zaplecza socjalnego dla potrzeb własnych wraz z zabezpieczeniem dostawy mediów niezbędnych dla ich funkcjonowania (zabezpieczenie dostawy wody, energii elektrycznej, odprowadzenia nieczystości),

- 5) zapewnienie ochrony mienia znajdującego się na terenie budowy, w szczególności pod względem przeciwpożarowym,
- 6) oznaczenie terenu budowy oraz odpowiednie oznakowanie i zabezpieczenie miejsc prowadzonych robót, wygrodenienie stref niebezpiecznych- zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- 7) utrzymanie porządku na terenie budowy w czasie realizacji inwestycji,
- 8) przygotowanie drewna pochodzącego z wycinki drzew i krzewów tj. oczyszczenie i pocięcie, również transport do miejsca sprzedaży,
- 9) wycena materiału drzewnego,
- 10) demontaż, wywóz i utylizacja istniejącego wyposażenia pozostałego w przebudowywanym budynku żłobka ,
- 11) przeprowadzenie prób, pomiarów, sprawdzeń i odbiorów przewidzianych warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlano – montażowych, na własny koszt,
- 12) zgłoszenie inspektorowi nadzoru inwestorskiego robót ulegających zakryciu lub zanikających,
- 13) wykonanie na własny koszt odkrywki elementów robót budzących wątpliwość w zakresie sprawdzenia jakości ich wykonania, jeżeli wykonanie tych robót nie zostało zgłoszone do sprawdzenia przed ich zakryciem,
- 14) zapewnienie obsługi geodezyjnej budowy, w tym również wyznaczenie linii regulacyjnych przed rozpoczęciem i po zakończeniu robót oraz sporządzenie geodezyjnej dokumentacji powykonawczej, w dwóch egzemplarzach i na własny koszt,
- 15) Zapewnienie obsługi geologicznej,
- 16) Usunięcie poza teren budowy wszelkich urządzeń tymczasowych, zaplecza itp., po zakończeniu robót,
- 17) Uporządkowanie terenu po zakończeniu robót,
- 18) Przekazanie zamawiającemu certyfikatów na znak bezpieczeństwa, certyfikatów zgodności z polską lub europejską normą, aprobat technicznych oraz gwarancji producentów na użyte materiały, zamontowane urządzenia i sprzęt.

Termin wykonania przedmiotu umowy został ustalony na 19 miesięcy od dnia podpisania umowy, w tym realizacja I etapu nie dłużej niż 10 miesięcy od dnia podpisania umowy. Odbiór końcowy przedmiotu umowy miał nastąpić na podstawie protokołu odbioru końcowego. Za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający tj. Gmina Miasto S. miał zapłacić wykonawcy tj. ww. Konsorcjum wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie oferty wykonawcy w wysokości 6.396.000 złotych łącznie z podatkiem VAT. Wynagrodzenie to miało obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy i miało nie ulegać zmianie, z wyjątkiem sytuacji, gdy: 1) wystąpi konieczność wprowadzenia zmian rozwiązań projektowych, bez których wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe, bądź obarczone błędem, 2) ulegnie zmianie urzędowa stawka VAT na roboty budowlane.

Podstawą zapłaty miały być faktury przejściowe i faktura końcowa wystawiane przez wykonawcę tj. ww. Konsorcjum wobec zamawiającego tj. Gminy Miasto S., przy czym wartość faktury końcowej nie mogła być niższa niż 5% wartości brutto przedmiotu umowy, podstawą zaś do wystawienia faktury przejściowej miał być protokół częściowego odbioru wykonanych robót podpisany przez inspektorów nadzoru inwestorskiego. Wartość tych robót miała zostać określona na podstawie obustronnie uzgodnionej Tabeli Wartości Elementów Robót. Podstawą zaś do wystawienia faktury końcowej miał być potwierdzony przez zamawiającego protokół końcowego odbioru robót, stwierdzający wykonanie zakresu umowy. Termin płatności faktur przejściowych został określony na 14 dni roboczych od dnia otrzymania faktury przez zamawiającego, a faktury końcowej na 21 dni licząc od daty przyjęcia faktury przez

zamawiającego. W przypadku zaś zatrudnienia podwykonawców dodatkowym załącznikiem do faktur przejściowych miało być oświadczenie podwykonawcy o braku wymagalnych zobowiązań wynikających z umów zawartych z wykonawcą w celu wykonania przedmiotu umowy, natomiast do faktury końcowej oświadczenie o braku wszelkich zobowiązań wynikających z zawartych umów z tymi podwykonawcami. Ponadto, zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do wstrzymania, do czasu ustania przyczyny, płatności faktury w całości lub w części – w przypadku nie wywiązania się wykonawcy z któregokolwiek z zobowiązań wynikających z umowy. W takim przypadku wykonawcy nie przysługiwały odsetki z tytułu opóźnienia w zapłacie. W umowie o roboty budowlane nr (...) postanowiono także, że wykonawca tj. ww. Konsorcjum wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 319.800 złotych, tj. 5% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie cenowej najpóźniej w dniu podpisania umowy. Wniesione zabezpieczenie przeznaczone jest na zabezpieczenie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Wykonawca zobowiązany był zapłacić zamawiającemu kary umowne:

- 1) za przekroczenie któregokolwiek z terminów wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,2% kwoty wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia,
- 2) za opóźnienie w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie rękojmi za wady w wysokości 0,2% kwoty wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia,
- 3) za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% kwoty wynagrodzenia umownego brutto.

Roszczenie o zapłatę kar umownych z tytułu opóźnienia, ustalonych za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, stawało się wymagalne:

- 1) za pierwszy rozpoczęty dzień opóźnienia – w tym dniu,
- 2) za każdy następny rozpoczęty dzień opóźnienia – odpowiednio w każdym z tych dni.

W przypadku poniesienia szkody przewyższającej karę umowną, zamawiający tj. Gmina Miasto S. miało prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

Wykonawca wyraził zgodę na zapłatę kar umownych w drodze potrącenia z przysługującego mu wynagrodzenia. W przypadku nie usunięcia wad w terminach wskazanych przez zamawiającego w protokole końcowym odbioru robót lub stwierdzonych w okresie rękojmi, wykonawca wyraził zgodę na usunięcie wad na koszt wykonawcy. Zgodnie z treścią ww. umowy o roboty budowlane nr (...), w sprawach nie uregulowanych tą umową, miały do niej zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego i inne powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Przewidziana została możliwość wprowadzenia istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, polegających na zmianie terminu zakończenia przedmiotu umowy, zmianie wynagrodzenia oraz zmianie personelu zamawiającego lub wykonawcy. Zmiana terminu zakończenia przedmiotu umowy mogła nastąpić na wniosek wykonawcy w następujących przypadkach: 1) wystąpienia konieczności wykonania zamówienia dodatkowego, które będzie miało istotny wpływ na przedłużenie terminu zakończenia zadania, 2) wystąpienia szczególnych warunków atmosferycznych, uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych zgodnie z technologią przewidzianą w dokumentacji projektowej i warunkach Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Wydłużenie czasu trwania umowy miało być wówczas równoważone z czasem trwania ich wstrzymania. 3) wystąpienia nieprzewidzianych warunków realizacji, tj. odkrycia niezinventaryzowanych obiektów czy elementów instalacji podziemnej mających wpływ na harmonogram i termin wykonania przedmiotu umowy, 4) wydłużenia okresu oczekiwania na uruchomienie działalności dobudowanego skrzydła żłobka (ponad zakładane dwa miesiące). Zamawiający zastrzegł sobie możliwość odstąpienia od umowy z powodu okoliczności o których mowa w art. 145 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.

W dniu 6 grudnia 2011 roku została również przekazania wykonawcy, tj. Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. dokumentacja projektowa wykonana przez spółkę (...) Sp. z o.o. spółkę komandytową z siedzibą w S.. Po zawarciu umowy o roboty budowlane nr (...) z 6 grudnia 2011 roku pomiędzy Gminą Miasto S. a ww. Konsorcjum powstał spór dotyczący tego, czy Konsorcjum jest zobowiązane w ramach wykonania ww. umowy do zakupu wyposażenia wewnątrz (...) przy ulicy (...) w S. oraz czy należy mu się dodatkowe wynagrodzenie za dostawę elementów wyposażenia wewnątrz i technologii kuchni. Pismem z dnia 6 marca 2012 roku Wydział Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. poinformował Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S., iż uznaje roszczenie dotyczące dodatkowego wynagrodzenia za dostawę elementów wyposażenia wewnątrz i technologii kuchni za bezzasadne. Wskazał również, że podpisując umowę wykonawca przyjął na siebie obowiązek wykonania przedmiotu umowy w oparciu o dokumentację projektową, Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zapoznał się z tymi dokumentami i nie wnosił do nich uwag.

Pomimo, iż nowe skrzydło (...) przy ulicy (...) w S. miało zostać wybudowane w technologii tradycyjnej, a Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe (...) Sp. z o.o. w S. zakończyło już wcześniej budowę dla Gminy Miasto S. budowę innego żłobka miejskiego opartego na tej samej technologii, Gmina Miasto S. aby zapewnić ww. Konsorcjum jako wykonawcy komfort przy budowie ww. Żłobka przy ulicy (...) w S. oprócz stałego nadzoru inwestorskiego, który realizowała m.in. A. G. jako przedstawiciel zamawiającego – koordynator, ustanowiła również nadzór autorski. Wykonawca mógł zatem na bieżąco wyjaśniać również wszelkie wątpliwości i niejasności w zakresie projektu budowy, zarówno jeśli chodzi o konstrukcję całego budynku, jak i poszczególne instalacje. Funkcji nadzoru autorskiego nie pełnił jednakże autor projektu budowlanego, lecz P. C., który był współwłaścicielem firmy, która ten projekt wykonała i był z nim dobrze obeznany.

W dniu 6 grudnia 2011 roku nastąpiło protokolarne przekazanie terenu budowy (...) przy ulicy (...) w S.. Ze strony zamawiającego tj. Gminy Miasto S. w przekazaniu brała udział K. K. – kierownik referatu Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. oraz A. G. – inspektor nadzoru – koordynator, natomiast ze strony wykonawcy K. S., M. K. – kierownik budowy oraz M. B. – kierownik robót. Zgodnie z treścią protokołu przekazania terenu budowy, przekazano również wówczas wykonawcy następujące dokumenty: 1) decyzję z 12 maja 2011 roku znak (...) o pozwoleniu na budowę, 2) decyzję z 17 maja 2011 roku znak (...) o usunięciu drzew i krzewów, 3) warunki przyłączenia do sieci gazowej nr (...), 4) warunki przyłączenia do urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych nr (...), 5) warunki rozbudowy węzła ciepłowniczego nr (...), 6) informację o sposobie zagospodarowania drewna pochodzącego z wycinki, 7) dziennik budowy nr (...) z 18 listopada 2011 roku – tom I i II, 8) inną dokumentację według załącznika. W protokole zapisano również m.in., że wykonawca będzie tymczasowo korzystał z mediów udostępnionych przez użytkownika – pomiar poboru przy pomocy podliczników oraz że jego dojazd do placu budowy jest utrudniony. Sprawa ta została jednakże odłożona do wyjaśnienia z zamawiającym w terminie późniejszym.

Wykonawcy został przekazany teren budowy znajdujący się na działce nr (...) obręb ewidencyjny 1020 w zakresie umożliwiającym wykonanie wszelkich niezbędnych robót budowlanych związanych z realizacją inwestycji „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.”, objętej pozwoleniem na budowę znak (...). Na fakt ten wskazała zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. w piśmie skierowanym do Przedsiębiorstwa (...) z 7 grudnia 2011 roku. Jednocześnie zwróciła z prośbą o sporządzenie projektu organizacji placu budowy z dokładnym zwymiarowaniem proponowanego wjazdu na teren budowy od strony ulicy (...), a także o przygotowanie projektu organizacji budowy z wykorzystaniem alternatywnego wjazdu na teren budowy od strony ulicy (...).

W dniu 6 grudnia 2011 roku dokonano wpisu do dziennika budowy potwierdzającego przyjęcie placu budowy bez możliwości dojazdu do tej wydzielonej części działki, na którą wydano pozwolenie na budowę, w dniu 18 grudnia 2011 roku o niewydzienieniu do tego dnia terenu z części działki nr (...) umożliwiającego rozpoczęcie robót i wykonanie zagospodarowania placu budowy, natomiast w dniu 19 grudnia 2011 roku o rozpoczęciu wycinki i przesadzeń drzew i krzewów w oparciu o odrębną decyzję administracyjną.

W dniu 30 grudnia 2011 roku dokonano z kolei wpisu w dzienniku budowy o braku możliwości dokonania przesadzeń drzew i krzewów znajdujących się wzdłuż ogrodzenia od strony budynku mieszkalnego.

Pomimo, iż teren budowy został przekazany wykonawcy, tj. Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. w dniu 6 grudnia 2011 roku, przystąpił on do organizacji placu budowy oraz prac budowlanych ze znacznym opóźnieniem, wskazując na utrudnienia w dojeździe na plac budowy, brak dostatecznej ilości miejsca oraz porośnięcie terenu budowy drzewami i krzewami. W związku z tym pomiędzy stronami nastąpiła wymiana korespondencji dotyczącej organizacji wjazdu na teren budowy i placu budowy, opóźnień w tym zakresie oraz w rozpoczęciu prac budowlanych. Rozważane były różne koncepcje wjazdu oraz wyjazdu z terenu placu budowy, w tym koncepcja z wykorzystaniem wjazdu istniejącego, drogi przelotowej do ulicy (...) od strony trafostacji, wjazdu od strony ulicy (...) oraz alternatywnego wjazdu od strony ulicy (...). Żadna z tych koncepcji nie została jednakże wybrana. Ostatecznie zdecydowano się na koncepcje wjazdu od strony ulicy (...), pomiędzy budynkiem istniejącego (...) a apartamentowcem. Wykonanie tego wjazdu wymagało jednakże dokonanie rozbiórki części starego żłobka, na co Gmina Miasto S. wyraziła zgodę. W dniu 16 stycznia 2012 roku dokonano wpisu w dzienniku budowy mówiącego, iż tego dnia na wniosek inwestora rozpoczęto rozbiórkę loggii, zadaszenia oraz tarasu na szczycie budynku żłobka od strony apartamentowca. Gmina Miasto S. jako inwestor przychyliła się do stanowiska i wniosku wykonawcy i zasięgnęła ekspertyzy dotyczącej wpływu ruchu pojazdów na istniejące obok budynki. Wykonawca obawiał się bowiem, że w związku ze zwiększonym ruchem pojazdów ciężarowych, mogą pękać ściany sąsiednich budynków. Sporządzona ekspertyza wykazała jednak, że nie ma takiego ryzyka.

W dokumentacji projektowej były założenia wyburzenia elementów architektury na terenie działki na której miała mieć miejsce budowa i na której znajdował się stary budynek (...) przy ulicy (...) w S., które miały na celu usprawnienie wjazdu na budowę. Dokumentacja projektowa zakładała również wyburzenia elementów architektury w ścianie szczytowej starego budynku ww. Żłobka.

Pismem z dnia 9 stycznia 2012 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) poinformowała Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S., iż w załączeniu przekazuje projekt tymczasowego przesadzenia roślin ze względu na kolizję z planowanym wjazdem na teren budowy.

Wykonawca kilkakrotnie sporządzał projekty zagospodarowania placu budowy.

Dopiero w dniu 13 stycznia 2012 roku do Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w S. wpłynęło pismo kierownika budowy Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. z wnioskiem o zatwierdzenie projektu wjazdów na teren budowy oraz rozwiązania dotyczącego ułożenia płyt drogowych w miejscu rozebrania ciągu pieszego przy ulicy (...) w S..

Pismem z 24 stycznia 2012 roku skierowanym do T. A. Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w S. poinformował, że pozytywnie opiniuje pod względem bezpieczeństwa i organizacji ruchu drogowego projekt czasowej organizacji ruchu przy ulicy (...), z taką uwagą iż powinien zostać wydzielony zaporami drogowymi ciąg pieszy po istniejącym parkingu oraz że na pojazdy obsługujące plac budowy, których masa, naciski osi lub wymiary wraz z ładunkiem lub bez ładunku są większe od dopuszczalnych, przewidzianych dla danej drogi, inwestor powinien uzyskać zezwolenie.

Również Komenda Miejska Policji pismem z 17 stycznia 2012 roku skierowanym do T. A. poinformowała, że opiniuje pozytywnie projekt pod względem bezpieczeństwa i płynności ruchu.

Decyzją nr (...) z 18 stycznia 2012 roku Prezydent Miasta S. zezwolił Przedsiębiorstwu Budowlanemu (...) Spółce jawnej w S. na budowę tymczasowego zjazdu z ulicy (...), poprzez który będzie się odbywała obsługa komunikacyjna nieruchomości o numerze ewidencyjnym (...) obręb (...). Określił również parametry zjazdu indywidualnego.

Pismem z 18 stycznia 2012 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) poinformowała Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S., iż w uzupełnieniu do protokołu przejęcia

placu budowy z 6 grudnia 2011 roku zamawiający przekazuje wykonawcy dodatkowy teren – poza istniejącym ogrodzeniem żłobka wzdłuż budynku mieszkalnego przy ulicy (...). W piśmie wskazano także, że ogrodzenie placu budowy należy ustawić w odległości nie mniejszej niż 5 metrów od budynku, na górnej krawędzi skarpy. Teren ten może być przeznaczony na cele budowy zaplecza lub składowanie materiałów budowlanych. Zamawiający zatwierdza przedłożony przez wykonawcę plan organizacji placu budowy z tym zastrzeżeniem, że organizacja ruchu przy planowanym placu składowym nr 5 nie może utrudniać dojazdu użytkowników do garaży (dojazd do garaży nie może być zamknięty furtką) oraz że ewentualny demontaż ogrodzenia i furtki będących własnością Wspólnoty Mieszkaniowej budynku przy ulicy (...) musi być uzgodniony z tą Wspólnotą.

W związku z faktem, że od dnia podpisania umowy o roboty budowlane nr (...) oraz przekazania terenu budowy w dniu 6 grudnia 2011 roku upłynął przeszło miesiąc czasu i wykonawca w dalszym ciągu nie przystąpił do prac budowlanych, ani nawet nie zorganizował w sposób należyty, prawidłowy placu budowy, zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) pismem z 24 stycznia 2012 roku skierowanym do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. poinformowała, że Gmina Miasto S. z zaniepokojeniem stwierdza brak właściwego postępu robót budowlanych przy rozbudowie i modernizacji (...) przy ulicy (...) w S.. Wskazała, że plac budowy został przekazany wykonawcy w dniu 6 grudnia 2011 roku, natomiast obecnie zakończono prace związane z wycinką drzewostanu, trwa budowa ogrodzenia i wjazdu na teren budowy, wykonawca nie przedstawił zamawiającemu do zatwierdzenia istotnych dokumentów kontraktu, tj. harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz Tabeli Elementów Rozliczeniowych, które zgodnie z zapisami umowy miały być przedstawione w ciągu 20 dni od dnia jej podpisania. Jednocześnie zwróciła się o niezwłoczne przesłanie tychże dokumentów do 31 stycznia 2012 roku.

W odpowiedzi Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. w piśmie z 25 stycznia 2012 roku przedstawiło opis chronologii dotychczasowego przebiegu prac związanych z organizacją placu budowy i wjazdu na budowę, czynności formalnoprawnych z tym związanych które zostały już dokonane oraz spraw które należy jeszcze załatwić. Wskazało, iż z przedstawionych faktów jasno wynika, że inwestor dokładnie wiedział i był informowany o ich działaniach w celu jak najszybszego rozpoczęcia kontraktowych prac budowlanych oraz że w związku z tym ze zdziwieniem przyjęli ww. pismo z 24 stycznia 2012 roku o braku postępu w pracach, traktując je jako pomyłkę.

W dniu 25 stycznia 2012 roku w dzienniku budowy dokonano wpisu o zakończeniu rozbiórki loggii na ścianie szczytowej starego budynku żłobka przy ulicy (...) w S..

Kolejnym pismem z 26 stycznia 2012 roku Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. zwróciło się do Wydziału Gospodarki Komunalnej i Ochrony Środowiska Urzędu Miasta S. o zatwierdzenie czasowej organizacji ruchu na czas rozbudowy (...) przy ulicy (...) w S.. Do wniosku została załączona pozytywna opinia Komendy Miejskiej Policji w S. oraz opinia Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w S..

W dniu 1 lutego 2012 roku Prezydent Miasta S. zatwierdził czasową organizację ruchu w pasie drogowym ulicy (...) na czas rozbudowy (...) w S.. Termin wprowadzenia czasowej organizacji ruchu został oznaczony na dzień 8 lutego 2012 roku, natomiast termin przywrócenia stałej organizacji ruchu na dzień 30 kwietnia 2012 roku.

W dniu 21 lutego 2012 roku Prezydent Miasta S. po rozpatrzeniu wniosku złożonego przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. w dniu 9 lutego 2012 roku oraz pismem z 16 lutego 2012 roku wydał natomiast decyzję nr (...) zezwalającą temu Przedsiębiorstwu na zajęcie pasa drogowego przy ulicy (...) przy posesji nr (...) w S., chodnika o powierzchni 12,00 m² w terminie od 22 lutego 2012 roku do 28 lutego 2012 roku w celu wykonania tymczasowego zjazdu oraz w terminie od 29 lutego 2012 roku do 20 czerwca 2012 roku w celu eksploatacji tymczasowego zjazdu.

Pismem z 16 marca 2012 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) poinformowała Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S., że zamawiający akceptuje wersję nr 2 planu organizacji placu budowy zawierającą awaryjny dojazd do granic placu budowy od strony ulicy (...) pod warunkiem, że dojazd awaryjny będzie używany sporadycznie do transportu specjalistycznego wielkogabarytowego oraz że

każdorazowo z dwudniowym wyprzedzeniem mieszkańcy budynku przy ulicy (...) oraz użytkownicy garaży będą powiadamiani o spodziewanym transporcie i powstałych z tego tytułu utrudnieniach.

Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. zwracało się do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. z wnioskiem o przedłużenie terminu wykonania zamówienia publicznego „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.”. W odpowiedzi zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) pismem z dnia 31 stycznia 2012 roku poinformowała, że zgodnie z umową o roboty budowlane nr (...) z 6 grudnia 2011 roku zmiana terminu zakończenia realizacji inwestycji jest możliwa w następujących przypadkach: 1) wystąpienia konieczności wykonania zamówienia dodatkowego, które będzie miało istotny wpływ na przedłużenie terminu zakończenia zadania, 2) wystąpienia szczególnych warunków atmosferycznych, uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych zgodnie z technologią przewidzianą w dokumentacji projektowej i warunkach Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, 3) wystąpienia nieprzewidzianych warunków realizacji, tj. odkrycia niezainwentaryzowanych obiektów czy elementów instalacji podziemnej mających wpływ na harmonogram i termin wykonania przedmiotu umowy, 4) wydłużenia okresu oczekiwania na uruchomienie działalności dobudowanego skrzydła żłobka (ponad zakładane dwa miesiące). Zdaniem zamawiającego żadna z tych przesłanek zmiany terminu zakończenia realizacji inwestycji jednakże nie nastąpiła, w związku z czym wniosek wykonawcy o jego przedłużenie jest niezasadny.

Wykonawca kilkakrotnie przedkładał Gminie Miasto S. harmonogramy rzeczowo – finansowe realizacji inwestycji „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.”. Pismem z 19 stycznia 2012 roku Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. poinformowała Wydział Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. o przekazaniu harmonogramu rzeczowo – finansowego realizacji ww. inwestycji dla etapu I oraz etapu II i III.

Wraz z pismem z 31 stycznia 2012 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) dokonała zwrotu Przedsiębiorstwu Budowlanemu (...) Spółce jawnej w S. harmonogramu rzeczowo – finansowego wskazując, że nie zawiera on pozycji dotyczących wyposażenia pomieszczeń budynku dobudowanego oraz budynku przebudowanego będących przedmiotem zamówienia, a także nie zawiera pozycji dotyczących wyposażenia pomieszczeń kuchennych będących przedmiotem zamówienia. Dodała, że oczekują na przesłanie do 3 lutego 2012 roku nowego harmonogramu rzeczowo – finansowego uwzględniającego powyższe uwagi.

Pismem z 2 lutego 2012 roku Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. zwróciło się do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. o zmianę terminu złożenia nowej – kolejnej wersji harmonogramu rzeczowo – finansowego z 3 lutego 2012 roku na 8 lutego 2012 roku, tj. do czasu wyjaśnienia wątpliwości i dokonania ustaleń mogących mieć istotny wpływ na kształt i wielkość harmonogramu.

Następnie, w toku dalszej wymiany korespondencji Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. pismem z 7 lutego 2012 roku poinformowało Wydział Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. o przekazaniu nowej wersji harmonogramu rzeczowo – finansowego wskazując, że uwzględnia on część postulatów zamawiającego oraz zmiany eliminujące błędy robót budowlanych, szczególnie II etapu, w harmonogramie znalazły się pozycje związane z wyposażeniem wewnątrz według projektu wykonawczego „Architektura-projekt wnętrz”.

Ustosunkowując się do powyższego pisma zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) pismem z 13 lutego 2012 roku poinformowała, że harmonogram rzeczowo – finansowy dotyczący rozbudowy i modernizacji (...) przy ulicy (...) w S. nie może zostać zaakceptowany, do czasu wyposażenia w nim elementu pn. „Wyposażenie technologiczne kuchni”. Wskazała również, że zakres przedmiotu zamówienia został opisany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i obejmuje dostarczenie: - mebli, urządzeń i zabawek według zestawienia w Projekcie wykonawczym – branża architektura „Projekt wnętrz”, - wyposażenie pomieszczeń kuchni według zestawienia w projekcie wykonawczym – branża architektura „Dobudowa nowego skrzydła – etap I” i opisu technicznego do tego projektu oraz zestawienia w Projekcie wykonawczym – branża architektura „Przebudowa istniejącego skrzydła – etap II”. Kończąc zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B.

(1) zaznaczyła, iż wynagrodzenie za całość zakresu zamówienia ma charakter ryczałtowy oraz że podtrzymuje swoje stanowisko, iż cenę ofertową traktuje jako ostateczną.

W odpowiedzi na powyższe pismo Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. w piśmie z 20 lutego 2012 roku skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. wskazało, iż przekazuje uzupełnioną wersję harmonogramu rzeczowo – finansowego wraz z Tabelą Wartości Elementów Robót uwzględniając postulaty zamawiającego. W treści pisma stwierdza się również, że w harmonogramie znalazły się pozycje związane z wyposażeniem wnętrza według projektu wykonawczego „Architektura – projekt wnętrz” zgodnie z wykazami zawartymi na rzutach wraz z ich lokalizacją i umiejscowieniem oraz związane z technologią kuchni. Przekazane dokumenty uwzględniają wyposażenie wnętrza oraz technologię kuchni, zgodnie z wnioskiem zamawiającego, gdyż Gmina Miasto S. życzy sobie, by Konsorcjum wykonało dostawę wyposażenia wnętrza oraz technologii kuchni. Wykonawca podtrzymuje jednakże swoje stanowisko, że wskazane elementy harmonogramu rzeczowo – finansowego dotyczące wyposażenia wnętrza, a w szczególności technologii kuchni, wykraczają poza przedmiot umowy o roboty budowlane nr (...).

Pismem z 28 lutego 2012 roku skierowanym do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) poinformowała, że Gmina Miasto S. akceptuje przesłany harmonogram rzeczowo – finansowy dotyczący rozbudowy i modernizacji (...) przy ulicy (...) w S..

