

Sygn. akt IX GC 626/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2016 r.

Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Małgorzata Skoczyńska

Protokolant: Maria Gąsior

po rozpoznaniu w dniu 20 września 2016 r. w Lublinie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w K.

przeciwko Gminie J. L.

o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa

I. ustala, że nie istnieje uprawnienie pozwanej Gminy J. L. do domagania się od powoda (...) Spółki Akcyjnej w K. zapłaty kary umownej na podstawie art. 10 ust pkt 2 lit a) umowy nr PI.I. (...) -6/10-5 z dnia 1 marca 2011r., a tym samym nie istnieje uprawnienie do żądania przez pozwaną Gminę J. L. wypłaty z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu nr 04GG05/0075/11/0001 z dnia 24 lutego 2011 r. na kwotę 1.649.287,36 zł ustanowionej na zlecenie (...) Spółki Akcyjnej w K. przez (...) Spółkę Akcyjną V. (...) w W. na rzecz Gminy J. L.;

II. orzeka, że pozwany – Gmina J. L. ponosi koszty procesu w całości pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

IX GC 626/12

UZASADNIENIE

Powód – (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. w pozwie z dnia 14 grudnia 2012r. skierowanym przeciwko pozwanemu Gminie J. L. wnosił o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c. nieistnienia uprawnienia pozwanej Gminy J. L. do domagania się od powoda zapłaty kary umownej na podstawie art. 10 ust. pkt 2 lit. a. Umowy nr PI.I. (...) -6/10-5 z dnia 1.03.2011 r., a tym samym nieistnienia uprawnienia do żądania przez pozwanego Gminę J. L. wypłaty z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu nr 04GG05/0075/11/0001 z dnia 24.02.2011 r. na kwotę 1 649 287,36 zł, ustanowionej na zlecenie (...) Spółki Akcyjnej w K. przez (...) Spółka Akcyjna V. (...) w W. na rzecz pozwanego Gminy J. L.. W ramach zgłoszonego roszczenia ewentualnego wnosił o nakazanie pozwanej Gminie J. L. zaniechania bezprawnego skorzystania z wypłaty kary umownej na podstawie art. 10 ust. pkt 2 lit. a. Umowy nr PI.I. (...) -6/10-5 z dnia 1.03.2011 r. z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu nr 04GG05/0075/11/0001 z dnia 24.02.2011 r. na kwotę 1 649 287,36 zł, ustanowionej na zlecenie (...) Spółki Akcyjnej w K. przez (...) Spółka Akcyjna V. (...) w W. na rzecz pozwanego. Zgłosił również wniosek o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że jako wykonawca zawarł w dniu 1 marca 2011r. z Gminą J. L. (jako zamawiającym) w trybie ustawy o zamówieniach publicznych i w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego umowę dotyczącą realizacji zadania pod nazwą „Budowa P. rekreacji Zoom Natury nad zalewem w

J. L. – roboty budowlane”. Na podstawie art. 11 umowy powód został zobowiązany do przedłożenia odpowiedniego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W tym celu przedstawił dwie gwarancje wystawione przez (...) Spółkę Akcyjną w W.. Pierwsza z nich dotyczyła należytego wykonania kontraktu w kwocie 1 649 287,36 zł, druga zaś usunięcia wad i usterek na kwotę 494 786,21 zł. Na podstawie pierwszej z wymienionych gwarancji (tj. gwarancji należytego wykonania) gwarant zagwarantował nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w gwarancji zapłatę na pierwsze pisemne żądanie należności do kwoty 1 649 287,36 zł, do zapłacenia których na rzecz beneficjenta pozwanej Gminy J. L. powód byłby zobowiązany w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotowej umowy, a które to należności nie zostały zapłacone przez powoda.

