

Sygnatura akt VIII GC 241/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 maja 2017 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Leon Miroszewski

Protokolant: Joanna Drobińska

po rozpoznaniu w dniu 9 maja 2017 roku w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w M.

przeciwko 1) (...) A. C., (...) spółce jawnej w restrukturyzacji z siedzibą w B.

2) Przedsiębiorstwo (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.

z udziałem nadzorcy sądowego (...) A. C., (...) spółki jawnej w restrukturyzacji z siedzibą w B.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanych solidarnie na rzecz powódki kwotę 40.893,75 (czterdzieści tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt trzy 75/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 23 lutego 2016 roku;

II. zasądza od pozwanej (...) A. C., (...) spółki jawnej w restrukturyzacji z siedzibą w B. na rzecz powódki kwotę 54.029,60 (pięćdziesiąt cztery tysiące dwadzieścia dziewięć 60/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 31 grudnia 2015 roku oraz ustawowe odsetki za opóźnienie od kwot: 543.968,98 złotych od dnia 24 grudnia 2015 roku do dnia 30 grudnia 2015 roku, 40.893,75 złotych od dnia 31 grudnia 2015 roku do dnia 22 lutego 2016 roku;

III. oddala powództwo w pozostałej części;

IV. ustala zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów procesu pomiędzy powódką a pozwanymi przy uwzględnieniu, że powódka wygrała proces wobec pozwanej ad 1) w wymiarze 90 procent, a wobec pozwanej ad 2) w wymiarze 39 procent, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Sygnatura akt VIII GC 241/16

UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w M. wniosła o zasądzenie od pozwanej (...) A. C., (...) spółce jawnej z siedzibą w B. i pozwanej Przedsiębiorstwo (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. solidarnie kwoty 104.894,27 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 31 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 553.939,90 zł od 24 grudnia 2015 r. do 30 grudnia 2015 r. Domagała się też zasądzenia zwrotu kosztów postępowania. Uzasadniając dochodzone roszczenie powołała się na zawartą z pozwaną spółką (...) – generalnym wykonawcą – umowę nr (...) oraz fakt zgłoszenia jej jako podwykonawcy pozwanej spółce Przedsiębiorstwo (...) – inwestorowi. Na mocy tej umowy powódka miała otrzymywać jednorazowe zlecenia od pozwanego generalnego wykonawcy na zrealizowanie określonych robót na określonym odcinku inwestycji i

w określonym terminie. Odbiór tych robót miał następować wraz z odbiorem całej części inwestycji, której były elementem, przez inwestora, zaś po tym odbiorze generalny wykonawca miał zapłacić umówione wynagrodzenie na podstawie faktury VAT wystawionej według rzeczywistej ilości wykonanych robót w terminie 30 dni od jej doręczenia. Dalej powódka stwierdziła, że za wykonane prace wystawiła fakturę nr (...) na kwotę 553.939,90 zł doręczoną 23 listopada 2015 r. Pozwany generalny wykonawca zapłacił za nią jednak tylko częściowo, a nadto z opóźnieniem, zaś obecnie do zapłaty pozostała kwota żądana pozwem. Odpowiedzialności pozwanego inwestora powódka upatrywała z kolei w art. 647¹ § 5 k.c.

Powódka przyznała, że nie wykonała ostatniego ze zleceń wystawionych przez pozwanego generalnego wykonawcę, gdyż w jej ocenie zostało ono dokonane po terminie, na jaki zawarto umowę nr (...), a w konsekwencji generalny wykonawca odmawiając zapłaty żądanej kwoty powołał się na naliczenie i potrącenie kary umownej w kwocie 50.864,67 zł oraz zatrzymanie kwoty 54.029,60 zł z wystawionej faktury tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy w związku z (kwestionowanym przez powódkę) nieprzedłożeniem aneksu do gwarancji na wykonane roboty.

Pozwany generalny wykonawca – (...) A. C., (...) Spółka jawna z siedzibą w B. – złożył odpowiedź na pozew, w której wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania. Uzasadniając swoje stanowisko pozwana przyznała co prawda zawarcie umowy nr (...), jednak zaznaczyła, że ilość robót określona była dokładnie w załączniku nr 2 do tej umowy, zaś poszczególne zlecenia wystawiane były tylko dlatego, że nie było wówczas możliwe określenie, w jakich terminach roboty powódki będą mogły być wykonywane – a wymagana była w tym zakresie koordynacja z innymi pracami. Pozwana (...) zakwestionowała stanowisko powódki, że nie udostępniła jej we właściwym terminie przedmiotu robót, uważała, że opóźnienia w toku prac zostały zawinione przez powódkę, wreszcie nie wykonała części robót, przez co pozwany generalny wykonawca musiał w tym zakresie zatrudnić inny podmiot. Z tego też powodu naliczyła powódce karę umowną za 18 dni opóźnienia, potrąconą następnie z wynagrodzenia. Co do pozostałej niezapłaconej kwoty powołała się na postanowienia umowne, nakładające na powódkę obowiązek złożenia gwarancji ubezpieczeniowej, co według niej nie zostało prawidłowo wykonane, to zaś uzasadniało zatrzymanie na podstawie umowy części wynagrodzenia tytułem zabezpieczenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi.

Również pozwany inwestor – Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. – wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie zwrotu kosztów postępowania. Pozwana ta poparła argumentację pozwaną (...), a nadto w zakresie swojej ewentualnej odpowiedzialności względem powódki dodała, że stosownie do art. 647¹ § 5 k.c. winna być ona ograniczona jedynie do wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez powódkę, jako podwykonawcę, w zakresie należności głównej. Odpowiedzialność ta nie powinna nadto obejmować zwrotu kaucji gwarancyjnej przez pozwanego generalnego wykonawcę.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. W toku postępowania otwarto postępowanie restrukturyzacyjne pozwanej (...) A. C., (...) Spółki jawnej z siedzibą w B., a do sprawy jako interwenient uboczny przystąpił nadzorca sądowy tej pozwanej w restrukturyzacji.

Stan faktyczny i wskazanie dowodów:

Powódka – (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa z siedzibą w M. – prowadzi działalność gospodarczą w zakresie budownictwa drogowego dotyczącego m.in. wykonywania nawierzchni asfaltowych. Z kolei pozwana – (...) A. C., (...) spółka jawna z siedzibą w B. (dalej jako: pozwana (...)) – w ramach prowadzonej przez siebie działalności w zakresie budownictwa realizowała jako generalny wykonawca roboty budowlane na rzecz pozwanego inwestora – Przedsiębiorstwa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. (dalej jako: pozwana ad. 2) – w ramach kontraktu o nazwie „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w gminie D.” nr (...) w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na obszarze Związku (...) (...) Roboty, które mieściły się w zakresie kontraktu łączącego generalnego wykonawcę z inwestorem (umowa nr (...) z 17 maja 2013 r.) – zgodnie z projektem dotyczyły odtworzenia nawierzchni dróg już po wykonaniu robót związanych z budową sieci kanalizacji. Zrealizowanie tych prac wymagało najpierw wykonania robót ziemnych, następnie ułożenia podbudowy z kruszywa łamanego, na niej podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego i wreszcie warstwy ścieralnej z

betonu asfaltowego. Roboty realizowane przez powódkę jako podwykonawcę (prawidłowo zgłoszonego inwestorowi), na podstawie zawartej z pozwanym generalnym wykonawcą umowy nr (...) z 15 stycznia 2015 r., miały dotyczyć jedynie części z zakresu tych prac polegającej na ułożeniu nawierzchni drogowych z mieszank mineralno-asfaltowych z ułożeniem siatki i taśmy bitumicznej oraz podbudowy z tłucznia. Wykonywanie robót ziemnych nie mieściło się w zakresie obowiązków powódki jako podwykonawcy.