W związku z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi, prace na terenie (...) przy ulicy (...) w S. zostały wstrzymane przez wykonawcę. W dniu 30 stycznia 2012 roku dokonano wpisu w dzienniku budowy, że panujące niskie temperatury w nocy -10oC, a w dzień -6oC uniemożliwiają rozpoczęcie robót ziemnych przygotowawczych do wykonania wjazdu na budowę od ulicy (...), w związku z tym wstrzymano roboty ziemne związane z inwestycją do odwołania.

W dniu 9 lutego 2012 roku dokonano wpisu w dzienniku budowy, iż w związku z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w S. wstrzymał prace związane z wykonaniem wjazdu tymczasowego na teren budowy od ulicy (...) do momentu poprawy warunków atmosferycznych. Dokonano wycinki krzewów i drzew od strony ul. (...) w oparciu o odrębną decyzję administracyjną. Warunki atmosferyczne nie pozwalają na podjęcie prac związanych z budową wjazdu na teren budowy od ulicy (...).

Zgodnie z kolejnymi wpisami w dzienniku budowy dopiero w dniu 24 lutego 2012 roku przystąpiono do realizacji wjazdu na teren budowy od strony ulicy (...), natomiast w dniu 5 marca 2012 roku przystąpiono do wykonywania robót budowlanych, rozpoczęto wykopy.

Wobec opóźnienia w pracach związanych z realizacją inwestycji „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” spowodowanych m.in. niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, wykonawca sporządził nowy harmonogram rzeczowo – finansowy prac i przedłożył go do akceptacji – inwestorowi. W dniu 26 marca 2012 roku wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o dokonanie zmian w umowie, polegających na wydłużeniu terminu wykonania przedmiotu umowy z powodu: a) wystąpienia niesprzyjających warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych zgodnie z warunkami technicznymi (tj. wykopów i fundamentów) w okresie od 30 stycznia 2012 roku do 5 marca 2012 roku, b) miejscowe wystąpienie przeszkody podziemnej na trasie wykonywania wykopów fundamentowych, tj. pozostałości części stropu i ścian piwnicznych poniemieckiego budynku i konieczność ich rozbiórki (na długości około 8 metrów), c) wykonanie wjazdu na teren budowy.

Pismem z 28 marca 2012 roku skierowanym do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) poinformowała, że zamawiający nie może zaakceptować przedłożonego harmonogramu rzeczowo – finansowego, ze względu na błędnie przyjęty termin zakończenia robót. Jako uzasadnioną podstawę zmiany terminu umownego uznaje tylko jeden przypadek wskazany przez ww. Przedsiębiorstwo, tj. niesprzyjające warunki atmosferyczne, uniemożliwiające wykonywanie wykopów i robót fundamentowych w terminie od 30 stycznia 2012 roku do 5 marca 2012 roku (35 dni), zgodnie z zapisami w

dzienniku budowy. Konieczność wyburzenia pozostałości części stropu i ścian piwnicznych poniemieckiego budynku, miejscowo znajdujących się na trasie projektowanych ław fundamentowych, nie stanowi kolizji wstrzymującej całość robót fundamentowych. Zdaniem zamawiającego fakt ten nie mógł mieć wpływu na postęp całości robót ziemnych i fundamentowych. Budowa wjazdu na teren budowy jest natomiast sprawą organizacyjną wykonawcy i absolutnie nie może wpływać na termin realizacji robót. W związku z powyższym w najbliższym czasie zostanie sporządzony aneks przedłużający termin zakończenia robót o 35 dni.

Wobec powyższego Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. przesłało do Gminy Miasto S. wraz z pismem z 30 marca 2012 roku harmonogram robót z uwzględnieniem przesunięcia terminu o 35 dni, wskazując jednocześnie że zakończenie robót przypada na dzień 15 sierpnia 2013 roku.

W dniu 26 kwietnia 2012 roku pomiędzy Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. a Gminą Miasto S. został zawarty aneks nr (...) do umowy o roboty budowlane nr (...) z 6 grudnia 2011 roku w którym termin wykonania przedmiotu umowy ustalono na dzień 10 sierpnia 2013 roku, w tym realizację I etapu nie dłużej niż do dnia 10 listopada 2012 roku.

W dniu 10 maja 2012 roku pomiędzy ww. stronami został natomiast zawarty aneks nr (...) do umowy o roboty budowlane nr (...) z 6 grudnia 2011 roku, w którym z kolei postanowiono, iż przedstawicielem wykonawcy na budowie będzie kierownik budowy T. R..

W związku z zawarciem w dniu 26 kwietnia 2012 roku powyższego aneksu do umowy o roboty budowlane nr (...) z 6 grudnia 2011 roku objętej gwarancją ubezpieczeniową, w dniu 6 czerwca 2012 roku został również zawarty pomiędzy Towarzystwem (...) z siedzibą w W. a Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., reprezentowanym przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. aneks nr (...) do gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...), na mocy którego dokonano zmiany okresu ważności gwarancji wskazując, że gwarancja obowiązuje od 6 grudnia 2011 roku do 9 września 2013 roku i tylko wezwanie otrzymane przez ww. Towarzystwo w tym terminie będzie powodowało obowiązek zapłaty z gwarancji.

W trakcie realizacji inwestycji „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. korzystało częściowo z usług podwykonawców. Własnych pracowników, którzy pracowali na budowie ww. Konsorcjum zatrudniało 5-6. Reszta pracowników była natomiast pracownikami firm podwykonawczych. Przy pracach tynkarskich pracowało średnio 15 – 18 tynkarzy. Początkowo prace tynkarskie wykonywała jedna ekipa tynkarska, a później trzy. Przy robotach posadzkarskich pracowało pięciu pracowników. Po zakończeniu prac tynkarskich na budowę weszła grupa wykonująca posadzki, która prace na powierzchni 800 m² wykonała w około dwa tygodnie. Prace związane ze szpachlowaniem ścian wykonywali natomiast pracownicy zatrudniani przez ww. Konsorcjum. Część z firm podwykonawczych została zgłoszona przez ww. Konsorcjum Gminie Miasto S., w tym firma (...) jako wykonawca robót związanych z dostawą i montażem stolarki okiennej i drzwiowej z profili PCV i aluminium oraz (...) Sp. z o.o. jako wykonawca robót związanych z dostawą i montażem fasady wentylowanej. Obie firmy zostały zaakceptowane przez inwestora o czym zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) poinformowała Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. pismami z 23 lipca 2012 roku oraz z 21 września 2012 roku wskazując, że przedstawione umowy z tymi firmami spełniają warunki określone w umowie o roboty budowlane nr (...) z 6 grudnia 2011 roku.

Wykonawca, tj. ww. Konsorcjum zwrócił się także do inwestora o akceptację Zakładu (...) L. G. jako wykonawcy elewacji klinkierowej z cegły (...) z izolacją z wełny mineralnej o grubości 12 cm na stelażu systemowym, wskazując że prace te objęte są zakresem ww. umowy o roboty budowlane.

Początkowo prace związane z budową nowego skrzydła (...) przy ulicy (...) w S. przebiegały bez opóźnień. A. G., która jako przedstawiciel zamawiającego – koordynator często była na budowie, nie miała zastrzeżeń w tym zakresie.

Co tydzień na budowie odbywały się narady i spotkania, na których omawiano bieżące kwestie związane z realizacją prac budowlanych. Wśród nich brali udział także przedstawiciele inwestora, w tym w części z nich K. B. (1). Początkowo brali w nich udział również wspólnicy Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S.. Ponadto, wykonawca miał też możliwość stałego korzystania z pomocy nadzoru autorskiego, który zapewnił inwestor. Gdy pojawiał się jakiś problem, nadzór autorski określał termin jego rozwiązania, który zwykle wynosił od dwóch dni do dwóch tygodni i w tym czasie problem ten był rozwiązywany. Nie było takich problemów zgłaszanych nadzorowi autorskiemu, które wstrzymywałyby całą budowę. Zmiany które były wprowadzane w dokumentacji nie były zmianami, które generowałyby potrzebę uzyskania dokumentacji zamiennnej. Były to zmiany stosunkowo niewielkie, które nie powodowały również uzyskania nowego pozwolenia na budowę.

W starym budynku (...) przy ulicy (...) w S. znajdował się węzeł instalacji ciepłej zasilający instalację centralnego ogrzewania. Do węzła tego miała zostać również podłączona instalacja centralnego ogrzewania w nowo wybudowanym skrzydle żłobka, po dokonaniu uprzedniej modernizacji tego węzła, zgodnie z projektem dostarczonym wykonawcy przy zawarciu umowy o roboty budowlane. Modernizacja węzła ciepłego miała się wiązać ze zwiększeniem jego mocy. Od samego początku realizacji ww. inwestycji obie strony, tj. Gmina Miasto S. jako inwestor oraz ww. Konsorcjum jako główny wykonawca wiedzieli i mieli świadomość tego, że w okresie letnim, tj. w lipcu i sierpniu 2012 roku będzie przerwa wakacyjna w funkcjonowaniu żłobka oraz że właśnie w tym okresie powinna zostać dokonana modernizacja węzła ciepłowniczego i następnie podłączenie do tego węzła instalacji centralnego ogrzewania w nowym skrzydle żłobka. Wiedzieli również, że po przerwie wakacyjnej będzie to niemożliwe. Pomimo tego wykonawca nie dokonał jednakże modernizacji węzła ciepłowniczego i nie podłączył do niego instalacji centralnego ogrzewania w okresie przerwy wakacyjnej.

Stan surowy nowo budowanego skrzydła (...) przy ulicy (...) w S. został ukończony w czerwcu 2012 roku. Zgodnie z wpisami w dzienniku budowy, w dniu 3 lipca 2012 roku rozpoczęto roboty instalacji sanitarnej wewnętrznej, w dniu 21 lipca 2012 roku potwierdzono ułożenie rur centralnego ogrzewania i wody łączących starą część żłobka z nową. W sierpniu 2012 roku zakończony został montaż instalacji pod posadzkowych wody zimnej, ciepłej oraz centralnego ogrzewania. Próby ciśnieniowe instalacji zakończyły się wynikiem pozytywnym. W dniu 31 sierpnia 2012 roku dokonany został natomiast wpis, iż projektant branży elektrycznej uzupełni niezwłocznie dokumentację o projekt instalacji elektrycznych ogólnych i technologicznych wraz z zasilaniem i pomiarem węzła ciepłego.

Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. nie realizowało terminowo płatności na rzecz podwykonawców. Pomimo trudności finansowych Konsorcjum, podwykonawca wykonujący instalację centralnego ogrzewania, wyłożył środki pieniężne jakimi dysponowała jego firma na zakup grzejników do nowo wybudowanego skrzydła ww. Żłobka, które następnie zostały również przez niego zamontowane i podłączone do sieci centralnego ogrzewania. Instalacja centralnego ogrzewania została wykonana w stopniu umożliwiającym podłączenie jej do węzła ciepłego. Wyżej wskazane Konsorcjum nie dokonało jednakże zwrotu podwykonawcy kosztu zakupu grzejników w umówionym terminie, co stało się przyczyną sporu pomiędzy tymi podmiotami. Nieterminowa realizacja płatności na rzecz innych podwykonawców spowodowała, że w późniejszym okresie część z nich przerwała prace i nie dokończyła ich. Z względu na brak zapłaty w terminie należnego wynagrodzenia z pracy w Przedsiębiorstwie budowlano – Usługowym (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zrezygnował również kierownik robót T. S.. O zaleganiu przez ww. Konsorcjum w płatnościach na rzecz podwykonawców K. B. (1) dowiedziała się na organizowanych co tydzień spotkaniach, na których były omawiane kwestie związane z realizacją budowy nowego skrzydła (...) przy ulicy (...) w S.. Na spotkania te z czasem przestali stawiać się wspólnicy Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S.. Zaczęli natomiast pojawiać się podwykonawcy, którzy informowali o tym, iż nie otrzymali należnego wynagrodzenia.

Zgodnie z projektem w dachu nowo wybudowanego skrzydła (...) przy ulicy (...) w S. miały zostać zamontowane okna połaciowe. Ostatecznie jednak, po uzgodnieniach z przedstawicielami inwestora zdecydowano jednak, że zamiast okien połaciowych zostaną zamontowane świetliki. W dniu 9 lipca 2012 roku w dzienniku budowy został dokonany wpis o dopuszczeniu zamiany okien połaciowych w dachu na świetliki stałe nieotwierane o tych samych właściwościach termicznych.

Ze względów technologicznych wykonawca doszedł również do przekonania, że przyjęta w dokumentacji projektowej konstrukcja poszycia dachu i sposób jego wykonania są nieprawidłowe, nierealistyczne. W związku z tym po uzgodnieniach w przedstawicielami inwestora podjęto decyzję o zastosowaniu innej technologii i innej konstrukcji wykonania poszycia dachu. W dniu 29 sierpnia 2012 roku odnotowano w dzienniku budowy odbiór pokrycia dachu papą podkładową części G-M, natomiast w dniu 10 września 2012 roku odbiór pokrycia dachu części G-M papą nawierzchniową.

Konieczna okazała się również wymiana dostarczonego z W. materiału na elewację, który okazał się materiałem o nieprawidłowej barwie. Ostatecznie zamówiono materiał innego producenta, który był materiałem tańszym. Był to materiał o porównywalnych parametrach do tego który pierwotnie przewidywał projekt.

Ponadto, konieczne okazało się złożenie zamówienia na wykonanie stolarki okiennej oraz drzwiowej zewnętrznej o innych wymiarach aniżeli przewidzianych w projekcie, gdyż do takiej stolarki nie było okuć i żaden producent nie chciał się podjąć jej wykonania. Zamówienie i oczekiwanie na wykonanie stolarki o innych wymiarach aniżeli przewidziane w projekcie spowodowało opóźnienie w pracach tynkarskich. Zamówienie zostało złożono dopiero po wykonaniu stanu surowego budynku. Rozpoczęto najpierw prace tynkarskie na tych ścianach, które nie przylegały do otworów drzwiowych. Dopiero po dostarczeniu i zamontowaniu stolarki drzwiowej położono tynki również na ścianach z otworami drzwiowymi.

W trakcie wykonywania prac okazało się także, że przewidziane w projekcie nadproże o długości prawie 27 metrów z przywieszoną do niego elewacją klinkierową może ulec wykręceniu i może wypaść. W związku z tym podjęta została decyzja o jego poprawieniu i dobrojeniu, co w praktyce zostało wykonane.

Nowo wybudowany budynek (...) przy ulicy (...) w S. zgodnie z dokumentacją projektową nie był wyposażony w wentylację grawitacyjną. Miała natomiast zostać zastosowana wentylacja mechaniczna za pomocą wentylatorów dachowych. W trakcie realizacji prac okazało się jednakże, że brak jest dokumentacji elektrycznej, która umożliwiłaby zasilenie tychże wentylatorów. W dniu 12 września 2012 roku został dokonany wpis do dziennika budowy o poinformowaniu zamawiającego o braku w dokumentacji elektrycznej zasileniu silników wentylatorów dachowych (sztuk 9), co uniemożliwia wentylowanie nowej części żłobka. Brakująca dokumentacja projektowa została uzupełniona dość szybko. Jej brak nie wstrzymał, ani nie uniemożliwił innych prac budowlanych, w tym innych prac instalacyjnych wewnątrz budynku. Pierwszy uzupełniający rysunek dotyczący zasilania wentylatorów dachowych projektant przesłał drogą mailową do kierownictwa budowy w dniu 18 września 2012 roku, natomiast pozostałe rysunki, po dokonaniu drobnych poprawek, zostały przekazane również drogą mailową w dniach 1 i 8 października 2012 roku. W dniu 19 września 2012 roku został natomiast odnotowany natomiast, że przekazany schemat zasilenia wentylatorów dachowych nie pokazuje w jakiej części rozdzielni głównej mają być usytuowane nowe elementy oraz gdzie są zlokalizowane (na jakiej ścianie) regulatory obrotów silników wentylatorów.

W trakcie wykonywania prac okazało się również, że dokumentacja projektowa zawiera jeszcze jeden błąd, albowiem przewiduje umieszczenie pompy z wodą na dachu, co z oczywistych względów nie mogło zostać zaakceptowane, gdyż w okresie zimowym doszłoby do zamarznięcia wody. Stąd też konieczne okazała się także zmiana dokumentacji projektowej w tym zakresie i umieszczenie pompy z wodą pod dachem.

Dopiero na początku września 2012 roku wykonawca przystąpił do prac związanych z modernizacją węzła cieplnego znajdującego się w starym budynku (...) przy ulicy (...) w S. i podłączenia do tego węzła instalacji centralnego ogrzewania w nowym skrzydle żłobka. Zgodnie z treścią notatki z 3 września 2012 roku sporządzonej ze spotkania

na budowie w sprawie węzła ciepłego wykonawca, tj. Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. po otrzymaniu aktualnej dokumentacji dotyczącej węzła ciepłego w ciągu siedmiu dni przedstawi harmonogram prac w węźle ciepłym. Wymieni również zamek w drzwiach do węzła i dostarczy dwa klucze do dyspozycji (...). W dniu 5 września 2012 roku został natomiast sporządzony protokół, w którym stwierdza się, że w związku z prowadzoną inwestycją „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” wykonawca robót dokonał wymiany zamka w drzwiach do pomieszczenia węzła ciepłego oraz że przekazuje dwa klucze do nowego zamka, natomiast jeden klucz pozostaje do dyspozycji wykonawcy robót.

We wrześniu 2012 roku nie istniała już możliwość wykonania modernizacji węzła ciepłego i podłączenia instalacji centralnego ogrzewania w nowym skrzydle budynku (...) przy ulicy (...) w S. do węzła ciepłego znajdującego się w starym budynku tego Żłobka. W związku z powyższym podjęto decyzję o zastosowaniu tymczasowego podłączenia, które nie było połączone z wcześniejszą modernizacją węzła ciepłego. W dniu 24 września 2012 roku projektant P. C. przesłał e-mailem do T. S. schemat tymczasowego podłączenia instalacji centralnego ogrzewania w nowo wybudowanym budynku Żłobka do istniejącego węzła ciepłego. W piśmie z 18 października 2012 roku skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. wykonawca tj. ww. Konsorcjum nie miał zastrzeżeń co do sposobu wykonania takiego podłączenia. Stwierdził natomiast, że w związku z planowanym wykonaniem tymczasowego (według schematu – projekty dostarczonego przez biuro projektowe) zasilenia w ciepło nowego budynku Żłobka z istniejącego węzła ciepłego w starym budynku wnioskuje o pokrycie dodatkowych kosztów, które poniesie podczas tychże prac. Wskazał, że wyższe koszty wynikają z planowanego czasu wykonywania prac tj. od 1 do 4 listopada 2012 roku. Ciepło w nowym budynku jest natomiast niezbędne dla sprawdzenia wykonanej instalacji centralnego ogrzewania i instalacji wentylacji mechanicznej (przeprowadzenie prób technicznych). Zaznaczył również, że wykonanie nowego węzła w piwnicy starego obiektu jest niemożliwe w obecnym stanie technicznym pomieszczeń starego budynku – nie można zlikwidować przechodzących przez pomieszczenie węzła czynnych pionów kanalizacyjnych oraz wodnych, brak jest sprawnej instalacji wentylacyjnej.

Do wykonywania tynków wewnętrznych wykonawca przystąpił w pierwszej połowie września 2012 roku. W dniu 7 września 2012 roku w dzienniku budowy został odnotowany wpis, iż trwa wykonywanie tynków wewnętrznych. Zgodnie z kolejnymi wpisami w dzienniku budowy, prace tynkarskie zakończono natomiast w dniu 29 września 2012 roku. Prace tynkarskie rozpoczęto zatem i zakończono jeszcze przed tymczasowym podłączeniem instalacji centralnego ogrzewania w nowym skrzydle Żłobka do węzła ciepłego. Brak ogrzewania spowodował, że nie było możliwe położenie zgodnie z projektem tynków gipsowych na wszystkich powierzchniach, a to ze względu na dłuższy czas ich wysychania, aniżeli tynków „tradycyjnych”. W związku z powyższym na części powierzchni wykonano tynki cementowo – wapienne. W późniejszym okresie jesienno – zimowym brak stałego centralnego ogrzewania powodował, że w pomieszczeniach nowego skrzydła (...) przy ulicy (...) w S. panowało duże zawilgocenie, które w powiązaniu z niskimi temperaturami uniemożliwiało prowadzenie prac wykończeniowych. Stosowane inne sposoby ogrzania pomieszczeń wewnątrz budynku nie przynosiły pożądanych rezultatów. W dniu 21 listopada 2012 roku odnotowano w dzienniku budowy, iż brak jest możliwości wykonywania robót wykończeniowych ze względu na zbyt dużą wilgotność.

Pismem z dnia 5 września 2012 roku skierowanym do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) poinformowała, że wystąpiła konieczność podpisania nowej umowy ze (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością na dostawę energii cieplnej do budynku Żłobka i w związku z tym prosi o podanie terminu, w którym nastąpi odłączenie istniejącego węzła ciepłego będącego własnością (...).

W okresie od 30 lipca 2012 roku do 10 sierpnia 2012 roku A. G., która wykonywała czynności inspektora nadzoru z ramienia inwestora na budowie nowego skrzydła (...) przy ulicy (...) w S., była na urlopie. W tym czasie zastępował ją T. S.. Po powrocie z urlopu A. G. stwierdziła, iż postęp prac jaki został dokonany podczas jej nieobecności jest niewielki, a także znaczne spowolnienie tempa prac.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2012 roku skierowanym do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) poinformowała, że zamawiający z niepokojem stwierdza wyraźne spowolnienie robót budowlanych w stosunku do obowiązującego harmonogramu. Wskazała, że zgodnie z harmonogramem na koniec miesiąca sierpnia 2012 roku powinny zostać wykonane roboty tynkarskie oraz ułożone warstwy izolacyjne posadzek. Wobec powyższego zwraca się z prośbą o pisemne wyjaśnienie powodów powstałych opóźnień oraz sporządzenie aktualnego harmonogramu robót z uwzględnieniem umownego terminu zakończenia robót.

W odpowiedzi Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. w piśmie z dnia 4 września 2012 roku wskazało, że powstałe opóźnienia w robotach tynkarskich i w robotach związanych z ułożeniem warstw izolacyjnych posadzek wynikły z niezaplanowanych robót dodatkowych na dachu, tj.: - wykonania konstrukcji drewnianych wsporczych pod 12 sztuk świetlików dachowych, - konieczności wykonania konstrukcji drewnianej na krawędzi dachów jednospadowych niezbędnych do zamocowania blacharki i rynien, - wykonania/zabezpieczenia przejść instalacyjnych dachu (ponad 30 szt. zgrupowanych na powierzchni 490 m² dachu), - przedłużającego się przeprojektowania i przedłużających się uzgodnień dotyczących stolarki okiennej zewnętrznej i wewnętrznej (niemożliwe do wykonania z powodu zbyt dużych wymiarów skrzydeł okiennych).

W toku dalszej wymiany korespondencji dyrektor Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. P. S. (3) skierował pismo do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. z 23 października 2012 roku w którym w imieniu zamawiającego stwierdził, że wykonawca opóźnia się w realizacji robót budowlanych w stosunku do harmonogramu tak dalece, że nie gwarantuje terminowego ich zakończenia, tj. I etapu do 10 listopada 2012 roku. Wobec powyższego prosi o pisemne wyjaśnienie powodów powstałych opóźnień oraz sporządzenie programu naprawczego, z którego wynikać będzie, że zadanie zostanie ukończone w terminie umownym. Zaznaczył, że dokumenty należy przesłać do 29 października 2012 roku. Poinformował także, że inwestycja otrzymała dofinansowanie z programu rozwoju instytucji opieki nad dziećmi w wieku do lat 3 „Maluch”, środki muszą zostać wykorzystane i rozliczone w 2012 roku. Nieuzasadnione przekroczenie umownego terminu zakończenia robót skutkuje cofnięciem dofinansowania.

W piśmie z 7 listopada 2012 roku skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. działając w imieniu ww. Konsorcjum wskazała z kolei, że opóźnienia w realizacji robót budowlanych nastąpiły z powodu: - robót dodatkowych przy wykonywaniu fundamentów (piwnica, nie ujęte w dokumentacji), - nieścisłości w dokumentacji dotyczących elewacji, stolarki okiennej, stolarki drzwiowej, zasilania wentylatorów, - braku dokumentacji w branży elektrycznej (węzeł cieplny), - braku właściwego rozwiązania w dokumentacji zasilania w ciepło centrali wentylacyjnej, - wydłużenia realizacji dachu z powodu nie ujętych w dokumentacji konstrukcji drewnianych pod opierzenia, rynny oraz mocowania świetlików dachowych, - konieczności wykonania droższych o 15% tynków cementowo – wapiennych, bardziej pracochłonnych, - wymiany z winy dostawcy dostarczonego z W. na elewację materiału o nieprawidłowej barwie.

W związku z upływem umownego terminu realizacji I etapu inwestycji „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” oraz w związku z brakiem ukończenia robót budowlanych wchodzących w zakres tego etapu rozbudowy zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) zwróciła się w piśmie z 22 listopada 2012 roku do Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. o udzielną odpowiedź, czy wykonawca podejmuje się dalszej kontynuacji robót i kiedy planuje zakończenie I – ego etapu, a jeżeli tak to kiedy zakończy roboty.

Pismem z tej samej daty skierowanym do Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) poinformowała, że w związku z upływem umownego terminu realizacji I etapu rozbudowy i modernizacji (...) przy ulicy (...) w S., pisma wykonawcy dotyczące: - akceptacji aneksu do umowy z podwykonawcą, - oświadczenia firmy podwykonawczej (...) oraz – kosztorysu na roboty związane z zasilaniem elektrycznym wentylatorów dachowych, nie będą rozpatrywane

przez zamawiającego do czasu wyjaśnienia dalszej realizacji opóźnionych robót budowlanych w zakresie I – ego etapu rozbudowy, określonego w umowie nr (...).

Pismem z dnia 26 listopada 2012 roku podwykonawca spółka (...) Sp. z o.o. poinformowała Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., a także Wydział Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S., że nie przekazano im placu budowy dolnego poziomu elewacji co uniemożliwia zakończenie robót oraz że z powodu braku możliwości prowadzenia dalszych robót warsztatowych (przycięcia płyt HPL na odpowiedni wymiar) i montażowych wstrzymuje roboty aż do wyjaśnienia.

Pismem z dnia 28 listopada 2012 roku Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. działając w imieniu ww. Konsorcjum poinformowało Wydział Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S., że Konsorcjum kontynuuje realizację zadania inwestycyjnego „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” oraz że termin realizacji I etapu będzie wykonany zgodnie z załączonym harmonogramem.

Do pisma tego został załączony harmonogram zakończenia I etapu realizacji ww. inwestycji, z którego wynika, że pozostały jeszcze do wykonania prace związane z takimi elementami zakończenia budowy nowego skrzydła ww. Żłobka, jak: elewacja, sufity, malowanie, posadzki PCW/terakota, węzeł I podetap, regulacja wentylacji, instalacje elektryczne, instalacje c.o. i wodnokanalizacyjne, drzwi/zabudowy, technologia kuchni, wyposażenie, zagospodarowanie terenu. Konsorcjum przewidywało dokonanie odbioru prac oraz uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w okresie od połowy lutego 2012 roku do połowy marca 2013 roku.