Na mocy umowy z gwarantem – (...) S.A., w przypadku wypłaty przez gwaranta sumy gwarancji, powód zobowiązany jest do zwrotu w terminie 7 dni od otrzymania od gwaranta wezwania do zapłaty na jego rzecz wypłaconej kwoty wraz z odsetkami, nawet w przypadku istnienia sporu z beneficjentem co do podstawy żądania zapłaty zobowiązania objętego gwarancją.

Powód podał, że w toku realizacji inwestycji zaistniała konieczność wykonania przez spółkę (...) S.A. licznych robót dodatkowych oraz zamiennych, których nie można było przewidzieć przed rozpoczęciem prac, gdyż nie przewidywała ich dokumentacja projektowa, a pominięcie ich uniemożliwiłoby wykonanie inwestycji. Powód wskazuje na konieczność wykonania w szczególności następujących robót dodatkowych i zamiennych:

- 1) robót związanych z wykonaniem kąpieliska polegających na wymianie gruntu oraz zmianie technologii robót, które wymuszał wyższy niż przewidywał projekt poziom wód gruntowych potwierdzony sporządzoną na zlecenie powoda ekspertyzą;
- 2) robót z branży sanitarnej poprzez konieczność stałego odprowadzania wód gruntowych, zamontowania tłoczni 4 studni depresyjnych w celu obniżenia poziomu lustra wody gruntowej, wykonanie dodatkowych wodociągów;
- 3) robót związanych z wykonaniem hipodromu, co wynikało z rozbieżności projektu ze stanem faktycznym;
- 4) wykonanie dodatkowej izolacji fundamentów typu „ciężkiego” przy budynku A i D w związku z wyższym poziomem wód gruntowych niż założono w dokumentacji projektowej;
- 5) wykonanie nawierzchni dróg w postaci kostki brukowej szlachetnej w miejsce betonowej zwykłej, dwóch dodatkowych progów spowalniających oraz nieprzewidzianego w projekcie opornika;
- 6) wykonanie dodatkowego umocnienia nabrzeża – molo;
- 7) wzmocnienie konstrukcji nośnej pomostu przy budynku J dodatkowymi dźwigarami stalowymi;

Jak wskazano w pozwie powyższe roboty zostały wykonane przez powoda na zlecenie pozwanego i pod stałym nadzorem inwestorskim. Według sporządzonej na zlecenie powoda przez rzeczoznawcę budowlanego inż. T. S. ekspertyzy ich wartość została oszacowana na kwotę 2,053.211,33 zł netto co stanowi 15,31% wynagrodzenia przyjętego w umowie za roboty podstawowe.

Powód podkreślił, że każdorazowo przed rozpoczęciem robót dodatkowych i zamiennych przesyłał zamawiającemu Gminie J. L. kosztorys na te prace z prośbą o ich pilną weryfikację i zawarcie aneksów do umowy w związku z koniecznością ich wykonania. Gmina J. L. nie udzieliła odpowiedzi na żadne z wymienionych pism powoda. Wobec konieczności prowadzenia prac na inwestycji, powód zrealizował przedmiotowe roboty dodatkowe i zamienne, gdyż ich zaniechanie opóźniłoby realizację robót. Na wezwanie powoda do rozliczenia tych prac, Gmina J. L. wskazała, że roboty dodatkowe i zamienne będą rozliczane na koniec inwestycji. W dalszej kolejności podniosła, że ryczałtowy charakter przewidzianego w umowie wynagrodzenia wyklucza rozliczenie prac dodatkowych i zamiennych. Po bezskutecznej wymianie korespondencji, powód oświadczył o wstrzymaniu dalszych prac z dniem 8 sierpnia 2012r. wyznaczając Gminie J. L. ostateczny termin do rozliczenia prac dodatkowych i zamiennych do dnia 1 września 2012 roku, z zagrożeniem odstąpienia od umowy. Powód zażądał od Gminy J. L. udzielenia gwarancji zapłaty na