Dowody: - projekt budowlany i wykonawczy „Odtworzenie nawierzchni – Drogi

powiatowe” (k. 143-185);

- wystąpienie wykonawcy nr (...) (k. 222);

- projekt umowy nr (...) z załącznikami (k. 223-229);

-wystąpienie wykonawcy nr (...) (k. 17);

- pismo inżyniera rezydenta z 15.01.2014 r. (k. 18);

- pismo generalnego wykonawcy (k. 19);

- umowa nr (...) z 15.01.2015 r. (k. 20-28).

Zgodnie z § 2 ust. 1 zawartej 15 stycznia 2015 r. przez powódkę z pozwaną (...) umowy nr (...) pozwana ta (określany w umowie jako zamawiający) zleciła, a powódka (określana w umowie jako wykonawca) przyjęła do wykonania roboty polegające na ułożeniu nawierzchni drogowych z mieszkanek mineralno-asfaltowych wraz z ułożeniem siatki i taśmy bitumicznej oraz podbudowy z tłucznia w zakresie opisanym w załączniku nr 2 do umowy, na odcinkach dróg po robotach sieciowych w ramach inwestycji pn.: „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w gminie D.”, kontraktu nr (...), zgodnie z dokumentacją projektową dostarczoną przez pozwaną (...), specyfikacją techniczną z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania oferentów oraz modyfikacjami pozwanego inwestora w przetargu na realizację tego zadania.

Wspomniany załącznik nr 2 do umowy stanowiło zestawienie cen jednostkowych z wyszczególnieniem poszczególnych elementów rozliczeniowych robót oraz wskazaniem ich ilości do wykonania według obmiaru, ceny jednostkowej oraz wartości netto. I tak do wykonania było ogółem:

- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR1, KR2 – warstwa wiążąca gr. 6 cm w ilości 866 m² za cenę jednostkową 42,00 zł/m² – łącznie 36.372,00 zł netto,
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR1, KR2 – warstwa ścieralna gr. 4 cm w ilości 1.339 m² za cenę jednostkową 32,00 zł/m² – łącznie 42.848,00 zł netto,
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR3 – warstwa wiążąca gr. 4 cm w ilości 30.322 m² za cenę jednostkową 27,00 zł/m² – łącznie 818.694,00 zł netto,
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR3 – warstwa ścieralna gr. 4 cm w ilości 30.322 m² za cenę jednostkową 28,25 zł/m² – łącznie 856.596,50 zł netto,
- bitumiczna warstwa wyrównawcza KR3 gr. min. 3 cm w ilości 1.287 t za cenę jednostkową 300,00 zł/t – łącznie 386.100,00 zł netto,

- wykonanie podbudowy – warstwa wyrównawcza z tłucznią gr. 3-10 cm wraz z transportem i załadunkiem kruszywa, badaniami nośności, z materiału dostarczonego na plac budowy przez generalnego wykonawcę w ilości 25.000 m² za cenę jednostkową 4,80 zł/m² – łącznie 120.000,00 zł netto,
- wbudowanie geosiatki o włóknach szklanych 120 kN w ilości 2.000 m² za cenę jednostkową 13,00 zł/m² – łącznie 26.000,00 zł netto,
- wbudowanie taśmy bitumicznej w ilości 2.000 mb za cenę jednostkową 4,50 zł/mb – łącznie 9.000,00 zł netto,
- badanie nośności podbudowy w ilości 12 szt. za cenę jednostkową 150 zł/szt. – łącznie 1.800 zł netto.

W ust. 2 zapisano, że prace objęte umową będą wykonywane na podstawie jednorazowych zleceń, wystawionych przez przedstawicieli zamawiającego, uruchamiających poszczególne etapy robót, w których określone zostaną między innymi: miejsce wykonywania robót, odcinki robót oraz termin wykonania poszczególnych etapów robót objętych zakresem umowy.

Zgodnie z ust. 3 kierownik robót bitumicznych każdorazowo miał dokonywać odbioru odcinka roboczego objętego danym etapem robót i określić ewentualny zakres prac do wykonania przed przystąpieniem do robót odtworzeniowych asfaltowych. Do wykonania przedmiotu umowy miał być zastosowany przez powódkę beton asfaltowy produkowany na podstawie recept zatwierdzonych przez inżyniera kontraktu, jak również jego akceptację winny uzyskać stosowane przez powódkę materiały przed ich wbudowaniem (ust. 4). Powódka miała wykonywać roboty zgodnie z decyzjami zarządcy drogi, zgodnie ze sztuką budowlaną, wiedzą techniczną i poczynionymi uzgodnieniami (ust. 5). Strony postanowiły też (ust. 6), że prace powódki miały być realizowane w oparciu o przekazaną jej dokumentację stanowiącą załącznik nr 1 do umowy, w tym projekty budowlane i wykonawcze, warunki ogólne kontraktu, warunki szczegółowe kontraktu specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami i modyfikacjami.

Jednocześnie w § 3 umowy nr (...) wskazano, że w ramach jej wykonywania przedstawicielem pozwanej (...) będzie F. C., zaś powódki – K. M..

Stosownie do § 5 ust. 1 umowy pozwana (...) miała obowiązek przekazania powódce terenu budowy i udostępnienia dokumentacji projektowej, a także dokonania odbiorów częściowych i końcowych etapów robót oraz całego przedmiotu umowy. Szereg obowiązków powódki określono z kolei w ust. 2.

§ 6 umowy dotyczył terminów realizacji jej przedmiotu i tak zgodnie z ust. 1 termin rozpoczęcia robót miał nastąpić z dniem podpisania umowy, zaś termin zakończenia robót objętych zakresem umowy ustaliły na 31 lipca 2015 r. (ust. 2). Następnie zaś dwoma aneksami – aneksem nr (...) z 27 lipca 2015 r. i aneksem nr (...) z 17 września 2015 r. – zmieniały pierwotnie ustalony termin zakończenia robót odpowiednio na 18 września 2015 r. i na 28 września 2015 r. Z kolei w ust. 3 strony wskazały, że terminy realizacji poszczególnych elementów zleczonych robót będą każdorazowo określone w zleceniach wystawianych przez przedstawiciela pozwanego generalnego wykonawcy. Ponadto przed wejściem powódki na każdy etap robót miał zostać ustalony harmonogram realizacji robót (ust. 4). Zgodnie z ust. 5 odbiór końcowy etapu robót miał nastąpić na podstawie „protokołu odbioru technicznego nawierzchni jezdni” przez zarząd dróg i inspektora robót drogowych, natomiast odbiór końcowy przedmiotu umowy – stosownie do ust. 6 – miał nastąpić na podstawie protokołu końcowego odbioru inwestycji przez inwestora, po zakończeniu robót stanowiących przedmiot kontraktu. Ponadto powódka była zobowiązana do bezwzględnej przestrzegania ograniczeń czasowych wykonawstwa robót nałożonych przez pozwaną (...), pod rygorem obciążenia powódki karami, opłatami administracyjnymi i innymi sankcjami zastosowanymi przez inwestora względem pozwanej (...).