W dniu 30 listopada 2012 roku na polecenie inwestora zostały wstrzymane prace na budowie nowego skrzydła (...) przy ulicy (...) w S.. Tego dnia inspektor nadzoru A. G. dokonała wpisu w dzienniku budowy, że należy wstrzymać wykonywanie wszelkich prac na budowie do czasu wyjaśnienia zaistniałej sytuacji związanej ze znacznym opóźnieniem wykonawcy w stosunku do harmonogramu. Następnie, w dniu 5 grudnia 2012 roku został dokonany wpis, że Gmina Miasto S. wyraża zgodę na kontynuowanie robót oraz że należy wznowić roboty z dniem 6 grudnia 2012 roku.

W piśmie z dnia 12 grudnia 2012 roku skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. wskazało, że wpisy dokonane do dziennika budowy, pierwszy z 30 listopada 2012 roku nakazujący wstrzymanie wykonywania jakichkolwiek prac i drugi z 5 grudnia 2012 roku wyrażający zgodę na kontynuowanie robót spowodowały dezorganizację powiązań partnerskich z dostawcami i kooperantami, wręcz zerwanie niektórych wstępnych umów nie wspominając o współpracujących firmach wykonawczych i dezorganizację własnych zasobów ludzkich

Pismem z dnia 13 grudnia 2012 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) poinformowała Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S., że za okres wstrzymania prac przez zamawiającego w dniach od 30 listopada 2012 roku do 5 grudnia 2012 roku nie będą naliczane kary umowne.

Pismem z tej samej daty zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) wezwała Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. w imieniu zamawiającego do kontynuacji prac zgodnie z deklaracją i harmonogramem złożonym wraz z pismem z 28 listopada 2012 roku stwierdzając jednocześnie, że pomimo polecenia wznowienia robót (wpis zamawiającego do dziennika budowy z 5 grudnia 2012 roku) wykonawca nie przystąpił do prac na budowie.

Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. zwróciło się pismem z 14 grudnia 2012 roku do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. o przedstawienie w formie pisemnej prawnych aspektów dokonanego w dniu 30 listopada 2012 roku przerwania prac, a także o przekazanie w formie pisemnej sposobu naliczania kar z bieżących składanych faktur oraz interpretacji prawnej sytuacji w której znalazł się wykonawca z oceną winy wykonawcy według interpretacji zamawiającego za opóźnienia w oparciu o przyjęty i akceptowany harmonogram.

Pismem z tej samej daty skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. działając w imieniu ww. Konsorcjum poinformowało, że brak jest obecnie możliwości kontynuowania przerwanych prac zgodnie z deklaracją i harmonogramem złożonym wraz z pismem z 28 listopada 2012 roku. Wskazało również, że z uwagi na występujące obecnie niekorzystne warunki atmosferyczne bez uruchomienia wentylacji oraz ogrzewania w nowym skrzydle żłobka brak jest możliwości rozpoczęcia robót. Wilgotność i temperatura wewnątrz budynku ze względów technologicznych uniemożliwiają wykonywanie robót wykończeniowych, prac które zostały do wykonania. Dokonane zostanie podłączenie instalacji centralnego ogrzewania do węzła zgodnie z przedłożonym szkicem z 7 grudnia 2012 roku, jednak na pełne ryzyko zamawiającego. Wtórnią sprawą pozostanie rozliczenie wykonanych prac kosztorysem powykonawczym. W dalszym ciągu brak jest zasilenia elektrycznego wentylatorów, co skutkować będzie brakiem możliwości wysuszenia obiektu, a co za tym idzie uniemożliwi rozpoczęcie prac wykończeniowych.

Pismem z dnia 17 grudnia 2012 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) zwróciła się natomiast do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. o udzielenie odpowiedzi, czy deklarowane przesunięcie terminu zakończenia zakresu I etapu robót na 28 lutego 2013 roku będzie miało wpływ na zakończenie całego zadania, a jeżeli tak to kiedy wykonawca planuje zakończyć całość przedmiotu umowy (I i II etap).

W piśmie z tej samej daty skierowanym do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. dyrektor Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. P. S. (3) wskazał, że zamawiający nie uznaje, jakoby swoim działaniem spowodował dezorganizację robót na budowie żłobka. Zamawiający mając świadomość, że wykonawca w dniu 28 listopada 2012 roku zadeklarował kontynuację robót I etapu przez okres 3,5 miesiąca po terminie przewidzianym na ukończenie, w interesie wykonawcy podjął decyzję o zasięgnięciu opinii prawnej n.y. czy dalsza realizacja umowy, przy tak poważnym obciążeniu wykonawcy karami umownymi za opóźnienie jest prawnie właściwa. Wskazał również, że z tego powodu w dniu 30 listopada 2012 roku na naradzie koordynacyjnej przedstawiciel zamawiającego dokonał wpisu w dzienniku budowy o wstrzymaniu robót do czasu wyjaśnienia powyższych wątpliwości. W dniu 5 grudnia 2012 roku zamawiający zorganizował spotkanie w Urzędzie Miasta, na którym poinformował wykonawcę, że wyraża zgodę na kontynuację robót oraz jeszcze raz podkreślił fakt, że zgodnie z zapisami umowy z każdej faktury będą potrącane kary umowne za opóźnienie robót. Ponadto, w dniu 5 grudnia 2012 roku przedstawiciel zamawiającego o godzinie 14.30 dokonał wpisu do dziennika budowy wzywając do wznowienia robót z dniem 6 grudnia 2012 roku. Okres wstrzymania robót przez zamawiającego wynosił raptem 3 dni robocze. Zdaniem dyrektora ww. Wydziału Urzędu Miasta S. wydaje się mało prawdopodobne, aby w tym czasie wykonawca rozwiązał wszystkie umowy z podwykonawcami, przerwał bezpowrotnie negocjacje z dostawcami, czy znacząco przegrupował swój potencjał kadrowy na inne budowy. Od kilku tygodni było widać wyraźne spowolnienie robót, a w dniu wizyty zamawiającego na budowie było obecnych trzech pracowników. Do 30 listopada 2012 roku wykonawca nie przedstawił zamawiającemu do akceptacji nowych umów z podwykonawcami. Reasumując dyrektor ww. Wydziału Urzędu Miasta S. stwierdził, że jeżeli wykonawca nadal podtrzymuje chęć kontynuowania robót, powinien wznowić prace już od 6 grudnia 2012 roku, a nie od 10 stycznia 2013 roku.

W dniu 19 grudnia 2012 roku przedstawiciele inwestora, w tym K. K. i A. G. dokonali kontroli stanu zaawansowania robót. Z czynności tej została sporządzona notatka służbowa, w której stwierdza się iż stwierdzono obecność ekipy hydraulików pracujących przy uruchomieniu instalacji centralnego ogrzewania w nowo wybudowanym budynku (...) przy ulicy (...) w S., według oświadczenia kierownika robót uruchomienie próbne instalacji nastąpi 20 grudnia 2012 roku. Pozostałe roboty w budynku nie są wykonywane.

Pismem z 12 grudnia 2012 roku Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. zwróciło się do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. z prośbą o akceptację wykonawcy przy realizacji ww. inwestycji.

W odpowiedzi zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) pismem z poinformowała, że w oparciu o art. 6471 § 2 kc nie wyraża zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą – firmą (...) Sp. z o.o. z powodu okoliczności, które występują przy realizacji umowy o roboty budowlane (...) z 6 grudnia 2011 roku wskazując, że wykonawca przekroczył termin umowy zakończenia I etapu rozbudowy ww. Żłobka oraz że wykonawca w złożonej

ofercie przetargowej nie deklarował, iż roboty związane z montażem sufitów podwieszanych zamierza powierzyć podwykonawcy.

Pismem z dnia 10 grudnia 2012 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) poleciła Przedsiębiorstwu Budowlanemu (...) Spółce jawnej w S. w celu właściwego zabezpieczenia wykonanych robót budowlanych przystąpienie do wykonania tymczasowego podłączenia nowo wybudowanego budynku ww. Żłobka do istniejącego węzła ciepłowniczego według załączonego schematu i podstawowego projektu wykonawczego. Wskazała również, że na powyższe prace zostanie udzielone zamówienie dodatkowe oraz że ofertę cenową opracowaną w oparciu o załączony przedmiar robót należy złożyć w sekretariacie Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. do 12 grudnia 2012 roku.

W odpowiedzi Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. działając w imieniu ww. Konsorcjum wskazało w piśmie z 11 grudnia 2012 roku, że schemat tymczasowego zasilenia nowego skrzydła polegający na podłączeniu do istniejących rozdzielaczy pozwoli na uruchomienie tylko centralnego ogrzewania bez możliwości wykorzystania tego połączenia przy uruchomieniu nowego skrzydła żłobka. Zdaniem tego Przedsiębiorstwa przedłożony kosztorys/przedmiar nie zawiera niezbędnych ilości rur łączących nowe skrzydło z węzłem, przekuć, przebić. Przedmiary nie zawierają kosztów związanych z odcięciem ogrzewania istniejącego żłobka, spuszczenia wody, płukania oraz ponownego napełnienia instalacji. Niezależnie od uwag dotyczących przedmiaru robót ww. Przedsiębiorstwo zgłosiło wątpliwości co do przyjętych rozwiązań technologicznych, wskazało iż brak jest lokalizacji tymczasowej trasy rurociągu spinającego węzeł z nowym skrzydłem. Istniejące rozwiązania w starym węźle uniemożliwiają prawidłowe podanie czynnika cieplnego z powodu braku ciśnienia dyspozycyjnego związanego ze zbyt słabą pompą. Wykonanie podłączenia według dostarczonego projektu grozi niewydolnością istniejącego zasilenia żłobka. Kończąc ww. Przedsiębiorstwo z uwagi na przedstawione wątpliwości zwróciło się o przeanalizowanie poprawności rozwiązania, opracowanie i przedłożenie właściwych przedmiarów.

W piśmie z dnia 12 grudnia 2012 roku skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. wskazało, że brak jest możliwości podłączenia nowo wykonywanego skrzydła żłobka w celu dostarczenia ciepła docelowego potrzebnego na tym etapie do celów technologicznych z powodu błędnego i niekompletnego rozwiązania, nie wspominając o braku zasilenia elektrycznego współpracującej z ogrzewaniem wentylacji spowodował we wcześniejszym okresie październik – listopad 2012 roku wstrzymanie robót wykończeniowych a obecnie uniemożliwia rozpoczęcie i prowadzenie jakichkolwiek prac. Wskazało także, że rozwiązanie tymczasowe odmienne od rozwiązania docelowego dostarczone 7 grudnia 2012 roku również posiada mankamenty wymagające załatwienia spraw formalnoprawnych, co powoduje że możliwe rozpoczęcie robót musi być przesunięte w czasie i nastąpi nie wcześniej jak 9-10 stycznia 2013 roku. Z uwagi na zaistniałą sytuację okres ten należy potraktować jako przesunięcie czasowe wyłączone z biegu terminu umownego.

Gmina Miasto S. przekazała projektantowi zarzuty wykonawcy dotyczące podłączenia tymczasowego instalacji centralnego ogrzewania w nowym skrzydle (...) przy ulicy (...) w S. do węzła cieplnego, który ustosunkowując się do nich wskazał w piśmie z 14 grudnia 2012 roku, że jeżeli rysunek nazywa się „schemat podłączenia tymczasowego” to podłączenie to nie jest docelowe, tylko tymczasowe. Przedstawiony schemat podłączenia na czas budowy centralnego ogrzewania nowego skrzydła wykorzystuje docelowe prowadzenie rur zasilających (zgodnie z PW branży sanitarnej). Podłączenie ma na celu zapewnienie minimalnej temperatury technologicznej (takiej aby można było prowadzić prace wykończeniowe). W zakresie prac dodatkowych, jakie muszą być wykonane do podłączenia nie przewiduje się żadnych dodatkowych przebić, wykuć ponad te które i tak muszą być wykonane przy realizacji zakresu podstawowego. Przy podłączeniu do istniejącego rozdzielacza nie ma potrzeby spuszczenia wody z całej instalacji centralnego ogrzewania budynku.

Powyższe stanowisko projektanta zostało przesłane Przedsiębiorstwu Budowlanemu (...) Spółkę jawną w S. przez zastępcę dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) wraz z pismem z 14 grudnia 2012 roku w którym stwierdza, że biorąc pod uwagę wyjaśnienie projektanta prosi o niezwłoczne przystąpienie do wykonania instalacji zgodnie z projektem podstawowym oraz podłączenie jej do istniejących urządzeń w węźle cieplnym – zgodnie ze

schematem przesłanym przez zamawiającego w dniu 10 grudnia 2012 roku. Dodała, że na drobne dodatkowe związane z bezpośrednim podłączeniem urządzeń w węźle cieplnym, wynikające z dostarczonego schematu podłączenia tymczasowego i przedmiaru robót prosi pilnie przesłać ofertę do zamawiającego celem umożliwienia udzielenia zamówienia dodatkowego. Zamawiający oczekuje, że wykonawca przystąpi do powyższych robót najpóźniej 17 grudnia 2012 roku.

W piśmie z dnia 17 grudnia 2012 roku skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. wskazało, że zamawiający nie dostarczył zaktualizowanej wersji dokumentacji na węzeł cieplny, która umożliwiałaby dostarczenie czynnika cieplnego do nowego skrzydła żłobka. Od końca września 2012 roku brak jest możliwości wykonywania prac wykończeniowych z powodu braku ogrzewania oraz wentylacji. Termin zakończenia I etapu prac tylko z tego powodu powinien być przesunięty o okres 3,5 miesiąca, nie licząc okresu związanego z brakiem możliwości rozpoczęcia robót. W piśmie stwierdza się również, że Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. nie występowało o anektowanie terminu zakończenia umowy a o liczenie terminu realizacji od daty dostępu do placu budowy, czyli od daty możliwości rozpoczęcia robót, co nastąpiło na początku marca 2012 roku. Wystąpiły przesłanki mające istotny wpływ na przedłużenie terminu umowy sytuacji konieczności wykonania zamówienia dodatkowego. Zamawiający niewłaściwie przygotował inwestycję. Do podstawowych obowiązków zamawiającego należało przekazanie terenu budowy w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy, co nastąpiło dopiero po wykonaniu robót związanych z rozbiórka loggii, wykonaniu wjazdu od ulicy (...). Zamawiający otrzymał pozwolenie na budowę przy starym istniejącym wjeździe, którego wykorzystanie do celów budowlanych było i jest niemożliwe. W związku z powyższym ww. Przedsiębiorstwo przystąpiło do przesunięcia terminu zakończenia I etapu prac i terminu zakończenia całości umowy, wskazując przy tym że to zamawiający nie wykonuje swoich podstawowych obowiązków oraz uniemożliwia wykonawcy od samego początku wykonywanie robót. Zamawiający nie ma podstaw prawnych ani faktycznych do naliczania kar umownych. W związku z tym że zamawiający nie wykonuje swoich obowiązków umownych, wykonawca poniósł zaś dodatkowe koszty.

W dniu 20 grudnia 2012 roku na zlecenie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) bis" (...) Spółki jawnej w S. podwykonawca T. B. dokonał tymczasowego podłączenia instalacji centralnego ogrzewania w nowym skrzydle (...) przy ulicy (...) w S. do węzła cieplnego w starym budynku. Podczas dokonywania podłączenia T. B. nie została dostarczona żadna dokumentacja projektowa. Tego dnia w dzienniku budowy odnotowano, że zakończono/wykonano zasilenie/połączenie nowego skrzydła żłobka do instalacji grzewczej w starym żłobku, zgodnie ze szkicem dostarczonym przez biuro projektowe. W dniu 21 grudnia 2012 roku dokonano natomiast wpisu w dzienniku budowy, że po napełnieniu instalacji centralnego ogrzewania nowego skrzydła czynnikiem grzewczym stwierdzono, iż istniejąca pompa w węźle cieplnym jest zbyt słaba, aby możliwe było ogrzanie nowego skrzydła żłobka nawet w minimalnym stopniu. Podjęto decyzję o odwodnieniu $\frac{3}{4}$ instalacji centralnego ogrzewania nowego skrzydła, aby zapobiec ewentualnemu zamarznięciu czynnika grzewczego w grzejnikach i rozerwaniu ich. Czynna będzie tylko $\frac{1}{4}$ grzejników w nowym skrzydle. W dniu 4 stycznia 2013 roku w dzienniku budowy odnotowano z kolei, że przerwano ogrzewanie nowego skrzydła budynku i spuszczone wodę z instalacji centralnego ogrzewania z powodu obniżenia się temperatury w pomieszczeniach starego żłobka. Przyczyną jest zbyt mała wydajność pompy w węźle cieplnym.

Ponieważ wydajność węzła cieplnego w starym budynku (...) przy ulicy (...) w S. była za mała, aby dostarczyć ciepło w wystarczającej ilości do ogrzania nowego i starego skrzydła budynku, L. S. jako podwykonawca Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zastosował jeszcze trzy pompy w nowym skrzydle Żłobka, aby zwiększyć zasilanie. Było to jednakże również rozwiązanie tymczasowe.

W kolejnym piśmie skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. z 27 grudnia 2012 roku Przedsiębiorstwo (...) Spółka jawna w S. wskazało, że jeżeli nowa część żłobka miała być oddana w listopadzie 2012 roku to przed tym terminem winno być uruchomione docelowe podłączenie węzła cieplnego z nowym skrzydłem żłobka, co nie zostało uczynione z powodu braków formalnoprawnych, braku zaktualizowanej dokumentacji, braku dokumentacji zasilania elektrycznego węzła, braku dokumentacji automatyki węzła, braku zasilania wentylatorów dachowych. Błędna była koncepcja podziału prac na etapy, która nie pozwalała na wykonanie tychże robót bez szeregu prac budowlanych przypisanych do etapu II. Przedsiębiorstwo zarzuciło również dezorganizowanie prac poprzez

informowanie jego oferentów o ich odrzuceniu jako potencjalnych współpracowników, natomiast tych już zgłoszonych o braku możliwości rozliczenia z powodu braku możliwości naliczenia kar umownych. Wskazało, że 21 grudnia 2012 roku po podłączeniu nowego skrzydła do węzła cieplnego według schematu dostarczonego przez zamawiającego potwierdziły się obawy o niewydolności i niesprawności tego rozwiązania. Czynniki cieplny nie dochodził do połowy obiektu, nie zapewniając w dużej części minimalnej cyrkulacji. W celu uniemożliwienia powstania strat, które mogłyby wyniknąć w wyniku zamarznięcia części instalacji wyłączono zostało martwe skrzydło i spuszczone woda. Przesunięcie czasowe w początkowej fazie realizacji umowy z winy zamawiającego doprowadziło do przesunięcia robót wykończeniowych w okres jesieni, co pociągnęło za sobą określone konsekwencje. Brak wentylacji i ogrzewania uniemożliwił kontynuowanie robót wykończeniowych w tym okresie z powodów wcześniej przedstawionych. Postawa zamawiającego uniemożliwiała prowadzenie robót przez wykonawcę. Następowala dezorganizacja robót poprzez nieakceptowanie podwykonawców oraz powiadamianie ich o braku możliwości rozliczeń.

Gmina Miasto S. naliczyła Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. w związku z opóźnieniem w wykonywaniu robót budowlanych, na podstawie § 15 ust. 1 pkt. 1 umowy o roboty budowlane nr (...) z 6 grudnia 2011 roku, kary umowne w wysokości 575.640,00 złotych. W związku z tym wystawiona została nota księgową nr (...) z 4 stycznia 2013 roku, w której jako kwota obciążenia wskazana została kwota 575.640,00 złotych. W nocie księgowej podano również, iż ww. Konsorcjum zostało obciążone karami umownymi w związku z pozostawieniem 45 dni w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy, tj. od dnia 11 listopada 2012 roku do 31 grudnia 2012 roku. O fakcie obciążenia powyższą karą umowną i wystawienia noty księgowej nr (...) z 4 stycznia 2013 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich UM S. K. B. (1) poinformowała Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. pismem z dnia 4 stycznia 2013 roku.

W dniu 7 stycznia 2013 roku A. G. w imieniu inwestora dokonała kontroli stanu zaawansowania robót na budowie nowe skrzydła (...) przy ulicy (...) w S.. Z czynności tej sporządzona została przez A. G. notatka służbowa, w której stwierdza się, że na budowie stwierdzono obecność tylko kierownika robót T. S., generalny wykonawca nie wykonuje żadnych prac budowlanych ani na zewnątrz, ani wewnątrz budynku, budynek nie jest ogrzewany. Zaznaczyła również, że możliwe jest prowadzenie robót budowlanych wewnątrz budynku pod warunkiem uruchomienia ogrzewania przez generalnego wykonawcę, tj. uruchomienie instalacji centralnego ogrzewania z węzła cieplnego lub dostarczenie ciepła z nagrzewnic elektrycznych. Możliwe jest również kontynuowanie robót elewacyjnych (układanie paneli z płyt HPL), wykonywanie tarasów zewnętrznych oraz elementów zagospodarowania terenu (temperatury zewnętrzne pozwalają na wykonywanie tych robót zewnętrznych). W dniu 7 stycznia 2013 roku został również dokonany wpis w dzienniku budowy, że z uwagi na bardzo niską wilgotność w pomieszczeniach nowo budowanej części Żłobka spowodowana brakiem ogrzewania nie można prowadzić żadnych prac wykończeniowych.

W dniu 11 stycznia 2013 roku do Urzędu Miasta S. wpłynęło pismo Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. z tej samej daty, które działając w imieniu Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. złożyło oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane z 6 grudnia 2011 roku, wskazując na: - brak możliwości realizacji robót objętych umową, - nie akceptowanie podwykonawców, a wcześniej wysyłanie do nich sygnałów z negatywnymi przekazami, co zniechęciło ich do współpracy i wykonywania robót, - nieprzekazanie całego terenu objętego pozwoleniem na budowę i uniemożliwienie tym samym dojazdu i dostępu do okrojonego placu budowy, co spowodowało z kolei przesunięcie rozpoczęcia robót o kilka miesięcy, - opieszałość czy wręcz brak decyzyjności, - ignorowanie i bagatelizowanie wnoszonych uwag na temat niekompletności i niedoskonałości dokumentacji, - wielodniowe, czy wielotygodniowe oczekiwania na proste ustalenia czy uregulowania, co spowodowało brak możliwości deklarowanego nadrobienia opóźnień powstałych w początkowej fazie z winy zamawiającego i doprowadziło do konieczności przeprowadzenia robót w niekorzystnych okresach, a w szczególności robót wykończeniowych w okresie jesienno – zimowym bez zapewnienia możliwości ogrzewania c.o., - brak odpowiedniej ilości czynnika cieplnego. W ww. piśmie stwierdza się również, że zamawiający mimo zwracanych

uwag nie zbilansował mocy cieplnej istniejącego starego wymiennika typu JAD, a brak kompleksowego rozwiązania projektowego zaistniałego problemu uniemożliwia wykonywanie robót narażając wykonawcę na bardzo duże straty.

Następnie, pismem z dnia 14 stycznia 2013 roku oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane nr (...) z 6 grudnia 2011 roku złożył w imieniu Gminy Miasto S. zastępca Prezydenta Miasta S. B. J. wskazując że odstępuje od umowy ze względu na zaistnienie okoliczności o których mowa w art. 635 k.c. w związku z faktem, że wykonawca opóźnia się tak dalece w wykonaniu przedmiotu umowy, że nie jest prawdopodobne, był zdolną je ukończyć w terminie umownym. Dodał również, że odbiór częściowy wykonanych robót i ich rozliczenie nastąpi pod warunkiem kompletnego zakończenia dotychczas rozpoczętych prac oraz że zgodnie z § 15 ust. 1 pkt. 3 ww. umowy zostaną naliczone kary umowne za odstąpienie z winy wykonawcy w wysokości 10% kwoty wynagrodzenia brutto, co zostanie potwierdzone stosowną notą księgową.

Pismem z dnia 21 stycznia 2013 roku skierowanym do Towarzystwa (...) w W. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. poinformowało, że umowa objęta gwarancją została przez nie wypowiedziana w dniu 11 stycznia 2013 roku, a następnie w dniu 14 stycznia 2013 roku została rozwiązana przez zamawiającego. Cały przebieg realizacji przedsięwzięcia był bardzo trudny, wielokrotnie sygnalizowali konieczność wprowadzenia zmian w technologii, czy też w projekcie, ponieważ ustalone wcześniej warunki zabudowy nie przystawały do stanu faktycznego. Ze strony inwestora napotkali na opór i brak chęci porozumienia się. Dodatkowym elementem komplikującym sprawę jest sytuacja prawno – finansowa ich partnera w Konsorcjum z którym podjęli się wykonania przedmiotowego kontraktu Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.. Zarząd tej spółki w dniu 17 grudnia 2012 roku złożył do Sądu wnioski o upadłość, został ustanowiony sędzia komisarz. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. wskazało również, że Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. poprzez swoją działalność doprowadziło do zadłużenia całego kontraktu, z tytułu braku płatności dla podwykonawców. W konsekwencji rozwiązania umowy objętej gwarancją zostali wezwani przez zamawiającego do zapłaty kar umownych z tytułu niewykonania kontraktu w terminie w kwocie 575.640,00 złotych. W ocenie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. konflikt znajdzie swój finał w Sądzie. Nie spełnią roszczenia zamawiającego zapłaty kary umownej, gdyż stawiłoby to ich w niekorzystnej sytuacji procesowej.

W dniu 22 stycznia 2013 roku dokonana została inwentaryzacja i odbiór końcowy wykonanych robót w ramach zadania inwestycyjnego „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.”. W sporządzonym z tych czynności pro-otokole stwierdza się, że w skład komisji wchodził: 1) K. K. – kierownika referatu Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S., 2) A. G. – inspektor robót budowlanych, 3) H. A. – inspektor robót sanitarnych, 4) J. C. (2) – inspektor robót elektrycznych, 5) P. C. – kierownik zespołu projektowego. Ze strony wykonawcy brali udział w inwentaryzacji i końcowym odbiorze następujące osoby: 1) T. R. – kierownik budowy, 2) T. S. – kierownik robót, 3) K. S. – wspólnik Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S., 2) J. S. (1) – wspólnik Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz J. M. – prezes zarządu Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., natomiast ze strony podwykonawców: 1) R. N. – (...) Sp. z o.o., 2) P. S. (4) – (...) Sp. z o.o. Inwestorowi zostały przekazane przez wykonawcę następujące dokumenty: dwa tomy dziennika budowy, dwa komplety dokumentacji powykonawczej, atesty, certyfikaty, deklaracje zgodności, świadectwa badań dla materiałów wbudowanych dla branży budowlanej. Komisja dokonała przeglądu wykonanych robót i robót w toku. Ustaliła, że wykonawca nie dostarczył następujących dokumentów: a) mapy geodezyjnej powykonawczej, b) protokołów badań i sprawdzeń dla wykonanych instalacji oraz c) atestów, certyfikatów, deklaracji zgodności, świadectw i badań dla materiałów wbudowanych – dla branży sanitarnej i elektrycznej. W toku czynności ustalono również, że: 1) zatwierdzony przez zamawiającego podwykonawca – (...) Sp. z o.o. powiadomił, że zamontował dwie sztuki drzwi wewnętrznych w budynku, za które nie otrzymał wynagrodzenia od generalnego wykonawcy, posiada protokół odbioru podpisany przez przedstawiciela generalnego wykonawcy i wystawił fakturę dla generalnego wykonawcy. Są to roboty w toku. 2) zatwierdzony przez zamawiającego podwykonawca – (...) Sp. z o.o. powiadomił, że wykonał konstrukcję i ocieplenie dla części elewacji ścian z płyt typu HPL, wykonawca nie posiada protokołu odbioru robót podpisanego przez generalnego wykonawcę. Są to roboty w toku, 3) projektant potwierdza, że

wykonane konstrukcje i ocieplenie ścian wełną mineralną na dzień sporządzenia inwentaryzacji zostały dostatecznie zabezpieczone i nadają się do dalszego wykorzystania przez nowego wykonawcę robót budowlanych.