podstawie art. 649¹ k.c. Poinformował Gminę J. L., że nie ma środków na dalsze prowadzenie inwestycji, co ma bezpośredni związek z koniecznością poniesienia kosztów na wykonanie prac dodatkowych i zamiennych. W dalszej korespondencji strony pozostały przy swoich stanowiskach. Gmina J. L. podniosła m.in. brak aneksów i protokołów konieczności, co w jej ocenie wykluczało możliwość rozliczenia tych prac. W piśmie z dnia 14 sierpnia 2012r. pozwana oświadczyła również, że odmawia udzielenia gwarancji. Z uwagi na szttywne i jednoznaczne wyrażone w tym piśmie stanowisko powód pisemnym oświadczeniem z dnia 5 września 2012 roku odstąpił od umowy z dnia 1 marca 2011r. z przyczyn leżących w całości po stronie Gminy i obciążył Gminę J. L. na podstawie art. 10.1.2. karą umowną w wysokości 1 649 287,36 zł. Powód wskazał na następujące podstawy złożonego oświadczenia o odstąpieniu:

a) zwłoka pozwanego w podjęciu działań mających na celu rozliczenie robót dodatkowych i zamiennych (art. 491 §1zd.1 k.c.);

b) odmowa zapłaty wynagrodzenia za roboty podstawowe udokumentowane fakturą VAT nr (...) z dnia 2 lipca 2012r. oraz opóźnienie w podjęciu działań jak wyżej (art. 14.2.1a umowy);

c) odmowa udzielenia przez pozwanego gwarancji zapłaty (art. 649⁴ §1 k.c.)

od umowy;

d) naruszenie art. 14.2.1 b umowy poprzez poinformowanie przez Gminę, iż nie rozliczy należnego wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne, która to informację zdaniem powoda jest zawiadomieniem o istnieniu uprzednio nieprzewidywanych okoliczności (konieczność wykonania wymienionych robót i ich rozliczenia).

Jednocześnie powód poinformował gwaranta – (...) S.A o rozwiązaniu umowy z dniem 6 września 2012r. Gmina J. L. przystąpiła do inwentaryzacji wykonanych robót budowlanych, którą rozpoczęła w dniu 14 września 2012 roku. W dniu 20 września 2012 roku Gmina J. L. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda i obciążyła go karą umowną w kwocie 1. 649 287,36 zł. W odpowiedzi wnioskodawca wystosował pismo, którym zakwestionował skuteczność tego oświadczenia. Powód wskazał, że Gmina J. L. skierowała do gwaranta wezwanie do wypłaty z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu kwoty 1 649 287,36 zł tytułem kary umownej, jednak wedle jego wiedzy do chwili obecnej gwarant nie wypłacił jeszcze Gminie J. L. żądanej przez nią kwoty. W ocenie powoda pozwana Gmina nie miała żadnych podstaw faktycznych i prawnych do obciążania go na podstawie art. 10 ust 1 pkt 1 lit a) umowy karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, a w konsekwencji zgłoszenia do gwaranta równowartości wypłaty tej kary. Przede wszystkim powód podkreślił, że istniały w świetle art. 491§1 k.c. oraz art. 649⁴ §1 k.c. jak również 14.2.1 a) oraz art. 14.2.1 lit b) podstawy do odstąpienia od umowy przez powoda wobec braku współdziałania w zakresie zawarcia aneksów na zleczone roboty dodatkowe i zamienne oraz rozliczenia wykonanych robót. Powód wskazując na liczne wezwania do zawarcia aneksów wraz z załączonymi do nich kosztorysami zarzucił, że pozwana od września 2011r. w zakresie pierwszego wezwania i od kwietnia 2012r. w zakresie pozostałych była w permanentnej zwłoce w wykonaniu tego obowiązku. Zdaniem powoda złożone przez niego oświadczenie o odstąpieniu od umowy jest również skuteczne w świetle art. 649³ §1 i art. 649⁴ § 1 k.c. Wniosek o udzielenie gwarancji zapłaty za wykonane roboty dodatkowe i zamienne spełniał wymogi art. 649³ §1 k.c., gdyż akceptacja tych robót przez inwestora została dokonana w piśmie z dnia 6 marca 2012r., zaś 45 dniowy termin przewidziany w art. 649⁴ § 1 k.c. do chwili złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy upłynął bezskutecznie. Również w ocenie powoda samoistną podstawę do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego stanowił art. 14.2.1 a) umowy wobec odmowy zapłaty wynagrodzenia za roboty objęte protokołem odbioru robót z dnia 2 lipca 2012r. i udokumentowane fakturą VAT nr (...). Z uwagi na powyższe podstawy faktyczne i prawne złożonego oświadczenia w piśmie z dnia 5 września 2012r. o odstąpieniu od umowy zdaniem powoda przedmiotowa umowa uległa rozwiązaniu z dniem 6 września 2012r. z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W związku z powyższym oświadczenie pozwanej Gminy o odstąpieniu od umowy złożone w piśmie z dnia 14 września 2012r. doręczonym w dniu 20 września 2012r. zdaniem powoda nie mogło wywrzeć jakichkolwiek skutków prawnych albowiem umowa uległa już rozwiązaniu wskutek wcześniejszego zdarzenia cywilnoprawnego jakim było złożone