Strony w § 7 ust. 1 umowy postanowiły z kolei, że szacunkowe wynagrodzenie powódki za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w załączniku nr 2 do niej, ustalają na kwotę 2.297.410,50 zł netto, zaś ostateczne rozliczenie nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe zgodnie z załącznikiem nr 2 i rzeczywiste ilości robót wykonane zgodnie ze

specyfikacją techniczną i dokumentacją projektową, potwierdzone przez kierownika budowy lub kierownika robót generalnego wykonawcy i inspektora robót drogowych (ust. 2). Wynagrodzenie należne powódce miało przy tym zostać podwyższone o należny podatek VAT (ust. 3-5).

Zgodnie z § 8 ust. 1 umowy rozliczenie za przedmiot umowy miało następować po zakończeniu realizacji każdego etapu robót na podstawie faktur VAT składanych po wystawieniu przez inżyniera kontraktu przejściowego świadectwa płatności, zawierającego roboty objęte konkretnym etapem robót. Powódka miała wystawiać faktury za wykonane etapy robót zgodnie z ich postępowaniem, na podstawie protokołu odbioru z obmiarem powykonawczym potwierdzającym jakość i rzeczywistą ilość wykonanych robót, podpisanego przez przedstawicieli stron, po wcześniejszym odbiorze przez inspektora nadzoru i inżyniera kontraktu oraz dostarczeniu generalnemu wykonawcy protokołów z odbioru technicznego nawierzchni jezdni podpisanych przez zarządcę drogi. Wartość robót miała zostać określona w oparciu o ceny jednostkowe zestawione w załączniku nr 2 do umowy.

W § 10 umowy strony uregulowały sprawę gwarancji wykonawcy (powódki), ustalając, że okres gwarancji wynosi 12 miesięcy od dnia wskazanego przez inżyniera w świadectwie przyjęcia robót dla całego kontraktu (ust. 1), okres rękojmi zaczyna się od daty wystawienia przez inżyniera świadectwa przejęcia dla całości robót objętych kontraktem głównym i kończy się po upływie 60 miesięcy licząc od tej daty (ust. 2). W ust. 3 strony postanowiły, że w celu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń pozwanej (...) z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy oraz roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi na wykonane roboty, powódka jako podwykonawca miała dostarczyć do dnia wystawienia pierwszej faktury bezwarunkową, nieodwołalną gwarancję bankową lub ubezpieczeniową, na kwotę stanowiącą równowartość 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1, płatną na pierwsze żądanie, przy czym (a) 100% wartości gwarancji miało być ważne do 30 dnia od dnia wydania świadectwa przejęcia dla całości kontraktu, zaś (b) 30% wartości gwarancji do 15 dnia od dnia upływu okresu rękojmi. Treść gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej miała być zaakceptowana przez generalnego wykonawcę (ust. 4). W przypadku niedostarczenia gwarancji pozwana (...) mogła zatrzymać z każdej faktury wystawionej przez powódkę kwotę stanowiącą równowartość 10% jej wynagrodzenia brutto – tytułem zabezpieczenia gwarancji dobrego wykonania (ust. 5). Zabezpieczenie to miało być zaś zwrócone w ten sposób, że jego (a) 70% miało być zwrócone po zakończeniu i odbiorze końcowym przez inżyniera kontraktu zadania inwestycyjnego, w terminie 30 dni od daty doręczenia pozwanemu generalnemu wykonawcy pisemnego wniosku powódki; (b) 30% – po zakończeniu okresu rękojmi, w terminie 15 dni od daty doręczenia generalnemu wykonawcy pisemnego wniosku podwykonawcy (ust. 6).

Strony ustanowiły także w § 15 umowy kary umowne jako obowiązującą formę odszkodowania. Zgodnie z ust. 2 pkt 2.1. powódka miała zapłacić karę umowną pozwanej (...) m.in. w wysokości 0,1% swojego wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (podpunkt 2.1.1.).

Jako załączniki do umowy wskazano: załącznik nr 1 – dokumentacja, załącznik nr 2 – zestawienie cen jednostkowych, załącznik nr 3 – harmonogram robót, załącznik nr 4 – protokół zaawansowania robót, załącznik nr 5 – protokół odbioru wykonanych robót budowlanych, załącznik nr 6 – zestawienie faktur oraz recepty na wykonanie nawierzchni asfaltowej zaakceptowane przez inżyniera kontraktu.

Dowody: - **umowa nr (...) z 15.01.2015 r. (k. 20-28);**

- **projekt budowlany i wykonawczy „Odtworzenie nawierzchni –**

Drogi powiatowe” (k. 143-185)ł

- **załączniki nr 2-6 (k. 29-33);**

- **aneks nr (...) z 27.07.2015 r. do umowy nr (...) (k. 34);**

- **aneks nr (...) z 17.09.2015 r. do umowy nr (...) (k. 35).**

Wykonując § 10 ust. 3 umowy nr (...) powódka zawarła umowę gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy nr (...) w dniu 30 marca 2015 r. z (...) S.A., na mocy której ubezpieczyciel zobowiązał się udzielić pozwanemu generalnemu wykonawcy gwarancji zapłaty do łącznej sumy gwarancyjnej w wysokości 282.581,49 zł, bezspornie i bezwarunkowo, po otrzymaniu pierwszego wezwania na piśmie, podpisanego przez osoby upoważnione do reprezentowania generalnego wykonawcy, zawierającego oświadczenie, że powodowy podwykonawca nie wywiązał się ze swoich zobowiązań wynikających z umowy, bez konieczności przedstawiania przez pozwanego generalnego wykonawcę dowodów, podstaw lub powodów żądania określonej kwoty.

Następnie okres ważności gwarancji był wydłużany kolejno aneksami nr (...) z 11 września 2015 r. (w ten sposób, że gwarancja obowiązywała w 100% do 30 dnia od daty wystawienia świadectwa przyjęcia całości robót, nie później jednak niż do 2 listopada 2015 r., zaś w 30% tj. kwocie 84.774,45 zł do 15 dnia od upływu okresu rękojmi, nie później niż do 17 października 2020 r.) i nr 2 z 22 stycznia 2016 r., który przedłużał ważność gwarancji w 30% tj. kwocie 84.774,45 zł do 15 dnia od upływu okresu rękojmi, nie później jednak niż do 16 grudnia 2020 r. Drugi ze wskazanych aneksów został przy tym przesłany do uzgodnienia generalnemu wykonawcy e-mailem z 23 grudnia 2015 r.

Dowody: - ***gwarancja należytego wykonania umowy nr (...)***

z 30.03.2015 r. (k. 67-68, 206-207);

- aneks nr (...) z 11.09.2015 r. do gwarancji nr (...) (k. 208);

- aneks nr (...) z 22.01.2016 r. do gwarancji nr (...) (k. 69);

- e-mail z 23.12.2015 r. (k. 62);

- projekt aneksu nr (...) do gwarancji nr (...) (k. 63).