W protokole z inwentaryzacji i odbioru końcowego robót stwierdza się również, że w związku z przejęciem przez zamawiającego obowiązku ochrony budynku i terenu, w dniu 30 stycznia 2013 roku wykonawca przekazał zamawiającemu klucze do obiektu. W dniu 31 stycznia 2013 roku komisja zakończyła czynności.

Ze sporządzonego przez komisję inwentaryzacyjną zestawienia robót wykonanych wynika, że nie zostały wykonane i zapłacone następujące prace wchodzące w zakres zadania inwestycyjnego „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.”: - okładziny ścian, - tarket podłogi, malowanie, - sufity podwieszane, - stolarka drzwiowa wewnętrzna, - markizy, - mury oporowe, - elewacja wschodnia, - elewacja w osi „M-8-L”, - elewacja w osi „5”, - elewacja w osi „E”, - elewacja w osi „1”, - elewacja południowa, - w ramach robót kablowych: oprawy + osprzęt, instalacja strukturalna oraz instalacja alarmowa + anteny, - w ramach instalacji odgromowej: pomiary instalacyjne roboty elektryczne), - w ramach instalacji sanitarnych: montaż instalacji wodociągowej, - w ramach węzła cieplnego: urządzenia i armatura węzła cieplnego oraz rurociągi i izolacje, - w ramach zagospodarowania terenu: krzewy liściaste, krzewy iglaste, byliny, trawy, paprocie, trawniki rekreacyjne, przesadzenia, rozbiórki letap, ogrodzenie, budowa śmietnika, taras relumy, nawierzchnia zielona, opaski żwirowe, plac dostawczy, nawierzchnia dojścia pieszego (wyjście ewakuacyjne), plac zabaw, ławki, - w ramach wentylacji: układ W2-W4 kanały (pozostałe elementy).

W sporządzonym przez komisję inwentaryzacyjną zestawieniu robót w toku wskazano natomiast następujące prace: - w ramach robót budowlanych – montażowych: stolarkę drzwiową wewnętrzną, elewację wschodnią, elewację w osi „5”, elewację w osi „E”, elewację południową, – w ramach instalacji elektrycznej: instalację strukturalną, instalację alarmową + anteny, - w ramach instalacji sanitarnej: instalację c.o. (grzejniki).

W związku z przeprowadzaną inwentaryzacją do gminy Miasto S. zgłosili się kolejni podwykonawcy ww. Konsorcjum, którzy nie zostali zgłoszeni, twierdząc że nie zostało im zapłacone wynagrodzenie przez wykonawcę.

W dniu 24 stycznia 2013 roku Gmina Miasto S. wystawiła kolejną notę księgową nr (...) o obciążeniu Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlane – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. karą umowną w kwocie 166.296,00 złotych z tytułu pozostawania w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy od 1 stycznia 2013 roku do 13 stycznia 2013 roku, tj. za okres 13 dni.

O fakcie obciążenia karą umowną w kwocie 166.296,00 roku zastępca dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. K. B. (1) poinformowała Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. pismem z 25 stycznia 2013 roku przesyłając jednocześnie ww. notę księgową z 24 stycznia 2013 roku oraz wskazując że należność z tytułu kary należy uregulować w terminie 7 dni od otrzymania noty.

W dniu 24 stycznia 2013 roku podwykonawca ww. Konsorcjum spółka (...) Sp. z o.o. sporządziła protokół zaawansowania wykonanych robót, w którym stwierdza się że wykonano podkonstrukcję wraz z dociepleniem wełną mineralną o łącznej powierzchni 109,23 m² oraz że w posiadaniu tej spółki znajdują się płyty elewacyjne potrzebne do zakończenia inwestycji 244,63 m². Ogólna powierzchnia elewacji, która miała zostać wykończona przy wykorzystaniu paneli laminowanych (...) o grubości 8 mm MEG 1812n CS (żółty) wynosi 217,66 m² i została wykonana w 65,68% (142,7 m²), natomiast powierzchnia elewacji która miała zostać wykończona przy wykorzystaniu paneli laminowanych (...) o grubości 8 mm 756 (...) (drewnopodobny) wynosi 120,56 m² i nie została wykonana w żadnym zakresie.

W dniu 25 stycznia 2013 roku spółka (...) Sp. z o.o. wystawiła następujące faktury obciążające Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S.:

- nr (...) – z tytułu kary umownej na kwotę 17.564,40 złotych,

- nr (...) – z tytułu wynagrodzenia za wykonaną pracę na kwotę 63.541,54 złotych,

- nr (...) – z tytułu wynagrodzenia za wykonaną pracę na kwotę 30.790,58 złotych.

Dowód:

- faktury VAT nr (...) z 25.01.2013 r. – k. 492-494, 500, 502, 503.

Ponieważ Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. odesłało spółce (...) Sp. z o.o. ww. faktury z 25 stycznia 2013 roku nie uznając zasadności wynikających z nich żądań zapłaty, spółka ta w piśmie z 1 lutego 2013 roku skierowanym do Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. stwierdziła, że odsyłanie bez księgowania faktur stanowi nierzetelność prowadzenia ksiąg rachunkowych o czym zostanie powiadomiony właściwy urząd skarbowy celem wszczęcia postępowania karnego skarbowego. Stwierdziła również, że prace zostały faktycznie wykonane przez (...) Sp. z o.o., poniesiono koszt zakupu materiałów które nie zostały wbudowane z uwagi na zawinione przez Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółkę jawną w S. odstąpienie od umowy, a ponadto istniały podstawy prawne do odstąpienia przez (...) Sp. z o.o. od umowy z Przedsiębiorstwem Budowlanym (...) Spółką jawną w S. i do naliczenia kar umownych.

W piśmie z dnia 6 lutego 2013 roku skierowanym do (...) Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. podtrzymała swe stanowisko związane z brakiem podstaw do przyjęcia i uznania wystawionych faktur. Wskazało, że roboty które zostały wykonane zgodnie z umową przed niezasadnym odstąpieniem od umowy zostały opłacone przez inwestora. Pozostałe prace niedokończone i przerwane a zafakturowane w styczniu łamią zasady o podatku dochodowym i VAT, tym bardziej że prace te zostały wykonane w październiku i listopadzie 2012 roku i były znacznie przeterminowane w stosunku do terminu umownego.

Następnie, Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. skierowała do spółki (...) Sp. z o.o. pismo z 8 lutego 2013 roku, w którym stwierdziła, że wartość i wielkość do rozliczenia robót przerwanych, niekompletnych, bez możliwości sprawdzenia poprawności ich wykonania winno być dokonane w drodze odrębnego porozumienia między inwestorem, zamawiającym i wykonawcą. Uznanie tych prac, ich wielkość, wartość zależęć będzie od inwestora, a jeżeli to nastąpi, płatność jest zagwarantowana ustawowo. Zdaniem Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. podjęte przez spółkę (...) Sp. z o.o. działania związane z niezasadnym odstąpieniem od umowy, przerwaniem robót, były działaniem na koszt i ryzyko tej spółki.

W dniu 5 lutego 2013 roku Gmina Miasto S. wystawiła kolejną notę księgową nr (...) o obciążeniu Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. karą umowną w kwocie 639.600,00 złotych w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

O fakcie obciążenia karą umowną w kwocie 639.600,00 roku dyrektor Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. P. S. (3) poinformował Przedsiębiorstwo ww. Konsorcjum pismem z 5 lutego 2013 roku przesyłając jednocześnie dwa egzemplarze ww. noty księgowej z 5 lutego 2013 roku oraz wskazując że należność z tytułu kary należy uregulować w terminie 7 dni od otrzymania noty.

Pismem z dnia 28 stycznia 2013 roku Gmina Miasto S. wezwała Towarzystwo (...) z siedzibą w W. do zapłaty kwoty w wysokości 319.800 złotych z Gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy nr (...) oświadczając jednocześnie, że zaistniały okoliczności związane z nienależytym wykonaniem umowy. Jednocześnie Gmina wskazała, że wpłaty środków należy dokonać w terminie 14 dni od dnia otrzymania tego wezwania.

W związku z brakiem dokonania zapłaty, Gmina Miasto S. pismem z dnia 7 marca 2013 roku ponowiła wezwanie Towarzystwa (...) z siedzibą w W. do zapłaty kwoty 319.800,00 złotych wskazując jednocześnie że poprzednie wezwanie do zapłaty zostało doręczone do siedziby Towarzystwa (...) z siedzibą w W. w dniu 4 lutego 2013 roku oraz że termin zapłaty minął w dniu 18 lutego 2013 roku.

Pismem z dnia 8 marca 2013 roku Gmina Miasto S. wezwała natomiast Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. do zapłaty kwoty w łącznej wysokości 1.381.461,78 złotych, na którą składają się kary umowne, na które zostały wystawione następujące noty księgowo:

- nota księgowa nr (...) z 4 stycznia 2013 roku na kwotę 575.640,00 złotych,
- nota księgowa nr (...) z 24 stycznia 2013 roku na kwotę 166.296,00 złotych,
- nota księgowa nr (...) z 5 lutego 2013 roku na kwotę 639.600,00 złotych,

w terminie do dnia 15 marca 2013 roku.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie do zapłaty z 8 marca 2013 roku Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. odesłało do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. wyżej wskazane noty księgowo nr (...) z 4 stycznia 2013 roku, nr (...) z 24 stycznia 2013 roku oraz nr (...) z 5 lutego 2013 roku. W piśmie z 14 marca 2013 roku skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. wskazało, że obciążenie ich karami umownymi w związku z odstąpieniem od umowy czy też w związku z pozostawaniem w zwłoce jest niezasadne i to w sytuacji, gdy to zamawiający zmusił ich do odstąpienia od umowy. W końcowej części pisma Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. stwierdziło, że to ono miało i ma wszelkie podstawy do naliczania kar umownych.

Pismem z 2 kwietnia 2013 roku Towarzystwo (...) z siedzibą w W. poinformowało Gminę Miasto S. o odmowie zapłaty żądanej kwoty 319.800,00 złotych wskazując m.in., że beneficjenta tj. Gminę Miasto S. i gwaranta, tj. Towarzystwo (...) z siedzibą w W. łączy stosunek zobowiązaniowy, którego ramy wyznacza przedmiotowa gwarancja. Gmina Miasto S. nie dopełniła warunków wynikających z przedmiotowej gwarancji i nie przedstawiła dokumentów udowadniających właściwe umocowanie osób składających oświadczenie w imieniu beneficjenta. Niezależnie od powyższego ww. Towarzystwo wskazało, że z pisma z 14 stycznia 2013 roku wynika, iż Gmina Miasto S. odstąpiła na podstawie art. 635 kc w zw. z art. 656 § 1 kc od umowy łączącej Gminę z wykonawcą, którą zabezpiecza przedmiotowa gwarancja. Gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania kontraktu nr (...) nie zabezpiecza jednakże roszczenia beneficjenta, tj. Gminy Miasto S. w stosunku do wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy przez beneficjenta. Konsekwencją odstąpienia od umowy jest utrata, z chwilą odstąpienia od umowy, podstawy prawnej dla zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Instytucja odstąpienia ma skutek niweczący, nakazujący traktować umowę od której odstąpiono jako niezawartą. Tym samym brak jest podstaw do kierowania roszczenia do gwaranta w przypadku skutecznego odstąpienia od chronionej gwarancją umowy. Ponadto, przyjmując hipotetycznie, że odstąpienie Gminy Miasto S. od umowy może powodować powstanie roszczenia w stosunku do gwaranta tj. Towarzystwa (...) z siedzibą w W. z gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...), ww. Towarzystwo stwierdziło, że przesłanką skutecznego odstąpienia od umowy jest między innymi wina wykonawcy. Gmina Miasto S. nie udowodniła natomiast winy wykonawcy wynikającej z odstąpienia od umowy. Z otrzymanych od wykonawcy informacji wynika natomiast, że wina w opóźnieniach w wykonanych pracach wynika z przyczyn zależnych od Gminy Miasto S., a nie od wykonawcy. Ponadto, przedmiotowa gwarancja obejmowała swą ochroną roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i nie obejmowała roszczeń wynikłych z odstąpienia od niej, czy także z niezapłacenia kar umownych.

W związku z odmową dokonania zapłaty żądanej kwoty 319.800,00 złotych Gmina Miasto S. pismem z dnia 7 maja 2013 roku ponownie wezwała Towarzystwo (...) z siedzibą w W. powyższej kwoty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...) z 5 grudnia 2011 roku, oświadczając że zaistniały okoliczności związane z nienależytym wykonaniem umowy nr (...) o roboty budowlane. W załączeniu Gmina Miasto S. przedłożyła pełnomocnictwa z 18 kwietnia 2011 roku dla zastępcy Prezydenta Miasta S. B. J. oraz zaświadczenie o wyborze P. K. na Prezydenta Miasta S..

W odpowiedzi, pismem z dnia 20 maja 2013 roku Towarzystwo (...) z siedzibą w W. ponownie odmówiło zapłaty żądanej przez Gminę Miasto S. kwoty 319.800 złotych, powielając w zasadzie swą wcześniejszą argumentację z pisma z dnia 2 kwietnia 2013 roku.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2013 roku skierowanym do Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta S. Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka jawna w S. potwierdziła fakt wystąpienia nieprawidłowości przy rozliczaniu robót w toku dotyczących elewacji.

W połowie 2013 roku po przeprowadzeniu procedury przetargowej został wybrany drugi wykonawca, który dokończył I etap inwestycji „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” i następnie przeszedł do realizacji kolejnych etapów. Wcześniej, jeszcze przed przeprowadzeniem przez Gminę Miasto S. przetargu, została na jej zlecenie wykonana przez biuro projektowe aktualizacja dokumentacji, w której określony został zakres prac pozostałych jeszcze do wykonania.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd I instancji uznał powództwo za zasadne. Wskazał, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) z 5 grudnia 2011 roku stanowiąca zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu, jest umową niestypizowaną przez ustawodawcę, ukształtowaną głównie przez praktykę. Wynikające z niej zobowiązanie gwaranta do zapłaty na rzecz beneficjenta określonej kwoty pieniędzy ma w istocie charakter samodzielny i nieakcesoryjny, niezależny od stosunku prawnego podstawowego łączącego beneficjenta tj. Gminę Miasto S. z wykonawcą, tj. ww. Konsorcjum. Pomimo, iż umowa ta zabezpiecza interes beneficjenta tj. Gminy Miasto S. w razie niewykonania bądź też nienależytego wykonania przez jej kontrahenta zobowiązania wynikającego z innego stosunku prawnego, tj. umowy o roboty budowlane z 6 grudnia 2011 roku, w razie zaistnienia określonych w niej przesłanek odpowiedzialności, tj. zgłoszenia przez beneficjenta stosownego żądania oraz powstania wypadku gwarancyjnego (niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane z 6 grudnia 2011 roku) w okresie ważności gwarancji i zgłoszenia również w tym okresie żądania, gwarant płaci na rzecz beneficjenta za własny, a nie cudzy dług (por. np. wyrok SN z 21.08.2014 r., IV CSK 683/13, LEX nr 1514743; wyrok SN z 29.03.2006 r., IV CSK 112/05, Pr. Bankowe 2007/5/47, LEX). Gwarancja obejmuje tylko takie uprawnienia i obowiązki, jakie strony w niej przewidziały. Gwarant nie jest zatem uprawniony do podnoszenia przeciwko beneficjentowi zarzutów ze stosunku podstawowego, łączącego beneficjenta z wykonawcą. Przysługują mu natomiast zarzuty wynikające z samej gwarancji, jak również zarzut nadużycia prawa gwarancji (por. wyrok SA w Warszawie z 19.04.2013 r., VI ACa 1390/12, LEX nr 1344297; wyrok SN z 14.01.2014 r., I CK 102/03, LEX nr 163973). Do przesłanek skorzystania z gwarancji należy natomiast po pierwsze zaistnienie wypadku gwarancyjnego, czyli niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z dnia 6 grudnia 2011 roku „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ul. (...) w S.”, po drugie zgłoszenie przez beneficjenta stosownego żądania zapłaty kwoty gwarancji w formie pisemnego wezwania i po trzecie wreszcie zachowanie okresu ubezpieczeniowego czyli zaistnienie wypadku gwarancyjnego w okresie wskazanym w gwarancji ubezpieczeniowej oraz zgłoszenie również w tym czasie przez beneficjenta pisemnego wezwania do zapłaty. Tylko w razie zaistnienia tych przesłanek powstaje odpowiedzialność gwaranta względem beneficjenta i tylko te przesłanki podlegają badaniu i uwzględnieniu przez Sąd. Do przesłanek które wiązałyby się z powstaniem odpowiedzialności gwaranta względem beneficjenta, nie zostały natomiast zaliczone ani odstąpienie od umowy o roboty budowlane z 6 grudnia 2011 roku przez którąkolwiek ze stron tej umowy, ani też naliczenie kar umownych, czy też powstanie przesłanek do naliczenia takich kar. Odstąpienie od powyższej umowy z 6 grudnia 2011 roku objętej gwarancją, a także naliczenie przez którąkolwiek ze stron tej umowy kar umownych, nie zostało również zaliczone do enumeratywnie wymienionych w treści gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...) przypadków powodujących utratę przez gwarancję ważności oraz wygaśnięcie zobowiązania gwaranta. Odstąpienie od umowy objętej gwarancją, czy też naliczenie kar umownych nie ma zatem w istocie znaczenia dla oceny prawnej odpowiedzialności gwaranta tj. Towarzystwa (...) z siedzibą w W. względem beneficjenta gwarancji tj. Gminy Miasto S. na gruncie gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...), ani też nie niweczy tej odpowiedzialności. Odpowiedzialność ta trwa nadal nawet w przypadku skutecznego odstąpienia od umowy objętej gwarancją przez którąkolwiek ze stron tejże umowy. Nie oznacza to oczywiście jeszcze, że odstąpienie od umowy, czy też naliczenie kar umownych przez którąkolwiek ze stron umowy o roboty budowlane z

6 grudnia 2011 roku jest zupełnie obojętne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Okoliczności te mają znaczenie o tyle, o ile przesłanki które legły u ich podstaw należą do tych samych przesłanek odpowiedzialności, które określone zostały w przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu. Z treści załączonego do akt niniejszej sprawy oświadczenia zastępcy Prezydenta Miasta S. z 14 stycznia 2013 roku o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane wynika, że Gmina Miasto S. odstąpiła od tej umowy na podstawie art. 635 k.c. w związku z faktem, że wykonawca opóźnia się tak dalece w wykonaniu przedmiotu umowy, że nie jest prawdopodobne, by zdołał je ukończyć w terminie umownym (k. 22). Zasadniczą i w zasadzie jedyną przesłanką na jaką powołuje się Gmina w tym oświadczeniu jest zatem opóźnienie wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy, które niewątpliwie stanowi przejaw nienależytego wykonania umowy i tylko w tym sensie oświadczenie to ma w zasadzie znaczenie na gruncie dowodowym dla oceny zasadności żądania powódki zgłoszonego w pozwie (por. np. wyrok SN z 24.05.2012 r., V CSK 260/11, G.Prawna 2012/101/1).

Sąd I instancji zaznaczył, że wykładania zawartego w piśmie z 14 stycznia 2013 roku oświadczenia woli złożonego przez Prezydenta Miasta S. w imieniu Gminy Miasto S. nie może być dokonywana w oderwaniu od pozostałego materiału dowodowego i pozostałych okoliczności, a przede wszystkim innych pism Gminy Miasto S. – kierowanych do wykonawcy, czyli ww. Konsorcjum, z których zdaniem Sądu w sposób ewidentny wynika, iż odstąpienie o jakim mowa nastąpiło w związku z opóźnieniem w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy tj. ww. Konsorcjum. W ocenie Sądu, oświadczenie Gminy Miasto S. o odstąpieniu od umowy zostało złożone skutecznie. Zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy dowiódł ponad wszelką wątpliwość, że Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. faktycznie opóźniało się tak dalece z wykonaniem przedmiotu umowy, że nie było prawdopodobnym, aby zdołało go ukończyć w terminie umownym. Faktem natomiast jest, że Gmina Miasto S. złożyła to oświadczenie bez wyznaczenia wcześniej Konsorcjum dodatkowego terminu do wykonania przedmiotu umowy, co jednakże nie pozbawia tego oświadczenia skuteczności. W orzecznictwie słusznie się podnosi, że art. 635 k.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 491 k.c., w związku z czym zamawiający może od zawartej umowy odstąpić bez wyznaczania dodatkowego terminu w sytuacji, gdy przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub ukończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, aby zdołał ukończyć je w umówionym czasie. Skorzystanie z uprawnienia do odstąpienia od umowy uwarunkowane jest dokonaniem oceny, czy opóźnienie faktycznie jest tak duże, że będzie miało wpływ na ukończenie dzieła (por. wyrok SA w Białymstoku z 18.10.2013 r., I ACa 569/13, LEX nr 1383439). Sąd orzekający w niniejszej sprawie przychylił się do wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z 25 lutego 2015 roku poglądu, iż odstąpienie od umowy nie znosi zobowiązań z niej wynikających z mocą wsteczną, a jedynie przekształca ich treść w zobowiązanie do zwrotu już spełnionych świadczeń oraz do dalszych rozliczeń między stronami (por. wyrok SN z 25.02.2015 r., IV CSK 395/14, LEX nr 1665598). Jeśli chodzi natomiast o oświadczenie o odstąpieniu od ww. umowy o roboty budowlane złożone przez drugą ze stron tej umowy, czyli ww. Konsorcjum, to Sąd zgodził się z Towarzystwem (...) z siedzibą w W., iż oświadczenie to zostało złożone jako pierwsze. Nie przekreśla to jednak skuteczności późniejszego oświadczenia Gminy Miasto S. o odstąpieniu od umowy, albowiem oświadczenie Konsorcjum z 11 stycznia 2013 roku nie mogło zostać potraktowane jako skuteczne. Po pierwsze opierało się na nieprawdziwych, nie mających oparcia w dowodach okolicznościach. Po drugie zaś, było to oświadczenie o odstąpieniu od umowy o jakim mowa w art. 491 § 1 k.c., a zatem dla jego skuteczności powinno zostać poprzedzone wcześniejszym wyznaczeniem drugiej stronie odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Pozwany ani interwenienci uboczni nie przedłożyli natomiast żadnego dowodu z którego wynikałoby, że Konsorcjum faktycznie wyznaczyło wcześniej Gminie Miasto S. odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem o jakim mowa w art. 491 § 1 k.c.

Kontynuując powyższe rozważania wskazać należy, że analiza i ocena zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż doszło do nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane z 6 grudnia 2011 roku nr (...), przy czym przyczyny nienależytego wykonania tejże umowy leżały wyłącznie po stronie Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.. Co się tyczy samego

przekazania terenu budowy oraz opóźnienia w rozpoczęciu organizacji placu budowy i samych prac budowlanych, Sąd zauważył, że – jak słusznie akcentowało to świadek K. B. (1) zeznając w niniejszej sprawie – ww. Konsorcjum przystępując do przetargu miało możliwość zapoznania się z pełną dokumentacją przetargową, która jak wynika ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawierała także dokumentację projektową terenu budowy. Co więcej, w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości, miało również możliwość zadawania pytań zamawiającemu, z której to możliwości korzystały inne osoby i podmioty. Teren zaś działki, na której miała być realizowana inwestycja „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ul. (...) w S.” był terenem – jak można zasadnie sądzić – ogólnodostępnym i wykonawca miał zapewne możliwość dokonania wczesnej we własnym zakresie jego oględzin. Jako profesjonalista, mając dostępną dokumentację oraz możliwość zweryfikowania wynikającego z niej stanu ze stanem rzeczywistym, powinien zdawać sobie sprawę z ewentualnych trudności jakie mogą wyniknąć przy organizacji wjazdu na budowę oraz organizacji placu budowy. Fakt, że podpisał umowę o roboty budowlane nie wnosząc w tym zakresie zastrzeżeń oznacza że w jego ocenie było możliwe wykonanie przedmiotu umowy w terminie w niej określonym. Sama organizacja placu budowy oraz wjazdu na budowę należała do Konsorcjum jako wykonawcy. To do jego obowiązków należało sprawne zorganizowanie prac w tym zakresie, aby było możliwe przystąpienie do realizacji przedmiotu umowy bez zbędnej zwłoki. Załączony do akt sprawy materiał dowodowy nie dał podstaw do poczynienia ustaleń, aby Gmina Miasto S. dopuściła się zaniechań, czy zaniedbań w tym zakresie, które miałyby wpływ na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy. Co więcej, z zeznań przesłuchanego w przedmiotowej sprawie P. C., który sprawował nadzór autorski i był współwłaścicielem firmy projektowej, która wykonała dokumentację projektową dla realizacji powyższego zdania wynika, że w projekcie została ujęta możliwość dokonania częściowej rozbiórki narożnika starego budynku (...) przy ulicy (...) w S., co wskazuje że uwzględnione zostały już wówczas trudności związane z wjazdem na budowę. Wykonawca zaś jako profesjonalista mając dostępną dokumentację projektową powinien zaś te trudności dostrzec i wyjaśnić ewentualne wątpliwości w tym przedmiocie jeszcze przed podpisaniem umowy i przyjęciem na siebie zobowiązania wykonania przedmiotu umowy w ściśle określonym terminie. Ponadto, na co zresztą również słusznie wskazywała świadek K. B. (1) – ww. Konsorcjum podpisało w dniu 26 kwietnia 2012 roku aneks nr (...) do umowy o roboty budowlane, w którym określono termin realizacji przedmiotu umowy do 10 listopada 2012 roku. Z żadnego dowodu nie wynika, aby Konsorcjum wnosilo wówczas jakiegokolwiek zastrzeżenia co do możliwości wykonania przedmiotu umowy w tym terminie, a zwłaszcza aby w jego ocenie było to niemożliwe ze względu na wcześniejsze opóźnienia wynikłe z organizacją wjazdu na budowę i organizacją placu budowy. Z wcześniejszej korespondencji między Gminą Miasto S. a Konsorcjum wynika, iż zgodziło się ono na wydłużenie terminu wykonania umowy nie o cały okres jaki upłynął od podpisania umowy, lecz jedynie o 35 dni w czasie których nie była możliwa realizacja przedmiotu umowy ze względu na warunki pogodowe.