Pomimo określenia w załączniku nr 2 do umowy nr (...) i w samej umowie, że powódka miała wykonywać również podbudowy, ostatecznie strony przyjęły, że będzie realizowała jedynie układanie warstw mineralno-bitumicznych. Będący kierownikiem robót drogowych K. M., który reprezentował w ramach inwestycji powódkę jak podwykonawcę, oczekiwał na e-mailowe zgłoszenia ze strony generalnego wykonawcy, że dany odcinek drogi jest gotowy do położenia warstw mineralno-bitumicznych (asfaltu), wówczas otrzymywał – niekiedy faxem – zlecenie wykonania prac na danym odcinku drogi. Prace wykonywane przez powódkę były w zasadzie ostatnimi pracami, jakie na danym odcinku wykonywano. Dany odcinek w chwili przekazania go powódce musiał być przy tym gotowy do rozścielania asfaltu. Bywało przy tym tak, że z uwagi m.in. na warunki atmosferyczne (nieodpowiednia temperatura – aby kłaść nawierzchnię mineralno-bitumiczną temperatura nie mogła być niższa niż 5°C) prace nie mogły być w danym czasie wykonywane, bądź też generalny wykonawca opóźniał się w stosunku do przyjętego harmonogramu z przygotowaniem poszczególnych odcinków drogi pod prace powódki. Takie opóźnienia były podstawą przedłużania pierwotnie określonego w § 6 ust. 2 umowy nr (...) terminu zakończenia robót.

Dowody: - ***zeznania świadka K. M. (k. 292-294, 298a);***

- zeznania świadka F. C. (k. 318-320, 322);

- przesłuchanie reprezentanta powódki Ł. M.

(k. 359#360, 361);

- pismo z dat: 28.05.2015, 24.07.2015, 4.09.2015, 4.09.2015, 7.09.2015,

8.09.2015 r. (k. 51-56).

Prace powódki były odbierane protokołami zaawansowania robót. We wrześniu 2015 roku powódka wykonała prace, które zostały przyjęte zgodnie z protokołem odbioru technicznego z dnia 18 września 2015 roku. Rozliczenie tych prac nastąpiło zgodnie z protokołem odbioru wykonanych robót budowlanych z 20 listopada 2015 roku na kwotę 450.352 złotych netto.

Dowody: - protokół odbioru technicznego z 18.09.2015 r. (k. 36);

- protokół odbioru wykonanych robót z 20.11.2015 r. (k. 37-37v);

- wydruk skanu pomiaru powierzchni roboczej warstwy ścieralnej

i wiążącej (k. 38);

- protokół zaawansowania robót z 20.11.2015 r. za okres od 1 do

17.09.2015 r. (k. 39).

F. C. (reprezentujący pozwaną (...)) e-mailem z 29 września 2015 r. przesłał reprezentującemu powódkę Ł. M. projekt aneksu nr (...) do umowy nr (...), którym termin zakończenia robót miałby zostać przedłużony do 30 listopada 2015 r. Powódka odmówiła jednak jego zawarcia.

Dowody: - e-mail z 29.09.2015 r. (k. 49);

- projekt aneksu nr (...) do umowy nr (...) (k. 50);

- zeznania świadka F. C. (k. 318-320, 322);

- przesłuchanie reprezentanta powódki Ł. M.

(k. 359#360, 361).

27 października 2015 r. reprezentant pozwanego generalnego wykonawcy F. C. przesłał przedstawicielowi powódki K. M. wiadomość e-mail, w którym wskazał, że od 12 listopada 2015 r. będą przygotowywane do asfaltowania następujące odcinki drogi w miejscowościach G. i M.:

- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR1, KR2 – warstwa ścieralna gr. 4 cm ul. (...) w ilości 947,0 m² w G.,
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR1, KR2 – warstwa wiążąca gr. 6 cm ul. (...) w ilości 332,5 m² w G.,
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR3 – warstwa ścieralna gr. 4 cm w ilości 2.268 m² w G. i w ilości 1.350 m² w M.,
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR3 – warstwa wiążąca gr. 4 cm w ilości 1.999 m² w G. i w ilości 1.154 m² w M..

Dowód: e-mail z 27.10.2015 r. (k. 142).

20 listopada 2015 r. powódka wystawiła pozwanej (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 450.357,64 zł netto (553.939,90 zł brutto) za ułożenie nawierzchni drogowych z mieszanek mineralno-asfaltowych wraz z ułożeniem siatki i taśmy bitumicznej oraz podbudowy z tłuczni na odcinkach dróg po robotach sieciowych w ramach inwestycji pn. „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w gminie D., Kontrakt (...) – umowa nr (...) z 15.01.2015 r.”. Termin zapłaty oznaczono w niej jako 20 grudnia 2015 r. Faktura ta została odebrana przez przedstawiciela pozwanego generalnego wykonawcy F. C. 23 listopada 2015 r.

Pozwana (...) dokonała zapłaty powódce za fakturę nr (...) kwoty 449.045,63 zł przelewem z 30 grudnia 2015 r.

Dowody: - faktura nr (...) z 20.11.2015 r. (k. 40);

- wydruk potwierdzenia wykonanej operacji z 30.12.2015 r. (k. 41).

4 grudnia 2015 r. reprezentant pozwanej (...) F. C. wystawił powódce jako podwykonawcy zlecenie na wykonanie robót w następującym zakresie:

- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR1, KR2 – warstwa wiążąca gr. 6 cm w ilości 332,5 m² (ul. (...)),
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR1, KR2 – warstwa ścieralna gr. 4 cm w ilości 939,0 m² (ul. (...)),
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR3 – warstwa wiążąca gr. 4 cm w ilości 1.391,0 m² (ul. (...)),
- odtworzenie nawierzchni bitumicznej KR3 – warstwa ścieralna gr. 4 cm w ilości 2.311,0 m² (ul. (...)),
- frezowanie istniejącej nawierzchni gr. 8 cm w ilości 700,0 m².

Roboty te miały zostać rozpoczęte od 7 grudnia 2015 r., a zakończone do 11 grudnia 2015 r. Zaznaczono przy tym, że są to roboty zaległe, zgodnie ze świadectwem przyjęcia całości robót. F. C. wskazał jednocześnie, że w przypadku nieprzystąpienia do prac w terminie generalny wykonawca naliczy podwykonawcy karę umowną na podstawie umowy nr (...).

Dowody: - zlecenie z 4.12.2015 r. (k. 141);

- świadectwo przejęcia całości robót z 1.12.2015 r. (k. 43-43v).

W okresie od 26 listopada do 20 grudnia 2015 r. temperatury maksymalne w okolicach G. wahały się od 2,6°C do 12,3°C w dzień, a minimalne od -0,26°C do 8,1°C w nocy.

Dowody: - pismo z 20.03.2017 r. (k. 352);

- Dobowe wartości temperatury powietrza dla G.

w okresie od 26.11. do 20.12.2015 r. (k. 355).

Powódka jako podwykonawca odmówiła pismem datowanym na dzień 7 grudnia 2015 roku, wysłanym w dniu 10 grudnia 2015 roku, wykonania prac określonych w zleceniu z 4 grudnia 2015 r., bowiem uważała, że upłynął termin określony w umowie, w którym zobowiązana była do wykonywania zleceń generalnego wykonawcy. Uważała też, że robót tych nie da się wykonać w określonym terminie z uwagi na warunki pogodowe niepozwalające na położenie asfaltu. J. odmawiała uznania, że zaszły przesłanki zlecenia wykonawstwa zastępczego.

Dowody: - pismo z 7.12.2015 r. (k. 44-45);

- pismo z 11.12.2015 r. (k. 57);

- pismo z 16.1. (...). (k. 58);

- zeznania świadka K. M. (k. 292-294, 298a);

- zeznania świadka F. C. (k. 318-320, 322);

- przesłuchanie reprezentanta powódki Ł. M.

(k. 359#360, 361).

Z uwagi na powyższą odmowę pozwana (...) zleciła zrealizowanie tych prac umową nr (...) spółce akcyjnej z siedzibą w B.. Spółka ta wykonała w terminie do 29 grudnia 2015 r. zlecony jej zakres robót o wartości 270.628,77 zł netto i wystawiła za nie dwie faktury: nr (...) z 29 grudnia 2015 r. i nr (...).2016. (...) z 20 stycznia 2016 r.

Dowody: - umowa nr (...) z 9.12.2015 z załącznikami 2-6 (k. 186-199);

- faktura nr (...) z 29.12.2015 r. (k. 200);

- faktura nr (...) z 20.01.2016 r. (k. 201);

- protokół końcowego odbioru wykonanych robót budowlanych

z 20.01.2016 r. (k. 209-210);

- protokół końcowy zaawansowania robót z 20.01.2016 r. (k. 211).

Pozwana (...) wystawiła w związku z tym powódce 29 grudnia 2015 r. notę księgową nr (...) na kwotę 50.864,67 zł z tytułu kary umownej na podstawie § 15 ust. 2 pkt 2.1. ppkt 2.1.1. umowy nr (...) z 15 stycznia 2015 r. w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy w okresie od 12 grudnia 2015 r. do 29 grudnia 2015 r. w związku z nieprzystąpieniem do realizacji robót w terminie zgodnym ze świadectwem przejęcia całości robót.

Nota ta została wysłana powódce wraz z pismem z 29 grudnia 2015 r., w którym pozwany generalny wykonawca oświadczył, że potrąca należność z tej noty księgowej z należnością powódki z faktury nr (...). W tym samym piśmie wskazał że w związku z nieprzedłożeniem aneksu do gwarancji rękojmi na wykonane roboty zgodnie z umową zatrzymuje też 30% wartości należnego zabezpieczenia z tej faktury w kwocie 54.029,60 zł i dokonując potrącenia tej kwoty ze wskazanej faktury.

Dowody: - nota księgowa nr (...) z 29.12.2015 r. (k. 204);

- pismo z 29.12.2015 r. (k. 61, 205).

Powódka pismem z dnia 5 stycznia 2016 r. zakwestionowała zasadność obciążenia jej karą umowną z noty nr 04/2015 oraz zatrzymania 30% wynagrodzenia brutto z faktury nr (...), a jednocześnie wezwała pozwaną (...) do uiszczenia pozostałej należności z tej faktury w terminie 3 dni od daty pisma. Pismo to zostało wysłane 5 stycznia 2016 r. Kolejne wezwanie do zapłaty wystosowała 2 lutego 2016 r.

Pismem z 4 stycznia 2016 r., doręczonym 5 stycznia 2016 r. powódka domagała się też zapłaty pozostałej kwoty wynagrodzenia z faktury nr (...) (tj. kwoty 104.894,27 zł) od pozwanej ad. 2, jako zobowiązanej solidarnie. Kolejne wezwanie do zapłaty do inwestora powódka skierowała pismem z 15 lutego 2016 r.

Pozwany inwestor odpowiedział na wezwanie do zapłaty pismem z 23 lutego 2016 r. kwestionując co do zasady swoją odpowiedzialność w zakresie zatrzymanej z faktury nr (...) przez generalnego wykonawcę kaucji gwarancyjnej powołując się na to, że jego odpowiedzialność na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. dotyczy tylko odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia, a nie za zwrot kaucji. Co do kwoty potrąconej przez generalnego wykonawcę kary umownej zaś wskazał, że skoro doszło do potrącenia, to wiarygodność powódki wygasła na podstawie art. 499 k.c. Tym niemniej w jej ocenie, aby pozwany inwestor miał odpowiadać, według niego najpierw konieczne jest ustalenie w tym zakresie odpowiedzialności generalnego wykonawcy.

Dowody: - pisma powódki z 4.01. 2016, 5.01.2016, 29.01.2016 z potwierdzeniami

nadania (k. 64-76);

- pismo pozwanej (...) z dnia 15.02.2016 (k. 77-78);

- wezwania do zapłaty z odpowiedzią (k. 73, 79-80).

Ocena dowodów:

Ustalenia faktyczne sprawy oparte zostały przede wszystkim na wyżej wskazanych dowodach pisemnych, które pozwoliły na zrekonstruowanie treści łączącej powódkę z pozwanym generalnym wykonawcą umowy, jak również pozwalały na ustalenie, w jakim zakresie i w jaki sposób umowa ta została wykonana, jak również jakie strony zajmowały stanowiska w korespondencji po wystawieniu przez powódkę faktury za wykonane prace. Pozwalały też stwierdzić wykonawstwo zastępcze w zakresie tych prac, których powódka nie wykonała mimo zlecenia, oraz kosztów tego wykonawstwa.

Dowody z dokumentów umownych, a także dokumentów w postaci pism stron, protokołów i faktur, zostały uzupełnione innymi dowodami pisemnymi – stosownie do art. 309 w zw. z art. 245 k.p.c. – w postaci korespondencji e-mailowej prowadzonej przez przedstawicieli stron w toku realizacji inwestycji, przy czym osoby, które prowadziły tę korespondencję potwierdziły to w złożonych na rozprawie zeznaniach. Wskazane dowody nie były przy tym wzajemnie kwestionowane przez strony, ani nie budziły wątpliwości. Sporna w zasadzie między stronami na tym polu była jedynie interpretacja postanowień łączącej je umowy, a w konsekwencji obowiązki powódki w zakresie wykonania ostatniego zlecenia wydanego przez pozwaną (...) z 4 grudnia 2015 r., jak i dotyczące obowiązku przedłożenia kolejnego aneksu do umowy gwarancji ubezpieczeniowej przedłużającego jej okres i wysokość gwarancji. W zakresie wykładni umowy brak było jednak wniosków dowodowych, wobec czego nie było możliwe ustalenie inaczej rzeczywistego zgodnego zamiaru, niż poprzez obiektywną wykładnię złożonych na piśmie oświadczeń woli. Wprawdzie przedstawiciel powódki wskazywał na kwalifikację umowy stron jako zobowiązującą powódkę do starannego działania, a nie oddania rezultatu, jednakże stanowi to ocenę prawną strony. Ocena prawna w niniejszej sprawie, obejmująca wyjaśnienie podstawy prawnej z przytoczeniem przepisów prawa oraz rozważaniami prawnymi, również w tym zakresie, zostanie przedstawiona niżej.