Nie zasługiwały również w ocenie Sądu na uwzględnienie podnoszone przez pozwanego oraz interwenientów ubocznych okoliczności oraz argumentacja, dotyczące opóźnień w pracach związanych z brakami w dokumentacji. Sąd wskazał, że w świetle zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego wynika, iż takie braki faktycznie się zdarzały, jak chociażby w zakresie instalacji elektrycznej dotyczącej zasilania wentylatorów, jednakże brak jest podstaw do przyjęcia aby faktycznie miały one wpływ na wydłużenie prac budowlanych. Z zeznań świadków wynika, że były to braki stosunkowo drobne, takie jak zwykle zdarzają się na budowach i Konsorcjum jako profesjonalista również powinno brać pod uwagę takie ryzyko decydując się na podpisanie przedmiotowej umowy na roboty budowlane, a następnie na podpisanie również do niej aneksu nr (...) z terminem zakończenia prac budowlanych oznaczonym na dzień 10 listopada 2012 roku. Podkreślenia również wymaga, że żadna ze zmian projektowych nie wymagała zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę, czy też uzyskania nowej decyzji. Co więcej, inwestor czyli Gmina Miasta S. oprócz nadzoru inwestorskiego na bieżąco zapewniał również nadzór autorski, a zatem Konsorcjum jako wykonawca mogło na bieżąco konsultować i weryfikować ewentualne pojawiające się na bieżąco problemy i tak też – jak wynika z okoliczności sprawy – faktycznie się działo. Co tydzień organizowane były również spotkania, na których były omawiane bieżące problemy jakie pojawiały się w związku z realizacją przedmiotu umowy. Faktem natomiast jest, że – jak wynika z zeznań przesłuchanego w przedmiotowej sprawie kierownika budowy T. R. – zaprojektowana stolarka drzwiowa i okienna okazała się nietypowa, miała zbyt duże wymiary, brak było do niej stosownych okuć i w związku z tym żaden z producentów nie podjął się jej wykonania. W związku z tym koniecznym było ponowne jej zaprojektowanie oraz złożenie u producenta nowego zamówienia na wykonanie tejże stolarki. Okoliczności te jednakże zdaniem Sądu

również nie wskazują na to aby, to Gmina Miasto S. w sposób nieprawidłowy wywiązała się ze swoich obowiązków umownych jako inwestora. Przed przystąpieniem do prac budowlanych Konsorcjum miało wgląd do dokumentacji i niewątpliwie mogło odpowiednio wcześniej zwrócić się do producentów z pytaniem, czy wykonanie takiej stolarki o nietypowych wymiarach jest możliwe. T. R. w swych zeznaniach na pytania Sądu w sposób jednoznaczny wskazał, że mieli możliwość wcześniejszego złożenia zamówienia. Zamówienie to, jak również wynika z jego zeznań, złożone zostało natomiast dopiero po zakończeniu stanu surowego budynku, czyli w czerwcu, co zdaniem Sądu – zważywszy na fakt, iż oczekiwanie na wykonaną stolarkę niewątpliwie również trwa pewien okres czasu – świadczy jedynie – o złej organizacji pracy na budowie. Stolarka ta powinna zostać zamówiona na tyle wcześniej, aby już w momencie zakończenia stanu surowego budynku był możliwy jej montaż. Co się natomiast tyczy innych prac, które również ostatecznie wykonane zostały w sposób odmienny aniżeli przewidziane zostało to w pierwotnej dokumentacji, jak chociażby montaż na dachu świetlików zamiast okien połaciowych, wykonanie poszycia dachu przy wykorzystaniu innej technologii i sposobu wykonania, montaż innych paneli zewnętrznych, czy też wzmocnienie nadproża, to są to prace których w żaden sposób nie można uznać za prace dodatkowe, które uzasadniałyby ewentualne wydłużenie terminu realizacji umowy, wykraczałyby poza jej zakres. Zdaniem Sądu są to prace zamienne, których możliwość zaistnienia Konsorcjum jako profesjonalista również winno wcześniej brać pod uwagę i kalkulować ewentualne ryzyko z tym związane, a co więcej z wyprzedzeniem prac które miały być realizowane w danym momencie, odpowiednio się do nich przygotować, a w szczególności z odpowiednim wyprzedzeniem zamówić i zadbać o dostarczenie na budowę materiału niezbędnego do ich realizacji. Jak wykazało przeprowadzone w niniejszej sprawie postępowanie dowodowe, Konsorcjum jako wykonawca nie dołożyło jednakże również i w tym zakresie należytej staranności.

W sposób ewidentny z przyczyn leżących po stronie ww. Konsorcjum doszło również do niewykonania w okresie przerwy wakacyjnej modernizacji węzła cieplnego znajdującego się w starym budynku (...) przy ulicy (...) w S. oraz niepodłączenia do niego instalacji centralnego ogrzewania w nowo wybudowanym skrzydle tego Żłobka. Zgromadzony w przedmiotowej sprawie materiał dowodowy wykazał ponad wszelką wątpliwość, że zarówno Gmina Miasto S. jako inwestor oraz ww. Konsorcjum jako generalny wykonawca doskonale wiedzieli i zdawali sobie sprawę, że prace te powinny zostać wykonane w okresie przerwy wakacyjnej oraz że w okresie późniejszym nie będzie już możliwości wykonania takiego podłączenia. Pomimo tego, Konsorcjum nie przystąpiło do tychże prac w okresie przerwy wakacyjnej, lecz dopiero na początku września. W ocenie Sądu zupełnie niewiarygodne są twierdzenia interwenientów ubocznych, jakoby rozpoczęli prace z tym związane już w czerwcu. Wiarygodności tychże twierdzeń przeczą chociażby załączone do akt sprawy z których wynika, że dopiero na początku września zostało otworzone pomieszczenie w którym znajduje się węzeł cieplny, w związku z czym konieczna okazała się również wymiana zamka i klucza. Twierdzeniom tym przeczy ponadto sam fakt, że faktycznie żadne prace modernizacyjne węzła cieplnego nie zostały wykonane przez Konsorcjum, w związku z czym w okresie późniejszym zaistniała potrzeba wykonania dodatkowej dokumentacji oraz dokonanie tymczasowego podłączenia. Interwenienci uboczni nie wskazali przy tym na żadne racjonalne przyczyny, które uzasadniałyby aż tak znaczne opóźnienie prac związanych z modernizacją węzła cieplnego i podłączenia do niego instalacji centralnego ogrzewania w nowym skrzydle Żłobka. Wobec powyższego, uwzględniając całokształt okoliczności sprawy, można zdaniem Sądu zasadnie stwierdzić że również i w tym przypadku przyczyną tak znacznego opóźnienia była zła organizacja pracy. Faktem natomiast jest, że brak centralnego ogrzewania w nowym skrzydle Żłobka spowodował istotne utrudnienia przy realizacji prac wykończeniowych, jak chociażby brak możliwości wykonania na wszystkich powierzchniach ścian tynków gipsowych, tak jak to było przewidziane w projekcie oraz konieczność częściowego wykonania tynków cementowo – wapiennych, a także brak możliwości realizacji prac wykończeniowych w okresie jesienno-zimowym ze względu na niskie temperatury i wysoką wilgotność w pomieszczeniach, jednakże zauważyć należy że utrudnienia te spowodowane zostały wyłącznie przez ww. Konsorcjum wskutek niewykonania w terminie modernizacji węzła cieplnego i niepodłączenia do niego instalacji centralnego ogrzewania w nowym skrzydle Żłobka. W konsekwencji wynikające z tego faktu opóźnienia w całości obciążają to Konsorcjum i również, w powiązaniu z pozostałymi okolicznościami omawianymi w niniejszych rozważaniach przemawiają za przyjęciem że do nienależytego wykonania objętej gwarancją należytego wykonania kontraktu umowy o roboty budowlane z 6 grudnia 2011 roku doszło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Nie przekonujące zdaniem Sądu były podnoszone przez pozwanego i interwenientów okoliczności i argumentacja dotyczące nieakceptowania przez Gminę Miasto S. jako inwestora podwykonawców. Z materiału dowodowego sprawy wynika, że ww. Konsorcjum zwracało się do Gminy Miasto S. o akceptację w sumie czterech firm, tj. (...),(...), Zakładu (...) L. G. oraz (...). Dwie pierwsze z tychże firm zostały zaakceptowane przez Gminę Miasto S. jako podwykonawcy, natomiast dwie pozostałe nie, przy czym w aktach sprawy znajduje się jedynie pismo Gminy Miasto S. z 14 grudnia 2012 roku dotyczące niezaakceptowania firmy (...) (k. 109). W piśmie tym Gmina zdaniem Sądu wskazała racjonalne, uzasadnione przesłanki odmowy akceptacji podwykonawcy, tj. przekroczenie terminu umownego realizacji przedmiotu umowy. Co się natomiast tyczy Zakładu (...) (...), to w aktach sprawy brak jest dokumentów z których wynikałyby przyczyny odmowy akceptacji tego Zakładu, niemniej jednak uwzględniając całokształt okoliczności sprawy brak było zdaniem Sądu podstaw do stwierdzenia, że odmowa ta była nieuzasadniona. Całkowicie nie potwierdziły się także podnoszone przez Konsorcjum w pismach kierowanych do Gminy Miasto S. okoliczności, jakoby zamawiający wysyłała do podwykonawców negatywne przekazy zniechęcając ich do podjęcia współpracy z Konsorcjum. Sąd dodał, że z materiału dowodowego wynika natomiast, iż ww. Konsorcjum korzystało z usług wielu innych podwykonawców, których nie zgłaszało Gminie Miasto S., o czym K. B. (1) dowiedziało się dopiero w grudniu 2012 roku podczas organizowanych co tydzień spotkań na których były omawiane problemy związane z realizacją przedmiotu umowy, a także podczas dokonywania inwentaryzacji i odbioru końcowego budowy. Co więcej, dowody z zeznań świadków dały również podstawę do poczynienia ustaleń, iż Konsorcjum nie realizowało terminowo płatności na rzecz podwykonawców, co z kolei było przyczyną tego, iż część z nich nie kończyła powierzonych im prac i co również niewątpliwie miało wpływ na powstanie znacznych opóźnień w realizacji przedmiotu umowy. Nie ma przy tym znaczenia dla oceny tej sytuacji fakt, iż Konsorcjum w tym czasie miało problemy finansowe i to z tego powodu nie było w stanie zapłacić w terminie wszystkich należności. Zawierając przedmiotową umowę o roboty budowlane i podejmując się realizacji inwestycji „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.” ww. Konsorcjum winno jednak przygotować się odpowiednio również pod względem finansowym oraz uwzględnić fakt, że za wykonane prace będzie musiało zapłacić firmom podwykonawczym, czy też zatrudnianym przez siebie pracowników. Fakt, iż tego nie uczyniło, nie przeanalizowało w dostatecznym stopniu własnej sytuacji materialno – finansowej i nie uwzględniło ryzyk jakie mogą się pojawić już w trakcie realizacji powyższej inwestycji świadczy również wyłącznie o nienależytym przygotowaniu do wykonania umowy oraz przemawia za stwierdzeniem, iż nienależyte wykonanie tej umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Uwzględniając wszystkie dotychczasowe rozważania Sąd jako całkowicie niezasadny ocenił podniesiony przez pozwanego zarzut nadużycia przez powódkę prawa podmiotowego wynikającego z gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu. Wskazał, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dał podstaw do przyjęcia, aby zgłoszone przez powódkę żądanie zapłaty kwoty gwarancji było sprzeczne z prawem, zasadami współzycia społecznego bądź też zmierzało do obejścia prawa. Powódka w żaden sposób swoim działaniem nie tylko że nie doprowadziła, czy chociażby przyczyniła się do opóźnienia w pracach budowlanych, ale przez cały okres realizacji inwestycji podejmowała działania, aby takie opóźnienia nie powstały. Powódka oprócz nadzoru inwestorskiego zapewniła również nadzór autorski na budowie, jej przedstawiciele uczestniczyli w cotygodniowych spotkaniach na których były omawiane bieżące problemy związane z realizacją przedmiotu umowy, podpisany został również aneks wydłużający termin realizacji umowy o 35 dni, w których nie było możliwości realizacji prac ze względów atmosferycznych. To ww. Konsorcjum na skutek braku należytego przygotowania się do realizacji inwestycji oraz nienależytej organizacji pracy, braku należytego przygotowania się i planowania kolejnych robót, doprowadziło natomiast do powstania znacznych opóźnień oraz stanu w którym znaczna część prac które miały być wykonane w ramach I etapu, jak chociażby zagospodarowanie terenu, czy elewacja zewnętrzna, nie została wykonana.

Stan faktyczny sprawy, będący podstawą powyższego rozstrzygnięcia, Sąd ustalił na podstawie dowodów z dokumentów, zeznań świadków A. G., K. B. (1), P. C., M. K., A. D., M. T., T. B., L. S., T. S., T. R. oraz zeznań interwenientów ubocznych J. S. (1) i K. S.. Sąd uznał za wiarygodne dowody z dokumentów, albowiem pozostawały one spójne z innymi dowodami, a nadto nie ujawniły się okoliczności w świetle których można by zakwestionować ich autentyczność czy wiarygodność. Jedynym dokumentem, którego wiarygodność została częściowo zakwestionowana była dziennik budowy. T. S. wskazywał bowiem, że nie dokonywał wszystkich wpisów, jakie były w tym dzienniku

opatrzone jego nazwiskiem, niemniej jednak jego zeznania w tym zakresie nie znalazły oparcia w innych dowodach, a ponadto uwzględniając całokształt wypowiedzi świadka Sąd doszedł do przekonania iż jego wiedza i pamięć odnośnie przebiegu procesu budowlanego były dość niewielkie. Świadek nie pamiętał wielu okoliczności i nie był pewny w swych wypowiedziach. Stąd też Sąd doszedł do przekonania, że jego zeznania nie mogą stanowić dowodu, który mógłby podważyć wiarygodność dokumentu w postaci dziennika budowy we wskazanym powyżej zakresie. Jeśli chodzi natomiast o zeznania świadków i zeznania interwenientów ubocznych, to Sąd uznał je w takim zakresie, w jakim korespondowały one z dowodami z dokumentów. Sąd miał tutaj przy tym na uwadze, że wiedza wyżej wskazanych osób, które zostały przesłuchane w przedmiotowej sprawie odnośnie okoliczności zdarzeń objętych osądem była różna, co jest zrozumiałe skoro uczestniczyli w tych zdarzeniach na różnym ich etapie i w różnym charakterze. Fakt ten nie miał jednakże wpływu na ocenę ich wiarygodności, a jedynie ich przydatność przy rekonstrukcji stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 i 99 k.p.c. Zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy powód, jako strona przegrywająca proces obowiązany był zwrócić przeciwnikowi koszty niezbędne do celowej obrony. Na koszty powyższe składała się uiszczona opłata sądowa od pozwu w kwocie 15.990 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika - radcy prawnego w kwocie 7.200 zł obliczone na podstawie § 5 w zw. z § 6 pkt. 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 490 z późn. zm.). O kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej interwenientom ubocznym K. S., J. S. (2) i J. S. (1) z urzędu orzeczono na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze (tj. Dz. U. z 2015 roku, poz. 615) oraz § 2 ust. 1-3, § 3 ust. 1, § 4 ust. 1, § 6 pkt. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2003 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 461).

Apelację od powyższego wyroku złożył pozwany, a także interwenienci uboczni.

Pozwany w swojej apelacji zaskarżył wyrok w całości zarzucając:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania, tj. polegającego na pominięciu przez Sąd I instancji przy ocenie odpowiedzialności Wykonawcy Konsorcjum w składzie Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki Jawnej w S. oraz Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego (...) Sp. z o.o. za realizację umowy złożonych w sprawie dokumentów, takich jak: protokołu przekazania terenu budowy z dnia 06.12.2011 roku wskazujący w adnotacji na utrudnienia w dojeździe do placu budowy, pisma powoda z dnia 7.12.2011 roku skierowane do Wykonawcy w sprawie przekazania placu budowy, pisma Wykonawcy z dnia 19 grudnia 2011 roku, pisma Wykonawcy z dnia 27 grudnia 2011 roku, pisma Wykonawcy z dnia 3 stycznia 2012 roku, pisma Powoda z dnia 9 stycznia 2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 13.01.2012 roku, decyzji z dnia 18.01.2012 roku Prezydenta Miasta w sprawie wjazdu, pisma Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego dotyczące Organizacji Ruchu, pisma Wykonawcy z dnia 26.01.2013 roku, pisma Wykonawcy z dnia 19 stycznia 2012 roku informujące o przekazaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego, pisma Wykonawcy z dnia 2 lutego 2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 25 stycznia 2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 30.03.2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 7 lutego 2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 20 lutego 2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 07.11.2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 17.12.2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 27.12.2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 17 grudnia 2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 12 grudnia 2012 roku, pisma Wykonawcy z dnia 11 grudnia 2012 roku, które miały wpływ na opóźnienia w realizacji Umowy o roboty budowlane z dnia 6.12.2011 nr (...) z przyczyn zależnych od powoda, co w konsekwencji, doprowadziło do błędu w ustaleniach faktycznych, że powód był uprawniony od odstąpienia od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy;

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania, w szczególności pisma (...) z dnia 17.12.2012 r. złożonego w trybie art. 491 § 1 k.c. gdyż w tym piśmie (...) określił termin do wykonania przez powoda obowiązków wynikających z Umowy o roboty budowlane z dnia 6.12.2011 r. nr (...) i wskazywał na możliwość odstąpienia do umowy, co miało wpływ na błędne uznanie przez

Sąd I instancji, że odstąpienie dokonane przez Wykonawcę względem powoda nie było skuteczne, a w konsekwencji również doprowadziło do przyjęcia, że odstąpienie od Umowy przez powoda było skuteczne w związku z dalszym obowiązywaniem tejże Umowy;

- naruszenie art. 232 k.p.c. poprzez uznanie, że pozwany oraz interwenienci uboczni nie złożyli żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że Konsorcjum faktycznie wyznaczyło wcześniej Gminie Miasto S. odpowiedni, dodatkowy termin do wykonania obowiązków wynikających z umowy o roboty budowlane z dnia 6.12.2011 r. nr (...) z zagrożeniem o jakim mowa w art. 491 § 1 k.c., podczas gdy wraz ze sprzeciwem pozwanego z dnia 3.01.2013 r. zostało złożone pismo z dnia 17.12.2012 r., w którym wyznaczono powodowi termin do spełnienia obowiązków umownych z zastrzeżeniem prawa do skorzystania z instytucji odstąpienia od umowy.

- naruszenie art. 65 § 2 k.c. poprzez błędną wykładnię postanowień zawartych w gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) z dnia 5.12.2011 r. stanowi tzw. gwarancję samodzielnej, nieakcesoryjną, abstrakcyjną, podczas gdy z treści gwarancji ubezpieczeniowej, a dokładnie z § 2 wynikało, iż gwarancja zabezpiecza roszczenia Beneficjenta w stosunku do Wykonawcy powstałe w okresie obowiązywania Gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy;

- naruszenie art. 65 § 2 k.c. poprzez błędną wykładnię postanowień zawartych w gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) z dnia 5.12.2011 r. i przyjęcie, że pozwany - gwarant nie ma możliwości podnoszenia jakichkolwiek zarzutów wynikających ze stosunku podstawowego, podczas gdy pozwany ma możliwość odwoływania się do stosunku łączącego powoda wraz z Wykonawcą, gdyż nie jest to sprzeczne z treścią art. 3531 k.c. oraz nie sprzeciwia się to ustawie czy też naturze stosunku prawnego jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania kontraktu nr (...) z dnia 5.12.2011 r., z której § 2 wynikało, iż gwarancja zabezpiecza roszczenia Beneficjenta w stosunku do Wykonawcy powstałe w okresie obowiązywania Gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy;

- naruszenie art. 65 § 2 k.c. poprzez błędną wykładnię postanowień zawartych w gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) z dnia 5.12.2011 r. i przyjęcie, iż obejmuje ona swoją ochroną roszczenia powstałe w związku z karami umownymi naliczonymi w związku z odstąpieniem powoda od Umowy o roboty budowlane z dnia 6.12.2011 nr (...) względem Wykonawcy, podczas gdy ww. gwarancja zabezpieczała jedynie roszczenie Beneficjenta w stosunku do Wykonawcy powstałe w okresie obowiązywania Gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy;

- naruszenie art. 491 § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, co było konsekwencją błędnego ustalenia stanu faktycznego, że Wykonawca nie wyznaczył dodatkowego terminu do wykonania umowy wzajemnej z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, podczas gdy Wykonawca złożył pismo z dnia 17.12.2012 r., które swoją treścią odpowiadało warunkom określonym w tym przepisie;

- naruszenie art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na nieuwzględnieniu zarzutu pozwanego dotyczącego nadużycia prawa przez powoda — Beneficjenta z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) z dnia 5.12.2011 r., w sytuacji gdy powód - Beneficjent kierował roszczenie z ww. gwarancji za naliczone kary umowne, które nie były objęte ochroną w ramach gwarancji ubezpieczeniowej;

Naruszenie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. poprzez zastosowanie w stanie faktycznym sprawy, podczas gdy powodowi nie przysługiwało prawo odstąpienia od umowy zawartej z Wykonawcą.

Na podstawie powyższych zarzutów skarżący wniósł o zmianę wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za obie instancje wg norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, przy uwzględnieniu kosztów postępowania przed Sądem II instancji.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, że Sąd I instancji naruszył art. 233 § 1 k.p.c., a mianowicie nie rozważył w sposób wszechstronny materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania, dokonując oceny odpowiedzialności wykonawcy za wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane z dnia 6.12.2011 r. nr (...). Wskazane w apelacji dokumenty potwierdzały, zdaniem skarżące, że opóźnienia w realizacji kontraktu wynikały z nieprzekazania placu budowy w terminie i uniemożliwiły rozpoczęcie przez Wykonawcę robót. Powód również w trakcie realizacji zamówienia zobligował Wykonawcę do wykonywania dodatkowych prac, które nie były objęte przedmiotem o roboty budowlane z dnia 6 grudnia 2011 r., jak i wymagał dostaw, które nie były określone w umowie. Sąd I instancji nie uwzględnił również, że powód w trakcie wykonywania inwestycji podpisał nową umowę ze (...) Sp. z o.o. Fakt zawarcia umowy z ww. podmiotem miał także wpływ na terminowe wykonanie robót. Dodatkowo Sąd I instancji nieprawidłowo przyjął, że niepodłączenie węża ciepłego nastąpiło z winy wykonawcy. W tych ustaleniach Sąd I instancji pominął, że przyłączenie nowo wybudowanego skrzydła żłobka do węża miało nastąpić według projektu, który okazał się wadliwy, co również wpłynęło na terminowość wykonanych robót i miało wpływ na negatywną relację wykonawcy z podwykonawcami, zwłaszcza wobec nie wyrażania zgody na realizację umowy o roboty budowlane z dnia 6.12.2011 nr (...). Brak należytej analizy ww. dokumentów miał wpływ na błędne ustalenie przez Sąd I instancji, że wykonawca był odpowiedzialny za niezrealizowanie tej umowy w terminie, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia, że powód był uprawniony do odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy. Sąd I instancji błędnie też przyjął, że oświadczenie Konsorcjum o odstąpieniu od umowy nie mogło zostać potraktowane jako skuteczne, gdyż w ocenie Sądu opierało się na nieprawdziwych, niemających oparcia w dowodach okolicznościach, a także nie było poprzedzone wcześniejszym wyznaczeniem drugiej stronie odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy. Jednocześnie Sąd I instancji wskazał, że ani pozwany ani interwenienci uboczni nie przedłożyli żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że Konsorcjum faktycznie wyznaczyło wcześniej Gminie Miastu S. odpowiedni dodatkowy termin do wykonania umowy z zagrożeniem o jakim mowa w art. 491 § 1 k.c. Powyższe stwierdzenie jest nieprawidłowe i miało wpływ na błędne ustalenie stanu faktycznego niniejszej sprawy. Sąd I instancji pominął fakt, że wraz ze sprzeciwem pozwanego z dnia 3.01.2013 r. pozwany złożył pismo Wykonawcy z dnia 17.12.2012 r., z którego wynikało, że wykonawca wyznaczył termin do dnia 31.12.2012 r. na wykonanie obowiązków umownych, z zastrzeżeniem, że po upływie tego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy o roboty budowlane z dnia 6.12.2011 r. nr (...). Powyższe błędne ustalenie doprowadziło do uznania za skuteczne odstąpienie od umowy przez powoda, podczas gdy w chwili złożenia takiego oświadczenia przez wykonawcę umowa o roboty budowlane z dnia 6.12.2011 r. nr (...) nie wiązała wykonawcę i powoda. Niemożliwe jest bowiem odstąpienie od umowy nieistniejącej. Nie istniały zatem przesłanki do naliczenia kar umownych przez powoda.

W ocenie skarżącego Sąd błędnie wyłożył postanowienia gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) z dnia 5.12.2011 r. i przyjął, że stanowi ona tzw. gwarancję samodzielną, nieakcesoryjną, abstrakcyjną, podczas gdy z treści gwarancji ubezpieczeniowej, a dokładnie z § 2 wynikało, iż zabezpiecza roszczenie beneficjenta w stosunku do wykonawcy powstałe w okresie obowiązywania gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Gwarant ma pełne prawo powoływania się na zarzut nadużycia prawa przez beneficjenta gwarancji, a także na zarzuty wynikające z treści gwarancji. Odwołując się do orzecznictwa pozwany wskazał, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z treści § 1 gwarancji, która wyznacza ramy zobowiązania, wprost wynika, że: „Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bez stawiania warunków poza przewidzianymi w niniejszym dokumencie”, a więc swoista bezwarunkowość oparta jest dodatkowo na szeregu przesłanek wynikających z dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej m. in. § 8 w zw. z art. 6 k.c. Powyższa bezwarunkowość nie opiera się wyłącznie na spełnieniu przesłania w postaci odpowiedniej formy wezwania do zapłaty. Gdyby intencją Gwaranta było ukształtowanie stosunku obligacyjnego łączącego jego wraz z powodem w ten sposób, iż jedynym warunkiem potrzebnym do zrealizowania gwarancji byłaby odpowiednia forma wezwania, niewątpliwie zapis gwarancji nie brzmiałby w pierwotny sposób, a użycie zwrotu: „poza przewidzianymi w niniejszym dokumencie” wskazującego na obowiązek spełnienia szeregu warunków w gwarancji, wynikającego również z kodeksu cywilnego, który ma zastosowanie do stosunku prawnego gwarancji ubezpieczeniowej, byłoby niepotrzebne. Dlatego też przedmiotowa

gwarancja nie jest stosunkiem abstrakcyjnym i nieakcesoryjnym. Powyższe potwierdza jednocześnie zapis § 2 gwarancji, który odwołuje się do stosunku podstawowego łączącego powoda wraz z wykonawcą. Sąd I instancji błędnie też wyłożył postanowienia gwarancji ubezpieczeniowej przyjmując, że obejmuje ona swoją ochroną roszczenia powstałe w związku z karami umownymi, czy odstąpieniem od umowy. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się na potrzebę ścisłego wykładania postanowień gwarancji i zakazu przypisywania sformułowaniom użytym w gwarancji innego znaczenia, niż wynika to z ich dosłownej treści.

Zdaniem skarżącego Sąd naruszył przepis prawa materialnego, tj. art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na nieuwzględnieniu zarzutu pozwanego dotyczącego nadużycia prawa przez powoda z tytułu skierowania do pozwanego roszczenia z gwarancji ubezpieczeniowej w sytuacji, gdy ww. gwarancja zabezpieczała jedynie roszczenia powstałe z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy. Gwarant może we własnym interesie podnosić zarzut niehonorowania treści gwarancji ubezpieczeniowej przez beneficjenta w sytuacji braku zabezpieczenia roszczenia z tytułu kar umownych przez gwarancję ubezpieczeniową. Gwarant ma prawo obrony za pomocą zarzutu nadużycia przez wierzyciela gwarancji w sytuacji dotyczącej nadużycia gwarancji w sposób ewidentny np. gdy gwarancja stała się narzędziem uzyskania niezależnych korzyści, co ma miejsce w stanie faktycznym sprawy w sytuacji kierowania przez beneficjenta wobec gwaranta roszczenia związanego z karami umownymi, którego nie przewidywała przedmiotowa gwarancja ubezpieczeniowa.

Sąd I instancji naruszył również art. 635 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. poprzez jego zastosowanie w stanie faktycznym sprawy, podczas gdy powód nie miał prawa odstąpić od umowy zawartej z wykonawcą. Sąd I instancji wyszedł z założenia, że powód miał prawo odstąpić od umowy, podczas gdy stan faktyczny nie dawał podstaw do tego aby powód z uzasadnionych względów mógł odstąpić od umowy z Wykonawcą

Interwenienci uboczni K. S., J. S. (1) i J. S. (2) w swojej apelacji zaskarżyli wyrok w części, tj. co do pkt I i II zarzucając:

- naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie dyrektyw zasady swobody sędziowskiej w ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i zupełnie dowolne przyjęcie, iż daje on podstawy do uznania, że opóźnienia w realizacji umowy o roboty budowlane z dnia 6 grudnia 2011 roku nr (...), nastąpiły z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy tych robót, w sytuacji, gdy przeczą temu dowody z dokumentów w postaci Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej rozbudowy i przebudowy budynku (...) przy ul. (...) w S. oraz załączonej do niej dokumentacji przetargowej, jak również dowody z zeznań świadków T. R., P. C., T. S., T. B. oraz zeznań interwenientów K. S. i J. S. (1);

- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku, a polegający na uznaniu, iż w niniejszej sprawie wystąpiło objęte gwarancją ubezpieczeniową nr (...) z dnia 05.12.2011 r. zdarzenie gwarancyjne w postaci nienależytego wykonania przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z dnia 06 grudnia 2011 roku nr (...).

W oparciu o powyższe zarzuty wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa, zasądzenie od powódki na rzecz interwenientów K. S., J. S. (1) i J. S. (2) kosztów postępowania za I i II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, bądź przyznanie pełnomocnikowi tych interwenientów od Skarbu Państwa wynagrodzenia za pomoc prawną udzieloną im z urzędu w II Instancji, według norm przepisanych, które to koszty nie zostały opłacone ani w całości, ani w części, ewentualnie o o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I Instancji z pozostawieniem temu Sądowi orzeczenia o kosztach postępowania w tym kosztach pomocy prawnej udzielonej interwenientom z urzędu, za wszystkie instancje.

W uzasadnieniu wskazali, że Sąd I Instancji zupełnie dowolnie przyjął, iż analiza i ocena zgromadzonego w przedmiotowej sprawie materiału dowodowego nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż doszło do nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane z dnia 6 grudnia 2011 roku nr (...), przy czym przyczyny nienależytego wykonania tejże umowy leżały wyłącznie po stronie Konsorcjum. Zdaniem Sądu Okręgowego powódka właściwie wywiązała się z ciężącego na niej, jako inwestorze, obowiązku przekazania wykonawcy placu budowy. To ustalenie jest całkowicie bezpodstawne. Niesporna pozostawała w niniejszej sprawie okoliczność, iż plac budowy został wykonawcy przekazany bez możliwości właściwego wjazdu na jego teren. Okoliczność ta uniemożliwiała wykonywanie

jakichkolwiek robót budowlanych. Nie sposób przyjąć, jak to czyni Sąd I instancji, że wykonawca robót już na etapie przystępowania do przetargu, winien zdawać sobie sprawę z istnienia tej okoliczności. Wykonawca przed zawarciem umowy zapoznał się z pełną dokumentacją przetargową, w tym specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i dokumentacją techniczną. W żadnym z tych dokumentów nie było informacji o konieczności zaprojektowania (wymóg ZDiTM w S., łącznie z opinią Policji i Wydziału Gospodarki Komunalnej i Ochrony Środowiska) i wybudowaniu wjazdu na plac budowy, a wręcz przeciwnie. Wjazd ten był zaznaczony na planie zagospodarowania terenu, po lewej stronie obiektu od ul. (...). Nie sposób było jednak z niego skorzystać, gdyż należało wyciąć kilka krzewów i jedno drzewo, na co powódka nie wyraziła zgody, gdyż była w sporze sądowym z Wspólnotą Mieszkaniową o wycinanie zieleni. O tym fakcie żaden z oferentów, którzy przystąpili do przetargu nie został poinformowany. Twierdzenie Sądu, iż wykonawca miał obowiązek zweryfikować stan wynikający z przedłożonej przez zamawiającego dokumentacji ze stanem rzeczywistym nie znajduje jakiegokolwiek oparcia. W ocenie interwenientów nie budzi bowiem wątpliwości, iż zakres wszelkich prac objętych zamówieniem publicznym powinien być dokładnie i szczegółowo opisany w SIWZ oraz w przedłożonej dokumentacji technicznej. Bez znaczenia jest tutaj ewentualna możliwość dokonania przez wykonawcę oględzin terenu budowy. Konieczność przeprowadzenia prac umożliwiających dojazd na teren budowy, nie ujętych ani w SIWZ, ani w zawartej na ich podstawie umowie, spowodowała sięgające ponad 90 dni opóźnienie w rozpoczęciu prac stanowiących przedmiot umowy z dnia 06.12.2011 r., a tym samym pozostałe przesunięcia terminów realizacji poszczególnych etapów inwestycji. Zdaniem interwenientów odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wyłącznie powódka. W tej sytuacji zupełnie niezasadne i sprzeczne z zasadami logiki jest również przyjęcie przez Sąd I Instancji, że niewykonanie w okresie przerwy wakacyjnej modernizacji węzła cieplnego znajdującego się w starym budynku Żłobka oraz niepodłączenia do niego instalacji centralnego ogrzewania w nowo wybudowanym skrzydle (co z kolei spowodowało istotne utrudnienia przy realizacji prac wykończeniowych) nastąpiło w sposób ewidentny z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. W ocenie interwenientów oczywiste jest bowiem, że gdyby powódka, zgodnie z ciążącym na niej obowiązkiem, udostępniła wykonawcy w sposób należyty plac budowy, to prace będące przedmiotem umowy byłyby prowadzone terminowo i zgodnie z harmonogramem. Nie można również pominąć innych uchybień ze strony powódki, które wbrew ocenie Sądu Okręgowego, miały wpływ na powstałe opóźnienia w realizacji inwestycji, będącej przedmiotem umowy z dnia 06.12.2011r. Sąd I Instancji ustalił wprawdzie, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza występowanie błędów i braków w dokumentacji dostarczanej przez powódkę, a w oparciu o którą były wykonywane prace budowlane, uznał jednak, że nie miały one żadnego wpływu na wydłużenie czasu ich wykonania. Wniosek ten jest zupełnie nietrafny albowiem z zeznań świadków T. R., P. C., T. S., T. B. oraz interwenientów K. S. oraz J. S. (1) wynika, że przerwy spowodowane koniecznością uzupełnienia, bądź wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej wynosiły często nawet do dwóch tygodni.

Interwenient uboczny - syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej, zaskarżył wyrok w całości zarzucając Sądowi I instancji:

- naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez dowolną ocenę treści gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...) z dnia 5 grudnia 2011 r. i przyjęcie, że pozwana powinna dokonać wypłaty sumy gwarancyjnej niezwłocznie po wystąpieniu z takim roszczeniem przez beneficjenta gwarancji, który nabył uprawnienie do żądania wypłaty w momencie złożenia oświadczenia przez beneficjenta gwarancji, iż żądana kwota wskazana w gwarancji jest należna z tytułu nienależytego wykonania przez wykonawcę umowy, podczas gdy podstawę dochodzenia roszczenia przez powódkę wobec pozwanej stanowi fakt nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, co wynika z treści gwarancji, w związku z czym beneficjent winien udowodnić fakt nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę;

- naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i przyjęcie, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zaistniał stan nienależytego wykonania umowy zawiniony przez wykonawcę robót budowlanych, podczas, gdy stan zaawansowania i realizacji przedmiotowej inwestycji, a przede wszystkim opóźnienie w było wyłącznie wynikiem okoliczności wynikających z zachowania powódki;

- naruszenie art. 65 § 2 k.c. poprzez błędną wykładnię gwarancji nr (...) z dnia 5 grudnia 2011 r. i przyjęcie, że pozwana nie ma możliwości podnoszenia jakichkolwiek zarzutów wynikających ze stosunku podstawowego (umowy o roboty budowlane nr (...)), podczas gdy pozwana ma możliwości odwoływania się do stosunku łączącego powódkę

z wykonawcą i nie jest to sprzeczne z treścią art. 353 (1) k.c., ponieważ nie sprzeciwia się ustawie czy też naturze stosunku prawnego;

- naruszenie art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie polegające na nieuwzględnieniu zarzutu pozwanej dotyczącego nadużycia prawa przez powódkę, w sytuacji gdy podstawę dochodzenia roszczenia przez powódkę wobec pozwanej stanowi fakt nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, co wynika z treści gwarancji, w związku z czym beneficjent winien zgodnie z art. 6 k.c. udowodnić fakt nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę.

Na podstawie powyższych zarzutów skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na rzecz interwenienta zwrotu kosztów postępowania za obie instancje wg norm przepisanych,

W uzasadnieniu wskazał, że stan nienależytego wykonania umowy określa stricte przesłankę umożliwiającą beneficjentowi żądać od gwaranta zapłaty sumy gwarancyjnej. Jednak ta przesłanka, ujęta w treści gwarancji udzielonej przez pozwaną, nie występuje w oderwaniu od stanu rzeczywistego, tzn. musi być analizowana przez pryzmat faktycznego stanu realizacji konkretnego stosunku zobowiązaniowego, w tym przypadku umowy o roboty budowlane nr (...). Żądanie zatem, stanowiące podstawę rozpoznawanego powództwa winno odnosić się do stanu realizacji przedmiotowej umowy, który stanowiłby nienależyte wykonanie umowy, a więc zawinione przez wykonawcę zachowanie prowadzące do naruszenia przyjętego przez niego do realizacji świadczenia określonego w umowie. Podstawę dochodzenia roszczenia przez powódkę wobec pozwanej stanowi fakt nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, co wynika z treści gwarancji, w związku z czym powódka, kierując się do pozwanej z żądaniem zapłaty winna wykazać, iż stan nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę zaistniał, jak również, iż jest on następstwem zdarzeń, za które wyłącznie odpowiedzialnym jest wykonawca.

Zdaniem skarżącego uznanie przez Sąd I instancji, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, iż w ramach realizacji przedmiotowej umowy zaistniał stan jej nienależytego wykonania zawiniony przez wykonawcę jest dowolne. W ramach zgromadzonego materiału dowodowego, m.in. zeznań J. S. (1), K. S., jednoznacznie wynika, iż opóźnienia w realizacji przedmiotowej inwestycji były spowodowane błędami w dokumentacji projektowej. Ma to szczególne znaczenie w aspekcie problemów z przekazaniem terenu budowy oraz opóźnienia w rozpoczęciu organizacji placu budowy i samych prac budowlanych. W ocenie apelującego, stosownie do postanowień przepisów kodeksu cywilnego dotyczących umowy o roboty budowlane obowiązany jest przekazać wykonawcy dokumentację projektową stanowiącą podstawę realizacji zobowiązania wykonawcy wynikającego z łączącej strony umowy, jak również przekazać wykonawcy teren budowy. Powód jest zamawiającym w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych, co tym samym determinuje obowiązek stosowania przez powoda przepisów tejże ustawy. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż stosownie do art. 29 ust. 1 przywołanej ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie zaś z art. 31 ust. 1 ostatnio przywołanej ustawy powód miał obowiązek realizując zamówienie publiczne na roboty budowlane opisać przedmiot zamówienia w systemie „wybuduj” za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Elementy powyższych dokumentów określa szczegółowo rozporządzenie ministra infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Wszystkie elementy dokumentacji projektowej, jak również specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych winny być przygotowane przez powoda za pomocą osób posiadających uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, o których mowa w przepisach ustawy prawo budowlane - projektanta. Tym samym, mając na względzie przywołane przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, to powód miał obowiązek przygotować dokumentację projektową, w tym w zakresie organizacji terenu budowy i wjazdu na tenże teren, a powierzając jej realizację projektantowi {na podstawie odrębnej umowy o dzieło w zakresie realizacji tejże dokumentacji}, który musi posiadać stosowne uprawnienia opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany w sposób skończony, wyczerpujący i jednoznaczny. Wykonawca ofertując nie jest obowiązany dokonywać wizji lokalnej, ani szczegółowo analizować dokumentacji projektowej, bo to zamawiający,

w przedmiotowej sprawie powód, winien był przygotować należycie inwestycję, poprzez prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia. W żadnym z postanowień SIWZ, jak również ogłoszenia o zamówieniu powód nie wskazywał wizji lokalnej jako koniecznej dla opracowania oferty w oparciu o przygotowaną przez powoda SIWZ. Tym samym mając na względzie okoliczność, iż powód obowiązany był przygotować inwestycję w sposób należyty za pomocą projektanta jako specjalisty i profesjonalisty, nie można uznać, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązani byłiby do jeszcze innych czynności, niżeli analiza SIWZ i sporządzenie oferty w oparciu o rozwiązania w niej przedstawione przez powoda. Sąd pominął powyższe obowiązki obciążające powoda, których zaniechanie realizacji spowodowało, nieprawidłowe przygotowanie przedmiotowej inwestycji, tym samym determinując zasadność stanowiska pozwanego, iż stan opóźnienia inwestycji nie był następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca. Wadliwość tejże dokumentacji wykonawca zgłaszał powodowi (vide zeznania J. S. (1) i K. S.), tym samym uznać należy, iż działanie wykonawcy było zgodne z dyspozycją art. 651 k.c., zaś stan opóźnienia w realizacji inwestycji był wynikiem jej wadliwego przygotowania przez powoda.

Sąd I instancji wadliwie uznał, że pozwana nie ma możliwości podnoszenia jakichkolwiek zarzutów wynikających ze stosunku podstawowego - umowy o roboty budowlane nr (...). Z treści gwarancji nr (...) z dnia 5 grudnia 2011 r. wynika wprost, iż nie zabezpiecza ona wszelkich roszczeń powstałych w trakcie realizacji stosunku podstawowego, a tylko takie roszczenia, które są sprecyzowane i faktycznie zaistnieją. Tym samym pozwana miała możliwości odwoływania się do stosunku łączącego powódkę z wykonawcą i nie jest to sprzeczne z treścią art. 353 (1) k.c., ponieważ nie sprzeciwia się ustawie czy też naturze stosunku prawnego łączącego gwaranta i beneficjenta gwarancji. Powód stosownie do treści gwarancji nr (...) z dnia 5 grudnia 2011 r. nie udowodnił faktu nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, tym samym żądanie wystosowane do pozwanego uznać należy za przejaw nadużycia prawa przez powódkę, gdyż wystąpiła do pozwanego z roszczeniem o zapłatę sumy gwarancji pomimo, że nie zaistniały okoliczności określone w treści gwarancji stanowiące podstawę do żądania wypłaty sumy gwarancyjnej. W związku z tym należy uznać, iż zachowanie powoda zmierzające do osiągnięcia od pozwanej sumy gwarancyjnej określonej w gwarancji nr (...) z dnia 5 grudnia 2011r. narusza dyspozycję art. 5 k.c., gdyż jest sprzeczne ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem prawa wynikającego z przywołanej gwarancji. Takiego działania powódki nie można uznać za wykonywanie prawa wynikającego z gwarancji, gdyż zmierza do uzyskania korzyści majątkowej, wbrew treści gwarancji nr (...) z dnia 5 grudnia 2011r., a więc w sytuacji, gdy nienależyte wykonanie umowy nie zaistniało.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje wniesione przez pozwanego oraz interwenientów ubocznych K. S., J. S. (2) oraz J. S. (1) okazały się niezasadne, natomiast apelacja wniesiona przez interwenienta ubocznego syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S. podlegała odrzuceniu. Wstępnie zaznaczenia wymaga, że Sąd I instancji w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy i w dalszej kolejności dokonał właściwej jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny odpowiadający treści przedstawionych przez strony dowodów. Stąd też Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Jak jednolicie wskazuje się w judykaturze, obowiązek rozpoznania sprawy w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), oznacza związanie sądu odwoławczego zarzutami prawa procesowego (tak Sąd Najwyższy min. w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07), za wyjątkiem oczywiście tego rodzaju naruszeń, które skutkują nieważnością postępowania. Sąd Apelacyjny nie dostrzegł ich wystąpienia w niniejszej sprawie. Nie zasługiwały na uwzględnienie zawarte w złożonych apelacjach zarówno zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji przepisów procedury (art. 233 § 1 k.p.c., art. 232 k.p.c.) i w konsekwencji wadliwych ustaleń faktycznych, jak również zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa materialnego (art. 65 § 2 k.c., art. 491 § 1 k.c., art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. oraz art. 5 k.c.).

Jak wyżej wskazano, w przypadku apelacji syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S. zaistniały przesłanki uzasadniające jej odrzucenie. Zgodnie z treścią art. 369

§ 1 k.p.c., apelację wnosi się do sądu, który wydał zaskarżony wyrok, w terminie dwutygodniowym od doręczenia stronie skarżącej wyroku z uzasadnieniem. Zgodnie natomiast z art. 328 § 1k.p.c., uzasadnienie wyroku sporządza się pisemnie na wniosek strony o doręczenie wyroku z uzasadnieniem zgłoszony w terminie tygodniowym od dnia ogłoszenia sentencji, a w przypadku, o którym mowa w art. 327 § 2 - od dnia doręczenia sentencji. Wniosek spóźniony sąd odrzuca na posiedzeniu niejawnym. Sąd sporządza uzasadnienie wyroku również wówczas, gdy wyrok został zaskarżony w ustawowym terminie oraz gdy wniesiono skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, chyba że uzasadnienie zostało ogłoszone. W rozważanej sprawie wyrok wydany został w dniu 6 lipca 2015 r. Wniosek o sporządzenie uzasadnienia wyroku i jego doręczenie złożony został w dniu 14 lipca 2015 r. Okoliczność ta wynika wprost z treści stempli pocztowych umieszczonych na kopercie zawierającej przesyłkę (karta 725 akt). Tym samym powyższy wniosek okazał się spóźniony. W takiej natomiast sytuacji, zgodnie z art. 369 § 2 k.p.c., jeżeli strona nie zgłosiła wniosku o doręczenie wyroku z uzasadnieniem w terminie tygodniowym od dnia ogłoszenia sentencji, termin do wniesienia apelacji biegnie od dnia, w którym upłynął termin do zgłoszenia takiego wniosku. Termin ten upłynął więc dla interwenienta ubocznego w dniu 27 lipca 2015 r. Apelacja natomiast złożona została w dniu 24 sierpnia 2015 r. Jak stanowi przepis art. 370 k.p.c., sąd pierwszej instancji odrzuci na posiedzeniu niejawnym apelację wniesioną po upływie przepisanej terminu, nieopłaconą lub z innych przyczyn niedopuszczalną, jak również apelację, której braków strona nie uzupełniła w wyznaczonym terminie. Jednocześnie art. 373 k.p.c. stanowi, że sąd drugiej instancji odrzuca na posiedzeniu niejawnym apelację, jeżeli ulegała ona odrzuceniu przez sąd pierwszej instancji. Jeżeli dostrzeże braki, do których usunięcia strona nie była wezwana, zażąda ich usunięcia. W razie nieusunięcia braków w wyznaczonym terminie apelacja ulega odrzuceniu.

Rozstrzygnięcie pozostałych apelacji (omówione zostaną łącznie, albowiem w zasadniczej części zawierają tożsamą argumentację) sprowadzało się w istocie do analizy prawidłowości oceny zgromadzonych dowodów i w konsekwencji poczynionych przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych.

Rozważania w tym zakresie poprzedzone winny jednak zostać odniesieniem się do podniesionego w apelacji pozwanego zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 65 § 2 k.c. Odnoszony on był do kwestii możliwości podniesienia zarzutów wynikających ze stosunku obligacyjnego stanowiącego podstawę udzielonej gwarancji. Wywodzony był z zawartego w gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) z dnia 5 grudnia 2011 r. zapisu, zgodnie z którym gwarancja zabezpieczała roszczenia Gminy Miasto S. powstałe w okresie obowiązywania gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy (...) o roboty budowlane z dnia 6 grudnia 2011 r. zawartej dla realizacji zadania inwestycyjnego „Rozbudowa i przebudowa budynku (...) przy ulicy (...) w S.". Zarzut ten okazał się nie tylko niezasadny, ale co najistotniejsze bezprzedmiotowy. Uważna analiza pisemnych motywów rozstrzygnięcia prowadzi bowiem do wniosku, że Sąd wskazując na abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji ubezpieczeniowej czynił to w ramach ogólnych rozważań charakteryzujących istotę tej instytucji, jako umowy niestypizowanej, umowy ukształtowanej głównie przez praktykę. W żadnym jednak przypadku, jak chcą tego apelujący, Sąd nie wskazał, że nie istnieje jakakolwiek możliwość odwołania się przez strony do stosunku podstawowego, na gruncie którego gwarancja została udzielona. Przeciwnie w sposób jednoznaczny określił przesłanki, jakie musiały być w sprawie spełnione, by roszczenie wywodzone z gwarancji ubezpieczeniowej uznane zostało za wykazane. Po pierwsze więc Sąd wskazał, że musiał zaistnieć wypadek gwarancyjny tj. niewykonanie, czy też nienależyte wykonanie umowy z dnia 6 grudnia 2011 r. Już więc tylko tego rodzaju stwierdzenie wprost odwołuje się do okoliczności wynikających ze stosunku obligacyjnego, na tle którego gwarancja została udzielona. Po drugie Sąd wskazał na konieczność wystosowania żądania zapłaty sumy określonej w gwarancji, przy czym żądanie to winno spełniać wszystkie wymogi określone w dokumencie gwarancji. Po trzecie wreszcie Sąd odwołał się do konieczności zgłoszenia tego żądania w okresie wskazanym w gwarancji. Co równie istotne, Sąd jednoznacznie stwierdził, że możliwe jest również podniesienie zarzutów nadużycia prawa z gwarancji. Jak więc z powyższego wynika zakres rozpoznania sprawy wyznaczony był zarówno zarzutami wynikającymi z samej gwarancji (wśród nich zarzutami dotyczącymi zaistnienia wypadku gwarancyjnego utożsamianymi przez Sąd z nienależytym wykonaniem zobowiązania), jak i wspomnianymi zarzutami związanymi z nadużyciem prawa. Tym samym w sposób oczywisty Sąd odniósł się do stosunku podstawowego, którego zabezpieczenie stanowiła gwarancja. Należy zaznaczyć, że to właśnie kwestii związanych z istnieniem roszczenia wynikającego ze stosunku podstawowego dotyczyło w zasadniczej

części przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe. Odnosiło się ono do zagadnienia zaistnienia opóźnienia w wykonaniu zobowiązania po stronie wykonawcy robót budowlanych oraz przyczyn takiego stanu rzeczy, w tym kwestii, po czyjej ze stron one leżały, a tym samym uprawnienia do naliczenia kar umownych zastrzeżonych w umowie o roboty budowlane. Zresztą argumentacja skarżących również w znacznej części odnosiła się właśnie do ustaleń Sądu w tym zakresie. Podkreślenia przy tym wymaga, że okoliczności te wpisują się jednocześnie w przesłanki oceny, czy domaganie się zapłaty kwoty wynikającej z gwarancji nie stanowi nadużycia prawa ze strony beneficjenta gwarancji. Tak więc niezależnie do tego, czy zapis gwarancji dotyczący zabezpieczenia roszczeń związanych z niewykonaniem, czy też nienależytym wykonaniem zobowiązania interpretować należy jako odesłanie do stosunku podstawowego i jednocześnie jeden z warunków skorzystania z gwarancji, czy też interpretować należy jedynie jako określenie stosunku, w oparciu o który gwarancji zastała udzielona, co prowadzi do wniosku, że miała charakter całkowicie abstrakcyjny, niezależny, pozostawała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Analiza treści gwarancji z dnia 5 grudnia 2011 r. wskazuje, że znalazł się w niej typowy dla tego rodzaju węzła obligacyjnego zapis, zgodnie z którym „gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze pisemne wezwanie gwarantuje na rzecz beneficjenta zapłatę do kwoty 319.800 zł”. W dalszej jej części wskazano warunki formalne, jakie musiał spełnić beneficjent domagający się zapłaty sumy gwarancyjnej (§ 2 umowy gwarancji) w postaci oryginału pisemnego wezwania do zapłaty, oświadczenia beneficjenta, że zaistniały okoliczności związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, formy pisemnej pod rygorem nieważności. Są to niewątpliwie elementy charakterystyczne dla typowej umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Co do zasady natomiast, jak słusznie podkreślił Sąd I instancji, gwarancja ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter. Gwarant przyjmuje ryzyko transakcji, a jego zobowiązanie ma zapewnić beneficjentowi pewien pozytywny wynik finansowy. Cechą charakterystyczną gwarancji nie jest przejęcie zobowiązań dłużnika, lecz przejęcie ryzyka transakcji, które ponosi wierzyciel. Gwarancja nie wzmacnia stosunku podstawowego, jak poręczenie, ale służy do wyrównania beneficjentowi szkody. Świadczenie dłużnika zobowiązania gwarancyjnego polega na naprawieniu szkody przez zapłatę odszkodowania. Z momentem zawarcia umowy gwarancyjnej wierzyciel nabywa w stosunku do gwaranta roszczenie, które może kierować przeciwko niemu. Roszczenie to staje się wymagalne z chwilą niespełnienia przez osobę trzecią, za której zachowanie udzielono gwarancji, świadczenia lub niezaciągnięcia przez nią zobowiązania. Oznacza to niezrealizowanie się skutku, za który udzielono gwarancji. Z faktu, że gwarancja ma samodzielny i nieakcesoryjny charakter wyprowadza się w orzecznictwie wnioski, co do braku możliwości podniesienia przeciwko beneficjentowi w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty zarzutów przysługujących dłużnikowi, którego świadczenie objęto gwarancją, a wynikających ze stosunku podstawowego. Nie można w szczególności podnieść zarzutu np. przedawnienia głównej wierzytelności, potrącenia z sumy, na którą opieka gwarancja wierzytelności dłużnika względem beneficjenta. Samoistność gwarancji wyklucza także zarzut, że umowa główna (stosunek podstawowy) nie doszła do skutku albo została unieważniona. Ważność zobowiązania gwaranta nie zależy od ważności zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego. Jeżeli nawet dłużnik uchylił się od skutków prawnych swego oświadczenia woli, np. z powodu wady tego oświadczenia, to okoliczność ta nie będzie miała wpływu na treść i zakres zobowiązania gwaranta. Tak więc umowa gwarancji jest odrębnym, niezależnym zobowiązaniem gwaranta względem beneficjenta. Ma ona charakter umowy jednostronnie zobowiązującej. Gwarancja opatrzona klauzulami "nieodwołalnie i bezwarunkowo" oraz "na pierwsze żądanie" oznacza, że odpowiedzialność gwaranta ulega zaostrzeniu, ponieważ obciążający go obowiązek świadczenia powstaje z chwilą powiadomienia go o niewykonaniu zapłaty przez dłużnika. "Bezwarunkowy" charakter jego odpowiedzialności wyłącza możliwość jej uzależnienia od warunku: „Nieodwołalność” w połączeniu z uzgodnieniem terminu ważności stabilizuje stosunek gwarancji. Sens tego rodzaju klauzul w umowie gwarancji polega m. in. na zabezpieczeniu beneficjenta nie tylko przed ryzykiem niewypłacalności jego kontrahenta, lecz także przed ryzykiem długotrwałego i trudnego dochodzenia swoich roszczeń. Kreuje więc abstrakcyjne zobowiązanie ubezpieczyciela wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących go z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1992 r., sygn. akt III CZP 78/92, uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów mająca moc zasady prawnej z dnia 16 kwietnia 1993 r., sygn. akt III CZP 16/93, OSNC 1993/10/166, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., sygn. akt III CZP 166/94, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 r., sygn. akt II CRN 38/96, OSNC 1996, nr 9, poz. 122, wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 14 stycznia 2004 r., sygn. akt I CK 102/03, niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2006 r., sygn. akt III CSK 25/06, niepubl.).