Jeśli chodzi o zeznania świadków, to istotne dla rozstrzygnięcia sprawy były jedynie zeznania K. M. i F. C., którzy reprezentowali strony w toku wykonywania umowy oraz cały czas byli zaangażowani w proces budowlany. Wskazali oni przede wszystkim na praktykę wykonywania umowy, która polegała na przedstawianiu w konkretnym czasie i w określony sposób, zadania powódki na konkretnym odcinku robót, przy czym zeznania tych świadków potwierdziły, że zlecenia były przedstawiane w różnej formie – pocztą elektroniczną, faxem, na piśmie (w tradycyjny sposób). Było to o tyle istotne, że pozwalało na ustalenie, że powódka już wcześniej, niż wskazała to w pozwie, została uprzedzona (e-mailem z 27 października 2015 r.), że gotowy jest do wykonania kolejny odcinek powierzonych jej prac.

Tylko uzupełniające znaczenie miało w tym zakresie przesłuchanie reprezentanta powódki Ł. M., przy czym należy stwierdzić, że nie stanowiło ono zaprzeczenia otrzymania przez powódkę wzmiankowanej korespondencji, a jedynie wskazywało na okoliczności zlecenia z dnia 4 grudnia 2015 roku i uwarunkowań wykonania tego zlecenia. W tym zakresie należy zauważyć, że relacja przedstawiciela powódki w sprawie możliwości wykonania zlecenia nie była przekonująca. Nie jest prawdą, że powódka nie mogła przygotować się do wykonania zlecenia (w kontekście wcześniejszej korespondencji z dnia 27 października 2015 roku), ani że nie było możliwości jego wykonania z uwagi na uwarunkowania obiektywne (skoro zakres ten został jednak wykonany przez inny podmiot).

Bez znaczenia – według kryteriów wynikających z art. 227 k.p.c. – dla rozstrzygnięcia sprawy okazały się zeznania pozostałych świadków, w szczególności pracowników pozwanej ad. 2. Nieistotne były więc relacje pomiędzy generalnym wykonawcą a inwestorem (sam zaś fakt zgłoszenia i uzyskania zgody na podwykonawcę nie był sporny, a nadto był należycie udokumentowany).

Ocena prawna.

Powódka w niniejszej sprawie domagała się od pozwanych solidarnej zapłaty pozostałej do zapłaty kwoty z faktury nr (...), w wymiarze 104.894,27 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od 31 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 553.939,90 zł od 24 grudnia 2015 r. do 30 grudnia 2015 r. Podstawy prawnej roszczenia sama zaś powódka upatrywała w art. 647 k.c., natomiast solidarnej odpowiedzialności pozwanego inwestora w art. 647¹ § 5 k.c.

Definicja umowy o roboty budowlane, zawarta w art. 647 k.c. obejmuje obowiązek zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego (inwestora). Jeśli chodzi o unormowania co do umów o podwykonawstwo, to objęte one zostały treścią przepisów art. 647¹ k.c., zwłaszcza mających znaczenie wówczas, gdy obowiązkiem wypłaty wynagrodzenia ma być obciążony nie tylko bezpośrednio zamawiający podwykonawstwo, ale też zamawiający dla zamawiającego. Powołany wyżej przepis art. 647¹ § 5 k.c. stanowi podstawę solidarnej odpowiedzialności takiego zamawiającego z bezpośrednio zamawiającym, po spełnieniu warunków określonych na podstawie art. 647¹ § 1-4 k.c. Nie było przez strony kwestionowane, że warunki te (w brzmieniu obowiązującym w niniejszej sprawie, a więc przed zmianą omawianej regulacji, która weszła w życie w dniu 1 czerwca 2017 roku) wystąpiły, w szczególności powódka została prawidłowo zgłoszona inwestorowi (pозwanej ad. 2) jako podwykonawca pozwanej (...), zaś inwestor podwykonawcę zaakceptował.

Niesporne w niniejszej sprawie było także wykonanie przez powódkę robót, za które została wystawiona sporna faktura nr (...), z której nota bene część należności – w kwocie 449.045,63 zł została zapłacona przez pozwaną (...) 30 grudnia 2015 r. Co do dochodzonej zaś powództwem kwoty 104.894,27 zł pozwana (...) podniosła zarzut potrącenia ze swoimi wierzytelnościami. Tym samym pozwana (...) przyznała że dochodzona przez powódkę wierzytelność istniała, jednakże została już zaspokojona poprzez kompensatę z wierzytelnością pozwanego. To na tej więc pozwanej, stosownie do art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c., spoczywał ciężar udowodnienia, że rzeczywiście przysługiwały jej przedstawione do potrącenia wierzytelności, oraz że zostały one skutecznie potrącone z wierzytelnością powódki.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c. do potrącenia mogą być przedstawione wierzytelności pieniężne lub w zakresie rzeczy tej samej jakości oznaczonych tylko co do gatunku, pod warunkiem wymagalności i zaskarżalności obu wierzytelności. Pozwana (...) przedstawiła do potrącenia dwie wierzytelności: w kwocie 50.864,67 zł z tytułu kary umownej zastrzeżonej w § 15 pkt 2.1.1. umowy pomiędzy powódką a tą pozwaną, nr (...) oraz w kwocie 54.029,60 zł z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 30% wynagrodzenia brutto z faktury nr (...), z uwagi na niedostarczenie w terminie aneksu nr (...) do umowy gwarancji ubezpieczeniowej zawartej przez powódkę z towarzystwem ubezpieczeniowym ze wskazaniem pozwanej (...) jako beneficjenta gwarancji. Zatrzymanie to miało zaś zostać dokonane na podstawie § 10 ust. 5 umowy nr (...).

Zgodnie z art. 483 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Zastrzeżenie umowne, o którym mowa w art. 483 § 1 k.c., powinno wskazać zdarzenie lub sytuację (źródło) powodujące powstanie obowiązku zapłacenia kary umownej. Nie budzi wątpliwości, że zdarzeniem, z którym pozwana (...) wiąże roszczenie o zasądzenie kary umownej, jest niedotrzymanie terminu wykonania umowy.

Kara umowna ma charakter swoistego ryczałtu, a to oznacza, że jej wysokość nie jest ściśle uzależniona od wysokości szkody, a nawet od jej powstania. Zależy jedynie od wskazanego w umowie niewykonania lub nienależytego wykonania umownych zobowiązań niepieniężnych. Wierzyciel nie ma więc obowiązku wykazywania rozmiaru poniesionej szkody, a jedynie wykazać winien, że strony zawarły umowę, w której zastrzegły karę umowną na wypadek określonego nienależytego wykonania lub niewykonania przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego, a także że dłużnik tego zobowiązania nie wykonał lub wykonał je nienależycie. Dłużnik może zaś przeprowadzić ekskulpację analogicznie jak w przypadku odpowiedzialności z art. 471 k.c., natomiast z tym zastrzeżeniem, że do uwolnienia się od obowiązku zapłaty kary umownej co do zasady nie wystarczy dowodzenie, że uprawniony do żądania kary nie poniósł szkody.

W zakresie potrącenia kwoty 50.864,67 zł pozwana (...) zobowiązana była do wykazania, że strony w łączącej je umowie zastrzegły określoną karę umowną, jak również, że powódka nie wykonała wskazanego w hipotezie normy zawartej w tym postanowieniu umownym zobowiązania niepieniężnego. Pozwana powołała się więc na to, że strony w § 15 umowy nr (...) ustanowiły karę umowną powódki, jako podwykonawcy, za opóźnienie w wykonaniu umowy, w ust. 2 pkt 2.1. ppkt 2.1.1., w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Pozwana (...) co prawda stała na stanowisku, że chodzi w tym przypadku o wynagrodzenie określone w § 7 ust. 1 umowy stron, trzeba jednak zauważyć, że we wskazanym postanowieniu umownym nie posłużono się sformułowaniem „wynagrodzenie brutto”, lecz „szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy”. Ponadto wynagrodzenie szacunkowe z § 7 ust. 1 umowy było w istocie – stosownie do załącznika nr 2 – wynagrodzeniem netto.

Do takich wniosków prowadzi także wynik przeprowadzonej na podstawie umowy i załączników do niej wykładni stosownie do art. 65 § 2 k.c. według reguł tzw. kombinowanej metody wykładni (por. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z 29.06.1995 r. w sprawie III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 168). Z uwagi jednak na to, że w fazie subiektywnej wykładni nie było możliwe zrekonstruowanie, w zakresie postanowień o karach umownych, zgodnego zamiaru stron, należało odwołać się do wykładni obiektywnej, z uwzględnieniem dochowania należytych zabiegów interpretacyjnych stron, jak również tego, że to pozwana (...) formułowała treść umowy, co ma takie znaczenie w niniejszej sprawie, że wszelkie jej niejasności nie powinny obciążać powódki, jako drugiej strony umowy.

Mając to na względzie należało zauważyć, że o wskazaniu wynagrodzenia brutto mowa jedynie w dokumentach będących podstawą rozliczenia robót wykonanych przez powódkę, a to w szczególności w wystawianych przez nią fakturach. Wskazaną karę umowną należało zatem ustalić na podstawie wystawionej przez powódkę faktury nr (...) na kwotę 553.939,90 zł brutto (tylko ta faktura została dołączona do pozwu). Faktura ta dotyczy robót, których wykonanie przez powódkę nie było kwestionowane.

Pozwana (...) w żadnym miejscu nie przedstawiła rozliczenia całości robót powódki, o którym mowa w § 7 ust. 3 umowy z dnia 15 stycznia 2015 roku, a tylko kwota tego rozliczenia mogłaby być ewentualnie brana pod uwagę przy określeniu podstawy naliczenia kary umownej zgodnie z § 15 pkt 2.1.1. umowy. Ponieważ – jak już była mowa – jedynym dokumentem sprawy, wskazującym na wynagrodzenie brutto za prace wykonane przez powódkę na podstawie umowy z dnia 15 stycznia 2015 roku, jest faktura nr (...) na kwotę 553.939,90 zł brutto (strony też w swoich twierdzeniach nie przytoczyły wartości pozostałych robót powódki), stąd wysokość kary umownej za jeden dzień opóźnienia stanowi kwota 553,94 zł.

Niezależnie od powyższego, wyższej niż wskazana podstawie omawianej kary umownej sprzeciwia się także sama istota powierzenia powódcie robót, polegająca na ich zleceniu kolejnymi osobnymi zleceniami, a więc w taki sposób, przy którym umowa z dnia 15.01.2015 roku stała się dla tych zleceń swoistą umową ramową. Opóźnienie wykonania jednego z tych zleceń, przy rozliczeniu wszystkich wcześniejszych, powinno być więc kwalifikowane co do kary umownej z uwzględnieniem wynagrodzenia za dotychczas nierozliczone zlecenie, ewentualnie z uwzględnieniem wartości zleceń, które nie zostały jeszcze, a mają być, zrealizowane. W niniejszej sprawie nie przedstawiono co do takich hipotetycznych podstaw ustalenia wysokości kary umownej, w kontekście potrącenia przez pozwaną (...) kary za opóźnienie oddania robót z wynagrodzenia powódki, żadnych twierdzeń, ani dowodów.

Takiego przedstawienia nie dokonała także pozwana ad. 2. Wprawdzie powołała się ona na uprawnienie pozwanej (...) do naliczenia kary umownej zgodnie z umową z dnia 15 stycznia 2015 roku, nr (...), jednakże poprzestała na twierdzeniu, że „wydaje się, że pozwany ad. 1 zasadnie naliczył karę umowną i dokonał jej potrącenia z wynagrodzenia powódki” (k. 214v). Powyższe rzecz jasna nie stanowi podstawy do rozszerzenia podstawy faktycznej ponad przytoczenia pozwanych co do kwoty, od której należało obliczyć karę umowną na podstawie § 15 pkt 2.1.1. umowy z dnia 15 stycznia 2015 roku.

Pozwana (...) naliczyła i przedstawiła do potrącenia karę umowną za 18 dni opóźnienia, tj. za okres od 12 grudnia 2015 r., kiedy w jej ocenie powódka winna zakończyć wykonywanie ostatniego zlecenia (z 5 grudnia 2015 r.) do 29

grudnia 2015 r. kiedy to prace te zakończył wykonawca zastępczy – spółka (...). Łączna kwota kary umownej za ten okres to kwota 9.970,92 złotych.

Powódka kwestionowała naliczenie kary umownej co do zasady uważając, że była zobowiązana jedynie do wykonania tych robót, na które zostało wystawione zlecenie w okresie, jaki został wskazany w umowie z dnia 15 stycznia 2015 roku nr (...) jako termin zakończenia robót, tj. ostatecznie – po zawarciu dwóch aneksów – 28 września 2015 r. Należy mieć na uwadze, że powódka odmówiła zawarcia kolejnego aneksu przedłużającego ten termin. Dokonując w tym zakresie obiektywnej (z przyczyn wyżej wskazanych) wykładni umowy nr (...) należy w pierwszej kolejności wskazać na niekonsekwencję powódki co do oceny charakteru prawnego jej postanowień w sprawie terminu. Z jednej strony uważa ona (jak i pozostałe strony procesu), że umowa ta jest umową o roboty budowlane i stąd też na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. wywodziła odpowiedzialność solidarną pozwanego inwestora. Z kolei w zakresie swojej ewentualnej odpowiedzialności z tytułu kary umownej upatrywała w umowie nr (...) umowy starannego działania, a nie umowy rezultatu.

Z tą ostatnią oceną powódki nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim trzeba podkreślić specyfikę prac wykonywanych przez powódkę – układanie nawierzchni asfaltowej na drogach objętych prowadzoną inwestycją, wcześniej przygotowanych w zakresie wykonania warstw poprzedzających te części (warstwy) drogi, które wykonać miała powódka. Prace te co prawda miały być wykonane w określonych umownie terminach, jednakże ich wpływ nie powodował ustania obowiązku powódki, wykonania prac pozostałych jeszcze do wykonania w zakresie przedmiotu inwestycji. Stąd też w chwili, gdy został przygotowany (co do poprzedzających elementów) przedmiot prac powódki, wystawiane było stosowne zlecenie podjęcia prac na danym odcinku drogi. Zlecenie to było wiążące, choćby upłynął już termin oznaczony co do całości prac. Tym samym to przede wszystkim konkretna ilość pracy winna była zostać wykonana przez powódkę. Ewentualne opóźnienie po stronie generalnego wykonawcy, czy też brak współdziałania w zapewnieniu możliwości wykonywania robót, nie uprawniały powódki do odmowy wykonania pozostałych prac po upływie umownego terminu.