W niniejszej sprawie, jak wyżej wskazano, strony posłużyły się zwrotami „nieodwołalnie”, „bezwarunkowo”, „na pierwsze pisemne wezwanie”, co jednoznacznie wskazywałoby na całkowite oderwanie się udzielonej gwarancji od stosunku podstawowego. Podkreśla to zapis § 3 umowy, w którym strony wskazały na konieczność złożenia przez beneficjenta wraz z pisemnym wezwaniem do zapłaty wyłącznie jego oświadczenia o zaistnieniu wypadku gwarancyjnego w postaci niewykonania, czy też nienależytego wykonania zobowiązania. Zobowiązanie gwaranta wynikające z umowy gwarancyjnej opatrzonej wyżej wymienionymi klauzulami nie może być jednak traktowane w sposób bezwzględny, na co słusznie zwrócił uwagę pozwany. Taki charakter umowy gwarancji nie uniemożliwia bowiem jej stronom w ramach swobody umów zawarcia w niej postanowień określających okoliczności czy to wyłączające, czy też ograniczające odpowiedzialność gwaranta. W takiej sytuacji to właśnie z treści umowy można wyprowadzić ewentualną ochronę gwaranta oraz obowiązek honorowania przez beneficjenta celu gwarancji (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., sygn. akt V CSK 233/09 OSNC 2010/11/146 i przywołane tam orzecznictwo). Taki właśnie zapis, w ocenie Sądu Apelacyjnego znalazł się w § 2 umowy (Sąd I instancji określał go jako ustalony przez strony wypadek gwarancyjny). Strony bowiem wprost wskazały na to, jakiego rodzaju roszczenia są zabezpieczane, w sposób bezpośredni odniosły się do niewykonania, czy też nienależytego wykonania ściśle określonej umowy o roboty budowlane. Zapis taki poczytywać należy jako odwołanie się do celu gwarancji, określenie sytuacji, w których beneficjent może z niej skorzystać. Niezrozumiałe jest jednak w tym względzie odwoływanie się przez pozwanego do mającego wynikać z dokumentu gwarancji postanowienia, zgodnie z którym „gwarant zobowiązuje się do nieodwołalnie i bez stawiania warunków poza przewidzianymi w niniejszym dokumencie”. Analiza treści umowy gwarancji z dnia 5 grudnia 2011 r. (karta 15 akt) wskazuje, że tego rodzaju sformułowanie w ogóle nie zostało w niej zawarte. Oczywiście nie zmienia to oceny, że zakres odpowiedzialności gwaranta, a także warunki jakie powinien spełnić beneficjent muszą wynikać przede wszystkim z samej umowy gwarancji.

Poza tym w doktrynie przyznaje się gwarantowi prawo obrony za pomocą zarzutu nadużycia przez wierzyciela gwarancji celu zabezpieczenia, uznając, że przesłanki takiego nadużycia muszą być określone w odniesieniu do konkretnego przypadku. Skuteczność tej obrony przyjmowana jest jednak wyjątkowo, gdy nadużycie gwarancji okazuje się ewidentne, np. gdy gwarancja stała się narzędziem uzyskania nienależnych korzyści, albo gdy jej wykorzystanie jest wynikiem zmyślenia osób zainteresowanych. W zależności od konkretnych okoliczności sprawy, obrona taka mogłaby wchodzić w rachubę w przypadku braku stosunku podstawowego, którego zabezpieczenie stanowiło cel gwarancji. Także bowiem wtedy mogłoby mieć miejsce nadużycie prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c. Podkreśla się, że nadużyciem prawa jest realizacja przez beneficjenta uprawnień przysługujących mu z umowy gwarancji, które wykraczają poza ramy określone celem gwarancji. W takim przypadku niezbędna jest jednak często ocena okoliczności leżących poza stosunkiem gwarancji - w stosunku podstawowym, co w pewnym stopniu osłabia atrakcyjność gwarancji, szczególnie wtedy, gdy jest to gwarancja "na pierwsze żądanie". Z drugiej strony jednak, uzależnienie zapłaty sumy gwarancyjnej jedynie od zgłoszenia przez beneficjenta żądania zapłaty, może prowadzić do niebezpieczeństwa wykorzystania tego rodzaju zobowiązań gwaranta w innych celach niż zabezpieczenie gwarantowanego rezultatu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 grudnia 2005 r., sygn. akt I ACa 556/05, LEX nr 186127

Reasumując więc uznać należało, że Sąd I instancji zobligowany był do oceny określonej w umowie gwarancji przesłanki skorzystania przez beneficjenta z uprawnień z niej wynikających w postaci nienależytego wykonania umowy odnoszonego w tym konkretnym przypadku do zwłoki wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy o roboty budowlane z dnia 6 grudnia 2011 r. W tym miejscu wskazać należy na całkowitą bezpodstawność zarzutów pozwanego zakładu ubezpieczeń dotyczących ustalenia przez Sąd I instancji, że gwarancja zabezpieczała roszczenia o zapłatę kar umownych w związku z odstąpieniem od umowy. Analiza treści pisemnych motywów rozstrzygnięcia prowadzi do wniosków wprost przeciwnych. Sąd bowiem jednoznacznie wskazał (karta 777 akt), że do przesłanek powstania odpowiedzialności gwaranta nie należy, ani odstąpienie od umowy, ani też naliczenie przez którąkolwiek ze stron kar umownych. Analiza treści umowy gwarancji prowadzi do jednoznacznego wniosku, że tego rodzaju

postanowienia nie zostały w niej zawarte. Sąd dodał, że okoliczności te nie zostały też wymienione jako powodujące utratę ważności gwarancji i wygaśnięcie zobowiązania gwaranta. Niezrozumiałe jest więc stanowisko wyrażone w apelacji pozwanego. Zasadnie w tych okolicznościach Sąd przedmiotem swojej oceny uczynił wyłącznie kwestię, czy doszło do nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. To, czy w jego wyniku zamawiający odstąpił od umowy, czy też naliczył kary umowne dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawało bez znaczenia. Sam zresztą skarżący wskazywał na konieczność ścisłego wykładania postanowień umowy gwarancji. Podnoszone natomiast twierdzenia wprost nakazują odnosić przesłanki wypłaty sumy określonej w umowie gwarancji od okoliczności z niej nie wynikających i w żadnym przypadku nie dających się z niej wyinterpretować. Umowa nie zawierała jakichkolwiek postanowień, która uzależniałyby odpowiedzialność gwaranta od skutecznego skorzystania z uprawnienia do odstąpienia od umowy, czego skutkiem było naliczenie kar umownych.

Wbrew zarzutom zawartym w obu apelacjach, rację ma Sąd Okręgowy wskazując, że zgromadzony materiał dowodowy dawał podstawy do ustalenia, że wykonawca robót budowlanych w sposób nienależyty wykonał swoje świadczenie określone w umowie z dnia 6 grudnia 2011 r. dopuszczając się opóźnień wynikających z okoliczności leżących po jego stronie. Tym samym zaistniał przewidziany w gwarancji wypadek gwarancyjny. Ustalenie to determinowało jednocześnie prawidłowe uznanie, że strona powodowa korzystając z uprawnienia wynikającego z umowy gwarancji w żadnym przypadku nie dopuściła się nadużycia swojego prawa podmiotowego, co czyniło niezasadnym zarzut naruszenia art. 5 k.c.

Odnosząc się do powyższych kwestii w pierwszej kolejności nie sposób podzielić podniesionych w obu apelacjach zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną ocenę zgromadzonych w sprawie dowodów. Pozwany zakład ubezpieczeń formułując ten zarzut wprawdzie wskazał konkretne dowody, które uznał za wadliwie ocenione, jednakże w dalszej części apelacji ograniczył się jedynie do przedstawienia postulowanego stanu faktycznego w zakresie spóźnionego wydania placu budowy, w zakresie przedłużenia prac z uwagi na zawarcie przez zamawiającego nowej umowy dotyczącej dostaw ciepła, czy też braku lub wadliwej dokumentacji dotyczącej przebudowy węzła cieplnego. Wskazał ogólnie, że wymienione dowody uzasadniały przyjęcie, iż do opóźnienia w wykonaniu prac doszło z winy zamawiającego. Skarżący nie przedstawił jednak poza tym jakiegokolwiek konkretnej argumentacji. Nie jest więc możliwe odniesienie się do jego stanowiska. Nie wiadomo nawet, z których z dowodów przytaczane okoliczności miałyby wynikać. Skarżący wyłącznie podniósł wskazane wyżej trzy twierdzenia. Jak natomiast wielokrotnie wyjaśniano w orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 27 kwietnia 2006 roku, sygn. akt I ACa 1303/05, LEX nr 214251, wyrok z dnia 16 grudnia 2005 roku, sygn. akt III CK 314/05, wyrok z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt III CK 73/05, wyrok z dnia 13 października 2004 r. sygn. akt III CK 245/04, LEX nr 174185) - zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. może być uznany za zasadny jedynie w wypadku wykazania, że ocena materiału dowodowego jest rażąco wadliwa czy w sposób oczywisty błędna, dokonana z przekroczeniem granic swobodnego przekonania sędziowskiego, wyznaczonych w tym przepisie. Sąd drugiej instancji ocenia bowiem legalność oceny dokonanej przez Sąd Okręgowy, czyli bada czy zostały zachowane kryteria określone w art. 233 § 1 k.p.c. Należy zatem mieć na uwadze, że - co do zasady - Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, dokonując wyboru określonych środków dowodowych. Jeżeli z danego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona tylko wtedy, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych (por. przykładowo postanowienie z dnia 11 stycznia 2001 r., I CKN 1072/99, Prok. i Pr. 2001 r., Nr 5, poz. 33, postanowienie z dnia 17 maja 2000 r., I CKN 1114/99, nie publ., wyrok z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000 r., nr 7-8, poz. 139). Należy zaznaczyć, że to, że określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego, nie oznacza naruszenia wskazanego wyżej przepisu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 czerwca 2006 r., sygn. akt I ACa 1407/05, LEX nr 278415). W niniejszej sprawie pozwany natomiast nie wskazał, w czym upatrywał wadliwej oceny dowodów dokonanej przez Sąd. Nie jest niewątpliwie w tym zakresie wystarczające odwołanie się do stanu faktycznego, który

jego zdaniem wynika z przedstawionych przez strony dowodów, a tylko takie stanowisko zostało w apelacji pozwanego wyrażone. Podkreślenia wymaga, że ustalenia faktyczne są dopiero konsekwencją procesu oceny dowodów, a tym samym nie mogą stanowić podstawy naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Jak wyżej wskazano, nawet, gdyby z tych dowodów można było wysnuć wnioski jeszcze inne od tych, które przyjął Sąd, nie oznacza to, że ocena dowodów była dowolna. Co najistotniejsze pozwany nie wskazał, które z przedstawionych wcześniej zasad rządzących oceną dowodów zostały naruszone, w czym upatruje uchybień Sądu, na czym one polegały, w jakim miejscu ocena zaprezentowana w pisemnych motywach rozstrzygnięcia nie odpowiadała kryteriom logicznego myślenia, czy też sprzeciwiała się zasadom doświadczenia życiowego. Już więc tylko z tego względu podniesiony zarzut okazał się nieweryfikowalny. Jedyne dowód, co do którego pozwany sformułował konkretne zarzuty dotyczył pisma wykonawcy robót z dnia 17 grudnia 2012 r. (karty 95 – 100 akt). Nie można się zgodzić ze skarżącym, że zawierało ono w swojej treści oświadczenie wykonawcy, w którym wyznaczał on zamawiającemu dodatkowy termin do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, że po jego upływie uprawniony będzie do odstąpienia od umowy. Niewątpliwie w piśmie znalazł się zapis, zgodnie z którym po upływie wskazanego w nim terminu (31 grudnia 2012 r.) wykonawca rozważy odstąpienie od umowy lub ją wypowie na zasadach przewidzianych w Kodeksie cywilnym i będzie dochodził odszkodowania, jednakże termin ten odnoszony był nie do wykonania ciążących na zamawiającym obowiązków umownych, a dotyczył ewentualnej modyfikacji łączącego strony procesu budowlanego węzła obligacyjnego. Wykonawca wprost oświadczył, że oczekuje do dnia 31 grudnia 2012 r. przedstawienia przez zamawiającego wiążącej propozycji dotyczącej wydłużenia terminu realizacji I etapu prac i to właśnie z tą okolicznością wiązał skorzystanie z uprawnienia do odstąpienia od umowy. Oczywiście wykonawca żądanie tego rodzaju opierał na wskazywanych w piśmie okolicznościach, które w jego ocenie spowodowały przesunięcie terminu wykonania prac. Nie znalazło się jednak w nim wezwanie do wykonania określonych obowiązków mających swoje źródło w umowie z jednoczesnym wyznaczeniem konkretnego terminu do ich wykonania opatrzonego rygiorem odstąpienia od umowy. Tak więc rację ma Sąd I instancji wskazując, że nie została spełniona wynikająca z art. 491 § 1 k.c. przesłanka skutecznego odstąpienia od umowy. Nawet jednak, gdyby uznać, że do wyznaczenia dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania przez zamawiającego doszło, to podzielić należało wyrażone w pisemnych motywach wyroku stanowisko, że nie zaistniały okoliczności stanowiące podstawę złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy wskazywane w piśmie z dnia 11 stycznia 2013 r. Kwestia to omówiona zostanie w dalszej części uzasadnienia.

Nie sposób również zgodzić się z zarzutami interwenientów ubocznych dotyczących wadliwej oceny dowodów z zeznań wskazanych w apelacji świadków. Analiza bowiem uzasadnienia wyroku prowadzi do jednoznacznego wniosku, że dowodom tym Sąd dał wiarę. Jednocześnie na ich podstawie poczynił ustalenia odpowiadające treści złożonych w toku postępowania zeznań. Sąd wskazał, że miały miejsce na budowie wskazywane przez świadków trudności, czy problemy techniczne, ustalił, że konieczne stały się modyfikacje dokumentacji projektowej wymagające określonego czasu. Skarżący jednak najwyraźniej mylą te kwestie z oceną co do przyczyn takiego stanu rzeczy, czy też z oceną ich wpływu na termin wykonania prac. Okoliczności te natomiast wprost wynikają z zeznań tych samych świadków. Niezasadne okazały się również zarzuty interwenientów dotyczące naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., a odnoszone do wadliwej oceny postanowień SIWZ ze wskazaniem, że brak w ich treści postanowień dotyczących zaprojektowania i wybudowania wjazdu na teren budowy, a w konsekwencji wykonania robót dodatkowych wpływających na terminowość prac. Z tą okolicznością wiązali z kolei nieterminowe wykonanie prac związanych z modernizacją węzła cieplnego oraz niepodłączenia do niego instalacji centralnego ogrzewania nowego budynku.

Jak wskazano wyżej, w ocenie Sądu Apelacyjnego podniesione zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie. Ponownie analizując treść dowodów nie sposób dostrzec ich dowolnej oceny przez Sąd Okręgowy. Sąd ocenił każdy z tych dowodów osobno, a w dalszej kolejności skonfrontował z pozostałym materiałem. Dokonana ocena odpowiada wprost ich treści. Stąd też prawidłowość poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych.

Przede wszystkim zgromadzone dowody dawały podstawę do ustalenia, że wykonawca robót budowlanych wykonał swoje zobowiązanie nienależycie. Zgodnie bowiem z treścią § 8 ust. 1 umowy z dnia 6 grudnia 2011 r. (karty 11 – 14 akt) termin wykonania całości prac ustalony został przez jej strony na 19 miesięcy od dnia podpisania umowy, czyli na dzień 6 lipca 2012 r. W tym postanowieniu zawarty został również zapis, zgodnie z którym realizacja I

etapu ma nastąpić w terminie nie dłuższym niż 10 miesięcy od dnia podpisania umowy. Jednocześnie zgodnie z § 1 umowy, pierwszy etap obejmował dobudowę nowego skrzydła żłobka wraz z wykonaniem niezbędnych przyłączy i zagospodarowania terenu. Oznacza to, że winien zostać ukończony do dnia 6 października 2012 r. W aneksie nr (...) z dnia 26 kwietnia 2012 r. (karta 15 akt) strony zmieniły postanowienia § 8 ust. 1 ustalając termin wykonania przedmiotu umowy na dzień 10 sierpnia 2013 r., w tym I etapu do dnia 10 listopada 2012 r. W piśmie z dnia 30 sierpnia 2012 r. (karta 17 akt) powódka wskazała na wyraźne spowolnienie prac wskazując między innymi, że w sierpniu 2012 r. miały być wykonane roboty tynkarskie zgodnie z harmonogramem ustalonym przez strony. W piśmie z dnia 23 października 2012 r. (karta 17 akt) Gmina zwróciła się do wykonawcy o wyjaśnienie przyczyn opóźnienia w realizacji robót budowlanych, których postęp w stosunku do harmonogramu nie gwarantuje terminowego zakończenia I etapu prac do dnia 10 listopada 2012 r. Z pisma powódki z dnia 22 listopada 2012 r. (karta 145 akt) wynika natomiast, że zamawiający pytał wykonawcę o termin zakończenia pierwszego etapu robót. W piśmie z dnia 13 grudnia 2012 r. (karta 19 akt) powódka wezwała wykonawcę do wznowienia prac, które pomimo polecenia w tym względzie nie są prowadzone. Z kolei w piśmie z dnia 17 grudnia 2012 r. (karta 170 akt) powódka podniosła, że w dniu 28 listopada 2012 r. wykonawca zaproponował wykonanie I etapu w 3,5 miesiąca po terminie, wskazał, że na radzie budowy z 30 listopada 2012 r. nakazał wstrzymanie prac do czasu rozważenia kwestii przez prawników, że w dniu 5 grudnia odbyła się narada w Urzędzie Miejskim, że wyrażona została w tym zakresie zgoda, ale przy jednoczesnym naliczaniu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu prac i ich potrącaniu z należnościami wynikającymi z faktur wystawionych przez wykonawcę, że nieprawdopodobne jest, by w 3 dni wykonawca rozwiązał umowy z podwykonawcami. Zamawiający wskazał, że roboty powinny zostać wznowione w dniu 6 grudnia. Z notatki z dnia 19 grudnia 2012 r. (karta 171 akt) wynika natomiast, że prace nadal nie są wykonywane (poza pracami hydraulicznymi). Takie same okoliczności wynikają z notatki z dnia 7 stycznia 2013 r. (karta 172 akt). Wynika z niej, że w trakcie wizji lokalnej stwierdzono brak jakichkolwiek prac na zewnątrz i wewnątrz budynku. W piśmie z dnia 14 stycznia 2013 r. (karta 22 akt) powódka złożyła wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 6 grudnia 2013 r. w oparciu o przepis art. 635 k.c. informując przy tym o naliczeniu kar umownych. W tym zakresie powódka wystosowała do wykonawcy odrębne pismo z dnia 4 stycznia 2013 r. (karta 20 akt), do którego dołączona została nota księgową nr (...) z dnia 4 stycznia 2013 r. opiewająca na kwotę 575.640 zł i dotycząca naliczenia kar umownych za okres od dnia 11 listopada 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r. Nie ulega więc wątpliwości, że do wykonania pierwszego etapu prac nie doszło w ustalonym w umowie terminie. Okoliczność ta zresztą nie była pomiędzy stronami sporna. Ostatecznie w dniu 22 stycznia 2013 r. sporządzony został protokół inwentaryzacji robót (karty 173 – 179a akt). Już więc tylko te okoliczności uzasadniały skorzystanie z uprawnienia przysługującego beneficjentowi. Rację ma przy tym Sąd wskazując, że kwestie odstąpienia od umowy, czy naliczenia kar umownych mają o tyle znaczenie, o ile wpisują się w przesłanki nienależytego wykonania umowy i w konsekwencji odpowiedzialności wykonawcy robót. Nie oznacza to jednak, że według Sądu, co próbują sugerować skarżący, skorzystanie z gwarancji uzależnione było od dokonania tych czynności. To, że wskutek nienależytego wykonania umowy powódka ostatecznie ze swoich uprawnień skorzystała pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Nie sposób uznać, że opóźnienie w wykonaniu prac objętych tą umową nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Obowiązek wydania palcu budowy, co oczywiście ciążył na zamawiającym co wynika zarówno z regulacji art. 647 k.c., jak z postanowień samej umowy, a konkretnie jej § 7 ust. 1 pkt. 1. Nie ulega wątpliwości, że do takiego przekazania doszło. Wskazuje na to już tylko treść protokołu przekazania terenu budowy z dnia 6 grudnia 2011 r. (karta 57 akt). Dokument ten został podpisany przez uczestników procesu budowlanego, w tym oczywiście wykonawcy. Znalazł się w nim wprawdzie zapis, że w ocenie wykonawcy dojazd do placu budowy jest utrudniony. Po pierwsze jednak oznacza to, że wykonawca teren przejął, a po drugie, że dostęp do placu budowy istniał. To zresztą w związku z tą uwagą zamawiający w piśmie z dnia 7 grudnia 2011 r. (karta 58 akt) przekazał wykonawcy teren działki nr (...) w zakresie umożliwiającym wykonanie wszelkich niezbędnych robót budowlanych związanych z realizacją inwestycji. Tutaj też prosił o sporządzenie organizacji palcu budowy z dokładnym zwymiarowaniem proponowanego wjazdu na budowę i wjazdu alternatywnego. Rację ma Sąd I instancji wskazując z odwołaniem się do zeznań świadka K. B. (1), że wykonawca mógł się zapoznać z dokumentacją przetargową, w tym z dokumentacją dotyczącą terenu budowy. Miał też nieograniczoną możliwość dokonania analizy tej dokumentacji, jej konfrontacji z rzeczywistym stanem rzeczy (należy zaznaczyć, że tego rodzaju rozbieżności nie były podnoszone przez strony). Jeżeli wykonawca

więc dysponował stosowną dokumentacją i będąc profesjonalistą nie miał w tym zakresie wątpliwości, nie zadawał ewentualnych pytań do zamawiającego, nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń przed rozpoczęciem prac, to uznać należy, że znane mu były wszelkie warunki wykonania prac i je akceptował. Co więcej wykonawca w umowie wprost oświadczył, że z całą dokumentacją się zapoznał, że nie wnosi do niej uwag, że uznaje je za podstawę realizacji przedmiotu umowy (§ 5). Musiał więc znać dokładnie teren budowy, panujące na nim warunki, istniejące wjazdy, ich parametry i w tym kontekście oceniać możliwość realizacji przez siebie prac. Skutków ewentualnych własnych niedopatrzeń w tym zakresie nie może przerzucać na zamawiającego. Należy przy tym odróżnić kwestię wydania placu budowy z istniejącym do niej dojazdem, z określonymi w samej dokumentacji jego warunkami, który to obowiązek zamawiający spełnił, od kwestii organizacji placu budowy, od dostosowania wjazdów dla własnych potrzeb, od ewentualnego wykonania w tym zakresie dodatkowych czynności. Podobnie nie jest uprawnione zrównywanie tych kwestii z zakresem prac objętych zamówieniem publicznym. To, że w tym zakresie mogły wystąpić utrudnienia i rzeczywiście, jak wynika z przedstawionej w toku postępowania korespondencji, rzeczywiście wystąpiły, nie ma znaczenia dla oceny spełnienia obowiązków wykonawcy. Musiał je uwzględniać na etapie uczestnictwa w przetargu i później na etapie zawierania umowy o roboty budowlane. Nie sposób przy tym uznać, jak sugerują skarżący, że dokumentacja nie zawierała w tym zakresie jakichkolwiek postanowień, że na wykonawcę nałożone zostały tym samym dodatkowe obowiązki związane z organizowaniem wjazdu na budowę. Przede wszystkim z zeznań projektanta i osoby sprawującej nadzór autorski P. C. wynika jednoznacznie, że kwestia wjazdu na budowę była w niej poruszona. Konkretnie świadek wskazał na przewidzianą w niej możliwość rozbiórki narożnika starego budynku żłobka. Już więc tylko ta okoliczność wskazuje po pierwsze na zauważenie tego zagadnienia przez projektantów, a po drugie jego rozwiązanie. Ponadto z pisma samego wykonawcy z dnia 25 stycznia 2012 r. (karty 74 - 76 akt) wynika, że w dokumentacji technicznej prezentowana była koncepcja wjazdu na budowę (wjazd do starego żłobka). Co więcej wykonawca wskazał na istnienie w tej dokumentacji innego rozwiązania wjazdu. W projekcie budowlanym bowiem, jak wskazał w tym piśmie, przewidziany został inny przebieg drogi od wjazdu do starego żłobka, która przewidywała określoną w tym projekcie konieczność wycinki trzech drzew. Okoliczności te zresztą po części przyznali sami interwenienci uboczni w swojej apelacji. Zasadnie też powódka w odpowiedzi na tą apelację odwoływała się do postanowień Rozdziału XV pkt. 4 i Rozdziału X ust. 3 pkt. 1 SIWZ, z których wynikało, że to na wykonawcy ciążyły obowiązki związane z zagospodarowaniem placu budowy, poniesienia kosztów utrudnień organizacyjnych związanych z pracą przy czynnym obiekcie i na ograniczonym terenie. Ponadto z zapisów tych wynikało, że wykonawca winien organizując zaplecze budowy uwzględniać nie tylko obowiązujące przepisy, ale także warunkami dysponentów nieruchomości. Wszystkie te dowody jednoznacznie świadczą o tym, że kwestia wjazdu na budowę była przedmiotem dokumentacji, że przewidywane były w tym zakresie możliwe dodatkowe czynności i że to wykonawca miał ponieść ich koszt. Podpisując więc umowę i przyjmując wynikające z niej terminy wykonania prac powinien wszystkie te okoliczności uwzględnić. Słusznie wreszcie Sąd I instancji zwrócił uwagę na kwestię przesunięcia terminu wykonania prac zgodnie z aneksem nr (...) do umowy z dnia 6 grudnia 2011 r. Pomimo zgłaszanych we wcześniejszych pismach (z dnia 25 stycznia 2012 r., z dnia 7 lutego 2012 r.) utrudnień związanych z organizacją wjazdu na teren budowy wykonawca w piśmie z dnia 30 marca 2012 r. (karta 86 akt) przesłał nowy harmonogram robót z uwzględnieniem przesunięcia terminu o 35 dni nic nie wspominając już o kwestii braku dogodnego wjazdu na teren budowy. Wprawdzie kwestia ta pojawiła się ponownie w notatce służbowej z dnia 26 kwietnia 2012 r. (karty 137 – 138 akt), jednakże tylko jako jedna z kilku przyczyn, które zdaniem wykonawcy uzasadniały zmianę terminu wykonania prac. Ostatecznie jednak strony ustaliły, że przesunięcie robót nastąpić ma z uwagi na złe warunki pogodowe. Po pierwsze więc uznać należy, że w tym okresie prace i tak nie mogły być wykonywane, a jednocześnie okres ten mógł zostać wykorzystany na rozstrzygnięcie kwestii organizacji ruchu i wjazdu na budowę. Ten więc czas nie miał wpływu na terminowość prac. Po drugie sam wykonawca najwyraźniej uznał, że

pomimo zgłaszanych utrudnień jest w stanie wykonać umowę w nowym terminie. W dniu 30 marca 2012 r. znany był już okres, jakie był niezbędny do opracowania organizacji ruchu i jego zatwierdzenia. Znamienna w tym zakresie jest treść pisma wykonawcy z dnia 20 lutego 2012 r. (karty 90 – 91 akt) wykonawca wskazywał, że rozwiązanie zagadnień wjazdów na teren budowy, a konkretnie wydania opinii związanej wpływem zorganizowanych wjazdów na okoliczne budynki i budowle u na budowle) powinno nastąpić do dnia 29 lutego 2012 r., a więc do daty ustąpienia mrozów, albowiem później generowane będzie to koszty i straty (takie zresztą stanowisko

prezentowane było w piśmie wykonawcy z dnia 7 lutego). Pismo to jednoznacznie wskazuje, że prace nie były jeszcze prowadzone z uwagi na warunki atmosferyczne, a ponadto, że ich rozpoczęcie nastąpi po dniu 29 lutego 2012 r. Potwierdza to najistotniejsza z punktu widzenia rozstrzygnięcia zagadnienia terminowości wykonania prac w kontekście konieczności przygotowania wjazdów na budowę okoliczność, że jak wynika z zeznań słuchanych w sprawie świadków do sierpnia 2012 r. prace postępowały zgodnie z planem, nie było opóźnień, natomiast kłopoty zaczęły się dopiero w tym miesiącu. Świadczy to o tym, że nie taka była rzeczywista przyczyna ich wystąpienia. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w piśmie zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2012 r. (karta 87 akt). Znajduje się w nim zapis dotyczący zaniepokojenia wyraźnym spowolnieniem robót w stosunku do harmonogramu. Wcześniej tego rodzaju pisma (oczywiście poza przedstawionymi wyżej pismami związanymi z kwestią wjazdów na budowę). Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że w późniejszym terminie wykonawca nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń związanych z terminem wykonania prac, żadnych roszczeń z tego tytułu.