Nie można też uznać, że wykonanie tych prac (skonkretyzowanych zleceniem z dnia 4 grudnia 2015 roku, natomiast powierzonych już w korespondencji elektronicznej z dnia 27 października 2015 roku, w zakresie określenia ich przedmiotu oraz wielkości (powierzchni) – k. 142, było niemożliwe. O istnieniu możliwości wykonania tych robót świadczy choćby to, że zostały one wykonane przez innego wykonawcę, któremu – wobec odmowy powódki – pozwana (...) powierzyła to wykonanie.

W konsekwencji za zasadne należało uznać stanowisko pozwanej (...) co do naliczenia kary umownej, jednak tylko w zakresie kwoty 9.970,92 zł, za 18 dni opóźnienia w wykonaniu prac, obejmującego okres od 12 do 29 grudnia 2015 roku. Powódka niewątpliwie tych prac nie wykonała, toteż uzasadnione jest przyjęcie, że jej opóźnienie trwało co najmniej do dnia ich zakończenia przez innego wykonawcę. W tym też zakresie potrącenie kary umownej z pozostałą należnością z faktury nr (...) należało uznać za skuteczne.

Przechodząc do drugiej z wskazanych wierzytelności, które pozwana (...) przedstawiła do potrącenia, tj. 54.029,60 zł z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 30% wynagrodzenia brutto z faktury nr (...), z uwagi na niedostarczenie w terminie aneksu nr (...) do umowy gwarancji ubezpieczeniowej zawartej przez powódkę z towarzystwem ubezpieczeniowym ze wskazaniem pozwanej (...) jako beneficjenta gwarancji, wskazać trzeba, że wbrew stanowisku tej pozwanej, postanowienie § 10 ust. 5 umowy nr (...) nie mogło stanowić podstawy tego potrącenia, albowiem postanowienia umowy nie nakładały na powódkę obowiązku przedłożenia aneksów do raz udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej. Pierwotne złożenie gwarancji, jak również skuteczna jej zmiana aneksem nr (...), nie były kwestionowane przez pozwaną (...).

Należy zaznaczyć, że w przeciwieństwie do gwarancji bankowej, gwarancja ubezpieczeniowa nie została uregulowana szczegółowymi przepisami, a zatem jej treść, jak i treść zobowiązania do jej zawarcia na rzecz beneficjenta, kształtowane są w zakresie swobody kontraktowej na podstawie art. 353¹ k.c. Skoro zatem strony nie ustaliły w umowie nr (...) stosownych postanowień co do swoistej aktualizacji udzielonej gwarancji, to nie sposób uznać, że pozwana (...)

mogła skorzystać z zatrzymania części wynagrodzenia na podstawie § 10 ust. 5 tej umowy. Wskazane postanowienie umowne możliwość taką przewidywało tylko w wypadku niedostarczenia gwarancji, o której mowa w ust. 3, a taka gwarancja została dostarczona.

Spór dotyczył też maksymalnego okresu gwarancji, natomiast tego zagadnienia umowa nr (...) nie regulowała, a tym samym pozwana (...) nie miała podstaw do potrącenia z faktury nr (...) kwoty 54.029,60 zł na podstawie § 10 ust. 5 umowy.

Należy dodać, że gwarancja odpowiadała też wartości robót powódki zgodnie z § 10 ust. 3 umowy z dnia 15 stycznia 2015 roku, czego pozwana (...) nie kwestionowała. Nadto, powódka przedstawiła do akceptacji aneksowaną gwarancję korespondencją z dnia 23 grudnia 2015 roku (k. 62), zaś pozwana (...) na to przedstawienie nie zareagowała. Reasumując, pozwanej (...) nie przysługiwała wierzytelność dotycząca gwarancyjnego zabezpieczenia wykonania robót przez powódkę, toteż nie mogła ona jej potrącić z wynagrodzenia powódki zgodnie z fakturą (...).

Co obrony pozwanej ad. 2 w zakresie roszczenia dotyczącego zapłaty tej kwoty, która przez pozwaną (...) została potrącona jako wierzytelność w zakresie gwarancji, trzeba przyznać jej rację, że odpowiedzialność inwestora z art. 647¹ § 5 k.c. rozciąga się tylko na wynagrodzenie za wykonane przez podwykonawcę roboty budowlane, a nie na zwrot potrącenia zabezpieczenia należytego wykonania robót. Inwestor nie ponosi więc odpowiedzialności ani za zwłokę generalnego wykonawcy, ani za zawinione jego działania, czy zaniechania, wyrządzające szkodę, ani wreszcie za wydatki związane z dochodzeniem roszczeń od generalnego wykonawcy (por. wyrok SN z 5.09.2012 r. w sprawie IV CSK 91/12, wyrok SA w Gdańsku z 29.05.2015 r. w sprawie I ACa 13/15).

W związku z powyższym dochodzona przez powódkę kwota 54.029,60 zł została zasądzona jedynie od pozwanej (...).

W zakresie odsetek za opóźnienie, w oparciu o podstawę prawną z art. 481 § 1 k.c., poczynając od zasądzenia od pozwanej ad 2., trzeba stwierdzić, że mogły zostać zasądzone od tej pozwanej jedynie od kwoty 40.893,75 złotych, i od dnia 23 lutego 2016 r., a zatem od dnia następnego po upływie określonego jej terminu w wezwaniu do zapłaty skierowanym przez powódkę (i niewątpliwie odebranych przez tą pozwaną). Jak już wskazano, inwestora nie obciążają zaniechania generalnego wykonawcy co do terminowej zapłaty. Tym niemniej w tym zakresie, tj. kwoty 40.893,75 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie (z art. 481 § 2 k.c.) od dnia 23 lutego 2016 r. pozwani odpowiadali solidarnie.

Co do pozostałej uwzględnionej części żądania powódki, tj. kwoty 54.029,60 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 31 grudnia 2015 r. oraz od kwot 543.968,98 zł od dnia 24 grudnia 2015 r. do dnia 30 grudnia 2015 r. i 40.893,75 zł od dnia 31 grudnia 2015 r. do dnia 22 lutego 2016 r. należało je zasądzić jedynie od pozwanej (...). Terminy wymagalności odsetek za opóźnienie spełnienia przez nią świadczenia na rzecz powódki należało przy tym liczyć zgodnie z datą wymagalności określoną w wystawionej przez powódkę fakturze nr (...).

W związku z powyższym należało orzec jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono w punkcie IV na podstawie art. 108 § 1 zdanie drugie k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c., rozstrzygając o zasadzie stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania między stornami oraz pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się wyroku, uwzględniając, że powódka wygrała w stosunku do pozwanego generalnego wykonawcy w 90%, zaś w stosunku do pozwanego inwestora w 39%.

Nie było podstaw do rozstrzygnięcia w zakresie kosztów w związku z udziałem interwenienta w postaci nadzorca sądowego pozwanej (...).

Leon Miroszewski