Reasumując więc stwierdzić należy, że Sąd I instancji niewadliwie ocenił dowody i w konsekwencji ustalił, że wjazd na teren budowy nie stanowił rzeczywistej przyczyny opóźnienia prac wykonawcy, a nadto, jeżeli nawet uznać (czego Sąd Apelacyjny nie przyjął), że z tego powodu opóźnienia miałyby wystąpić, to stan taki wynikał z okoliczności leżących po stronie wykonawcy prac.

Podzielić również należało ustalenia Sądu w zakresie zmian projektowych dokonywanych w trakcie wykonywania prac, czy też innych pojawiających się w trakcie budowy problemów. Sytuacje takie się pojawiały (wykonanie nadproża, wykonanie świetlików, rozwiązywanie dachu, wstawienie stolarki okiennej, wykonanie wentylacji i związanej z nią instalacji elektrycznej, wykonanie izolacji zewnętrznej ścian) i wymagały rozwiązania. Jak jednak słusznie wskazano w pisemnych motywach rozstrzygnięcia, miały one charakter drobny, taki jaki pojawia się na budowie. Już więc tylko z tego powodu uznać należało, że wykonawca prac ustalając w umowie termin ich zakończenia winien takie typowe, zdarzające się na każdej budowie sytuacje przewidzieć i wkalkulować w swoje ryzyko. Nie ulega przy tym wątpliwości, że zamawiający właśnie w tym celu nie tylko organizował cotygodniowe narady, ale też zapewnił nadzór autorski projektanta, który na bieżąco czynił stosowne ustalenia i w razie potrzeby dokonywał niezbędnych zmian projektowych. Świadek K. B. (2) wprost wskazała, że zamawiający zapewnił nadzór autorski, nadzór projektowy, a dokonywane zmiany były nieistotne, nie wymagające pozwolenia na budowie, dotyczyły detali. Odnosząc się do kwestii wentylacji wskazała, że nie zostały sporządzone nowe projekty, czy nowa dokumentacja, a wątpliwości wyjaśniane były na budowie. Wskazała zresztą, że to wykonawca nie bardzo potrafił ją odczytać. Dokładnie takiej samej treści zeznania złożyła świadek A. G.. Wspomniany już świadek P. C. wskazał, że pojawiające się problemy były standardowe, typowe dla budów, że nie było zagadnień szczególnych, a dokonywane ewentualnie zmiany były nieistotne (np. zmieniony rysunek dotyczący zamontowania obróbek blacharskich). Dodał, że pojawiające się zagadnienia były na bieżąco, niezwłocznie rozwiązywane. Wskazał wprawdzie, że trwało to od 2 dni do dwóch tygodni, jednakże jednoznacznie oświadczył, że nie wpływały one na możliwość wykonywania prac, a w niektórych sytuacjach nawet umożliwiały ich szybsze wykonanie (np. zmiana materiałów izolacji zewnętrznej ścian). W innym miejscu świadek wskazał, że nie było nigdy takiej sytuacji, by musiało nastąpić wstrzymanie całości prac. Znamienne są w tym zakresie również zeznania świadka M. K., który będąc kierownikiem budowy w ogóle nie pamiętał, czy do przerwania prac wskutek zmian projektowych doszło. Nie mogły więc być one na tyle istotne, co znajduje potwierdzenie w zeznaniach wskazanych wcześniej osób. Taką wersję zdarzeń potwierdzili także podwykonawcy. Świadek A. D. wskazywał na normalny postęp swoich prac, co istotne dodając, że największym problemem były kwestie finansowe, a konkretnie brak płatności ze strony wykonawcy. Wskazał na normalny przebieg budowy. Z kolei świadek M. T. (wykonawca prac elektrycznych) zeznał, że w okresie, w którym pracował nie było problemów wynikających z dokumentacji. Potwierdził natomiast, że były problemy z płatnościami i to właśnie ta przyczyna powodowała problemy z realizacją robót. Podwykonawcy bowiem wstrzymywali dalsze prace, co powodowało przesunięcia następnych i w konsekwencji niedotrzymanie terminów wynikających z harmonogramu. Wskazał również, że wystąpiły rzeczywiście problemy z wentylatorami i węzłem, które jednak rozwiązano na budowie i nie spowodowały one niedotrzymania terminów robót. Co znamienne dla oceny kwestii instalacji elektrycznej wskazał, że zszedł z budowy wcześniej widząc, że są problemy z płatnościami, a tym samym wykonał tylko część okablowania, nie wykonał też montażu. Świadek T. B. natomiast nie miał w ogóle wiedzy na temat występujących opóźnień. Świadek L. S. zeznał, że wewnątrz budynku były zmiany, ale niewielkie

i typowe dla rodzaju wykonywanych prac. Na miejscu uzgadniali to z inspektorem nadzoru, działo się to od ręki. Dodał, że główny wykonawca zszedł z budowy chyba z uwagi na złe oszacowanie inwestycji. Zdaniem świadka budowa przebiegała normalnie do dwóch miesięcy przed zejściem z placu. Także on wiązał taką sytuację z problemami w płatności na rzecz podwykonawców ze strony wykonawcy. Pełniący funkcję kierownika robót od wiosny 2012 r. świadek T. S. wskazał, że prace wykonywane były na bieżąco, że organizowane były narady dotyczące przebiegu prac, odnośnie bieżących spraw. Także on podniósł, że były drobne sprawy do rozwiązania, jak na każdej budowie. Ocenił, że charakter problemów na tej budowie nie był uciążliwy. Także on opuścił budowę z uwagi na brak płatności. Nieco odmienne zeznania złożył świadek T. R. będący kierownikiem budowy od 10 maja 2012 r. do 17 stycznia 2013 r. Wskazał bowiem na pojawiające się problemy z dokumentacją, co dotyczyło wykonania nadproża, dodatkowych wzmocnień. Zeznał jednak, że stan surowy został zrealizowany zgodnie z harmonogramem, co także potwierdza, że zmiany projektowe nie były na tyle istotne, by wpłynąć na termin wykonania prac. Wskazywał wprawdzie również na wystąpienie problemów związanych ze zmianą instalacji dachu, co trwało dwa tygodnie, czy też problemów z doświetleniem, co do których na decyzję inwestora trzeba było czekać trzy tygodnie, jednakże oświadczył, że w tym czasie inne prace były wykonywane (jak np. uzbrojenie terenu, wykonywanie ścian działowych). Potwierdził również wystąpienie problemów z podwykonawcami, co w jego ocenie miało miejsce od września 2012 r. Zeznał, że nie było pieniędzy na zakup grzejników, że nie można było wykonać sufitów podwieszanych z uwagi na wykonawcę wentylacji, że tak samo było z elektrycznością – firma opóźniła się z jej wykonaniem, a potem zeszła. Podwykonawcy nie chcieli bowiem pracować, opóźniła się realizacja robót. Świadek ten wskazał na występujące braki dokumentacji dotyczące okablowania do wentylatorów, na błąd w projekcie co do ułożenia pompy na dachu, na przestawianie grzejników, czy na kwestię wykonania świetlików. Dodał jednak jednoznacznie, że problemy z wentylacją, czy też z dachem nie miały wpływu na tempo robót, nie wstrzymywały ich, i ostatecznie nie przedłużyło prac na tyle, by nie wykonać ich w terminie. Generalnie ocenił współpracę z zamawiającym jako prawidłową. Zamawiający reagował na pojawiające się zagadnienia, starał się pomóc. Co istotne zeznał, że w maju i czerwcu nie było opóźnień, co tylko potwierdza, że zasadniczą przyczyną opóźnień były jednak problemy z płatnościami, a nie pojawiające się problemy techniczne.

Rację ma też Sąd wskazując, że nie sposób uznać, by kłopoty ze stolarką okienną były wynikiem okoliczności leżących po stronie Gminy. Wykonawca dysponował stosowną dokumentacją, wiedział jakiego rodzaju okna mają zostać wykonane. Jako więc profesjonalista winien ocenić, czy prace w tym zakresie jest w stanie wykonać, czy nie zaistnieją problemy techniczne. Wykonawca mógł, a nawet powinien na odpowiednio wczesnym etapie inwestycji dokonać rozeznania u producentów okien co do możliwości ich wykonania. Uczynił to natomiast dopiero na etapie, w którym okna winny być już montowane. Jak przy tym wynika z zeznań świadka T. R. nie istniały jakiegokolwiek przeszkody, by stosowne zapytania i ustalenia poczynić wcześniej. Prawidłowo ustalił Sąd, że zamówienie okien winno nastąpić z takim wyprzedzeniem, by z chwilą ukończenia stanu surowego możliwe było ich natychmiastowe wstawienie. Tym samym uznać należy, że już tylko ta okoliczność, niezależnie od innych, powodowała wstrzymanie prac, co oznacza, że nawet gdyby inne zostały uznane za zawinione przez zamawiającego, do opóźnienia i tak by doszło. Jak wynika z pisma wykonawcy z dnia 4 września 2012 r. (karta 142 akt) wszystkie sygnalizowane kwestie pojawiły się w zbliżonym czasie. Zaznaczenia wymaga, że stan surowy wykonany został w czerwcu, a do tego czasu, jak wyżej wskazano prace przebiegały planowo. Taka natomiast sytuacja doprowadziła do konieczności dokonania zmian projektowych. Należy dodatkowo zwrócić uwagę, że sam wykonawca niezależnie od powyższych kwestii w tym piśmie przyznał, że występuje opóźnienie w robotach tynkarskich oraz związanych z wykonaniem posadzek, a więc w pracach innych od tych, których dotyczyły występujące problemy. Wykonawca wskazał, że opóźnienia te zostaną nadrobione do 5 października 2012 r. (z treści dziennika budowy, a konkretnie z zapisów na jego 113 stronie - karta 166 akt wynika, że np. zgłoszenie problemów z okablowaniem wentylatorów pojawiło się 12 września 2012 r., a prace w tym zakresie zostały ponowione po przesłaniu rysunku w dniu 19 września 2012 r.). Potwierdza to mail z dnia 18 września 2012 r. (karta 167 akt).

Podzielić należy również ustalenia Sądu I instancji w zakresie kwestii związanych z funkcjonowaniem podwykonawców na budowie. Po pierwsze brak dowodów, z których wynikałoby, jak twierdzili interwenienci uboczni, że powódka zniechęcała podwykonawców do wykonywania prac. Po drugie takie działania w świetle kierowanych do wykonawcy ponagień co do tempa prac uznać należałoby za całkowicie nieracjonalne i wprost wzajemnie sprzeczne. Po trzecie z przedstawionych wcześniej zeznań świadków wynikało jednoznacznie, że problem tkwił nie w odmowie

akceptacji podwykonawców, a w braku płatności ze strony wykonawcy co skutkowało przerywaniem przez nich robót, schodzeniem z budowy. Zgromadzone dowody nie dają też podstaw do uznania, że odmowa zgody na wykonywanie prac przez dwóch podwykonawców wpłynęła na możliwość wykonania umowy. Z pisma powódki z dnia 14 grudnia 2012 r. (karta 109 akt) wynika jednoznacznie, że odmowa nie miała już jakiegokolwiek znaczenia z uwagi na niewykonanie w terminie I etapu prac, a ponadto, jak słusznie zauważył Sąd I instancji, przedstawione w nim przez Gminę motywy takiej decyzji uznać należało za racjonalne. W piśmie z dnia 12 grudnia 2012 r. (karta 108 akt) wykonawca zwrócił się o akceptację podwykonawcy przesyłając zawartą w tym zakresie umowę. Powódka w piśmie z dnia 13 grudnia 2012 r. (karta 109) nie wyraziła na to zgody wskazując na przekroczenie już o ponad miesiąc terminu zakończenia I etapu prac, na deklaracje wykonawcy, że jest w stanie ukończyć te prace do dnia 23 lutego 2013 r. i wreszcie na brak deklaracji w ofercie przetargowej, że roboty związane z wykonaniem sufitów podwieszanych powierzone zostaną innemu podmiotowi. Należy mieć na uwadze, że w tym zakresie sama kwestia dotycząca ewentualnego przyspieszenia prac nie miała rozstrzygającego znaczenia. Wyrażenie zgody wiązało się przede wszystkim z przejściem odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Zamawiający musiał oceniać własne ryzyko, tym bardziej, gdy uwzględniał się stan zaawansowania prac oraz kłopoty finansowe wykonawcy. Należy przy tym zauważyć, że wykonawca ustalając termin wykonania prac w umowie o roboty budowlane, w świetle zapisów SIWZ musiał się liczyć z sytuacją, że nie wszystkie prace będzie mógł wykonać angażując dodatkowego przedsiębiorcę. Nie bez znaczenia pozostaje też okoliczność, że Gmina w tym zakresie nie prezentowała stanowiska absolutnie sztywnego, negatywnego dla wykonawcy o czym świadczą jej pisma z dnia 23 lipca 2012 r. (karta 139 akt) oraz z dnia 21 września 2012 r. (karta 140 akt), w których takie zgody były wyrażane. Potwierdziła to w swoich zeznaniach świadek A. G. wskazując, że dwóch podwykonawców zostało zgłoszonych dodając przy tym, że pozostali dwaj podwykonawcy zgłoszeni zostali już po terminie wykonania prac i właśnie z tego względu zgoda nie została wyrażona.

Ostatecznie więc prawidłowo Sąd I instancji uznał, że te okoliczności nie mogły wpłynąć na termin wykonania prac. Nie było to możliwe już tylko z tej przyczyny, że dotyczyło okresu po umownym terminie wykonania I etapu prac.

Niezrozumiałe okazały się zarzuty związane z zawarciem przez inwestora nowej umowy ze (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S.. Nie sposób uznać, a zgromadzone dowody na to nie wskazują, by kwestia ta miała jakikolwiek wpływ na termin wykonania prac. Sama natomiast modernizacja węzła cieplnego niewątpliwie opóźniła się z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy wskazać, że sami interwenienci uboczni w swojej apelacji wprost wiązali to opóźnienie nie z wadliwą dokumentacją, a z terminem wydania placu budowy (zorganizowania wjazdów) i w konsekwencji przesunięciem, jak wskazali o 90 dni, wszystkich etapów prac przewidzianych w harmonogramie. Z przyczyn przedstawionych wcześniej, po pierwsze nie sposób uznać, by była to okoliczność leżąca po stronie powódki, a po drugie z materiału dowodowego wynika, że do sierpnia prace wykonywane były planowo, co oznacza, że kwestia wjazdów na tempo prac nie wpłynęła. Odwoływanie się więc do niej było całkowicie bezpodstawne. Już więc tylko z tego powodu zarzuty apelacji nie zasługiwały na uwzględnienie. Jak słusznie zaznaczył Sąd I instancji, strony umowy o roboty budowlane ustaliły w harmonogramie, że prace związane z modernizacją węzła cieplnego dokonane zostaną w sierpniu 2012 r. Było to związane z przerwą wakacyjną (należy pamiętać, że stara część złołka funkcjonowała normalnie) oraz z brakiem konieczności dostarczania w tym okresie ciepła. Późniejsza modernizacja z tych właśnie przyczyn nie była możliwa. Pierwsze natomiast czynności związane z modernizacją węzła rozpoczęły się we wrześniu, co potwierdza dokumentacja dotycząca otwarcia dopiero w tym okresie pomieszczenia, w którym prace miały być wykonywane (związana z tym była wskazywana przez Sąd konieczność wymiany zamka i klucza). W sposób oczywisty ta kwestia wpłynęła zarówno na tempo, jak i w ogóle na możliwość wykonania prac związanych czy to z posadzkami, czy też z tynkami gipsowymi. Nie zaistniała bowiem możliwość dostarczenia ciepła niezbędnego do utrzymania właściwej temperatury pomieszczeń, ich wysuszenia. To właśnie ta okoliczność spowodowała konieczność opracowania dokumentacji dotyczącej tymczasowego rozwiązania. Świadek K. B. (2) zeznała, że wszyscy mieli świadomość, że przerwa wakacyjna przypada na sierpień i dlatego w tym miesiącu miał zostać przerobiony węzeł i podłączony do nowego budynku. Wykonawca się tego nie podjął i w zasadzie od września zaprzestał wszelkich prac. Co ważne świadek wskazała, że na zadawane pytania wykonawca odpowiadał, że nie jest płacone, że firma jest w słabej kondycji, że padały z jej strony deklaracje szybkiego wykonania tych prac. Po rozpoczęciu natomiast

funkcjonowania starego budynku żłobka nie było już można dokonać modernizacji węzła, stąd powstała dokumentacja awaryjna do grzania. Świadek podkreśliła, że nie było żadnych przeszkód w wykonaniu tych prace. Sama modernizacja polegała tylko na zwiększeniu mocy. Istniała przy tym dokumentacja techniczna dotycząca węzła ciepłego, a w oparciu o tę samą dokumentację wykonał węzeł nowy wykonawca. Świadek A. G. oświadczyła, że do sierpnia roboty postępowały prawidłowo, a od tego miesiąca brak było już postępów, przy czym wykonawca tłumaczył to problemami finansowymi. Potwierdziła, że przebudowa węzła miała mieć miejsce w sierpniu 2012 r. Do starego węzła po jego remoncie miał zostać podłączony nowy budynek. Projektant zamawiającego w związku z brakiem wykonania tych prac wykonał nowe, tymczasowe rozwiązanie. Świadek P. C. oznajmił, że w projekcie przewidziane było dostosowanie istniejącego węzła do nowych potrzeb. Okazało się, że nie można było wyłączyć instalacji, bo w tym momencie już dzieci przychodziły do żłobka. Podkreślił, że wcześniej można i trzeba było te prace wykonać. Zaistniała w takiej sytuacji konieczność zastosowania innego, tymczasowego rozwiązania. Jak to określił, „wykonawca przespał chwilę, w której mógł to zrobić i to pomimo tego, że inwestor zwracał mu kilkakrotnie uwagę na ta kwestię i to dużo wcześniej, zwracał uwagę na daty”. Zeznania natomiast świadka T. B. są w tym względzie niejednoznaczne. Z jednej bowiem strony wskazał, że nie było w ogóle dokumentacji dotyczącej węzła ciepłego, co pozostaje w całkowitej sprzeczności z przedstawionymi wcześniej zeznaniami świadków, w tym samego projektanta, a z drugiej strony w innym miejscu wskazał, że były rysunki wykonawcze dotyczące podłączenia węzła, z tym że nie wie, czy miały charakter tymczasowy, czy docelowy. Co jednak najważniejsze, wiąże to z okresem listopada 2012 r., a więc okresem, w którym i tak prace nie mogły być już wykonane. Świadek wskazywał przy tym na zbyt małą moc dotychczasowego węzła ciepłego, na konieczność zamontowania wydajniejszego wymiennika ciepła i dodatkowej pompy. Nawet więc jeżeli rzeczywiście brak było stosownej dokumentacji (czemu sprzeciwiają się zeznania świadków), to i tak prace związane z węzłem nie mogły zostać już wykonane. Nie sposób więc uznać, że z tą okolicznością nie można wiązać opóźnienia w wykonaniu prac. Brak, czy błędy w dokumentacji projektowej nie mogły mieć znaczenia dla powstania opóźnienia, skoro w momencie, w którym tego rodzaju prace miały być zrealizowane wykonawca do nich nie przystąpił uniemożliwiając tym samym na późniejszym etapie ich kontynuowania w związku z uruchomieniem instalacji na potrzeby starego budynku żłobka. Opóźnienia natomiast nie można utożsamiać z koniecznością wykonania rozwiązania tymczasowego, opracowania w tym zakresie stosownej dokumentacji. Tak więc brak możliwości dostarczenia ciepła niezbędnego do suszenia posadzek, czy tynków po sierpniu 2012 r. obciążał w całości wykonawcę. Konieczność wykonania rozwiązania tymczasowego potwierdził również świadek L. S.. Dodał, że zastosowano trzy dodatkowe pompy i instalacja pracowała przez okres zimowy, przy czym świadek prace te wykonywał, gdy już nie było wykonawcy na budowie. W samym natomiast węźle nie dokonywano zmian. Ponadto wyraźnie wskazał na istnienie projektu w tym zakresie. Co istotne potwierdził, że bez ogrzewania nie można było wykonywać prac wewnątrz nowego budynku, że była duża wilgoć. Na same zastosowanie tymczasowego rozwiązania problemu dostarczenia ciepła wskazał też świadek T. S., ale nie znał szczegółów. Świadek T. R. zeznał, że w harmonogramie zakładano, iż węzeł ciepły wykonany zostanie w trakcie przerwy wakacyjnej, a konkretnie w sierpniu. Zaistniała natomiast konieczność wykonania rozwiązania tymczasowego. Należy przy tym zwrócić uwagę na stanowisko samego wykonawcy, który w piśmie z dnia 12 grudnia 2012 r. (karta 106 akt) wskazał, że kwestia wentylacji, czy ogrzewania spowodowała wstrzymanie prac tynkarskich, ale w październiku i listopadzie, a więc już po terminie wykonania prac określonym na sierpień. Co więcej w piśmie tym wykonawca wskazał na dostarczenie rozwiązania tymczasowego w dniu 7 grudnia 2012 r.

Reasumując stwierdzić należy, że Sąd I instancji zasadnie ustalił, że wykonawca nienależycie wykonał umowę, że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie i w konsekwencji skutecznie odstąpił od umowy z dnia 6 grudnia 2011 r. Tym samym nie sposób uznać, że dopuścił się naruszenia regulacji art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Ponownie jednak zwrócić należy uwagę, że kwestia samego odstąpienia od umowy nie miała dla rozstrzygnięcia znaczenia. Oznacza to jednocześnie, jak już wyżej wskazano, bezpodstawność naruszenia przez Sąd przepisu art. 5 k.c. Powódka uprawniona była do skorzystania z uprawnień wynikających z umowy gwarancji i nie stanowiło to w żadnym przypadku nadużycia prawa. Podkreślenia wymaga, co zresztą zauważyli sami skarżący, że podniesienie tego rodzaju zarzutu możliwe jest tylko w sytuacjach absolutnie wyjątkowych, w których dochodzi do próby uzyskania nienależnych korzyści czy też do zмовы zainteresowanych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 sierpnia 2014 r., sygn. akt IV CSK 683/13 niepubl.). Przepis art. 5 k.c. nie może bowiem prowadzić do zanegowania sensu całej konstrukcji

prawnej gwarancji ubezpieczeniowej w sposób ewidentnie sprzeczny z jej celem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2016 r. (sygn. akt II CSK 307/15).

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, apelacje wniesione zarówno przez pozwanego, jak i interwenientów ubocznych jako bezzasadne należało na podstawie art. 385 k.p.c. oddalić.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c., art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Zgodnie z pierwszym z nich, sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Jednocześnie art. 98 § 1 k.p.c. stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Pozwany przegrał sprawę wywołaną swoją apelacją, stąd zobowiązany był zwrócić powodce poniesione przez nią koszty, na które składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 5.400 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 i § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późniejszymi zmianami). Podstawę zasądzenia wynagrodzenia dla ustanowionego z urzędu pełnomocnika interwenientów ubocznych stanowił natomiast § 6 pkt. 7 w zw. z § 13 ust. 1 pkt. 2 oraz § 2 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 z późniejszymi zmianami).

Zgodnie z treścią art. 107 k.p.c. interwenient uboczny, do którego nie mają zastosowania przepisy o współuczestnictwie jednolitym, nie zwraca kosztów przeciwnikowi strony, do której przystąpił. Sąd może jednak przyznać od interwenienta na rzecz wygrywającego sprawę przeciwnika strony, do której interwenient przystąpił, zwrot kosztów wywołanych samoistnymi czynnościami procesowymi interwenienta. Sąd może także przyznać interwenientowi koszty interwencji od przeciwnika obowiązane do zwrotu kosztów. W niniejszej sprawie wprawdzie interwenienci złożyli własną apelację, jednakże po pierwsze zakres zaskarżenia orzeczenia był taki sam, jak zakres zaskarżenia wyroku przez pozwanego, a po drugie przedstawiona w ich apelacji argumentacja była tożsama z argumentacją pozwanego. Odnosiło się zarówno do rodzaju sformułowanych zarzutów, jak i ich uzasadnienia. Wszyscy skarżący wskazywali na wadliwą wykładnię postanowień gwarancji ubezpieczeniowej w kontekście możliwości podniesienia zarzutów wynikających ze stosunku podstawowego, wszyscy skarżący formułując zarzuty dowolnej oceny dowodów donosili je do tych samych dowodów i w konsekwencji poczynionych na ich podstawie ustaleń. Tym samym uznać należało, że faktycznie nie istniała potrzeba podjęcia przez stronę powodową dodatkowych czynności, dodatkowej obrony w związku z wywiedziona apelacją także przez interwenientów ubocznych. Wskazuje na to zresztą treść złożonej przez powódkę odpowiedzi na ich apelację, która zbieżna jest z treścią odpowiedzi na apelację pozwanego.

SSO (del.) A. Bednarek - Moraś SSA T. Żelazowski SSA M. Gołuńska