przez niego oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Powód zarzucił też wadliwość wskazanej przez pozwaną podstawy prawnej złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy w piśmie z dnia 14 września 2012r. jako nie znajdujące oparcia w zaistniałym stanie faktycznym.

Uzasadniając interes prawny w wytoczeniu niniejszego powództwa powód wskazał, że na mocy orzeczenia sądu uzyska ochronę w postaci pewności co do swojego stanu prawnego odnośnie braku uprawnienia po stronie pozwanej Gminy do żądania od powoda zapłaty kary umownej.

W odpowiedzi na pozew pozwana Gmina J. L. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu. W pierwszej kolejności podniosła zarzut braku istnienia po stronie pozwanej interesu prawnego w rozumieniu art. 189 k.p.c. Pozwana zarzuciła powodowi, że mimo wysuwanych w stosunku do niej roszczeń o zapłatę za roboty dodatkowe, podstawowe i zamiennie oraz o zapłatę kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy żadnego z tych roszczeń nie realizuje na drodze sądowej co umożliwiłoby mu wystąpienie z wnioskiem o zabezpieczenie powództwa poprzez zakaz skorzystania przez pozwaną z gwarancji i w przypadku uwzględnienia powództwa dałoby mu to wymierne korzyści w postaci przysporzenia środków a jednocześnie przesądzałoby o braku prawa pozwanej do żądania kary umownej. Wystąpienie z niniejszym pozewem zdaniem pozwanej świadczy o braku podstaw do żądania kary umownej od pozwanej Gminy jak również zapłaty wynagrodzenia, a jedynym celem powoda jest zablokowanie tym postępowaniem na jak najdłuższy okres możliwości realizacji roszczenia i sprawdzenie jakie szanse na uwzględnienie miałoby jego roszczenie o zapłatę. Pozwana wskazała, że gwarant odmówił jej wypłaty kwoty z gwarancji, co powoduje że chcąc uzyskać kwotę zabezpieczenia gwarancją zmuszona jest wystąpić z powództwem o zapłatę, do którego to procesu powód będzie mógł przystąpić w charakterze interwenienta ubocznego po stronie gwaranta i zgłosić zarzuty zmierzające do oddalenia powództwa. Powodowi jako wykonawcy pozwana zarzuciła brak potencjału wykonawczego w postaci pracowników i sprzętu, skutkiem czego roboty wykonywane były przez podwykonawców. Podkreślała ustawiczną nieobecność na budowie kierownika budowy R. B.. Podniosła, że w okresie od 1 sierpnia 2012r. do września 2013r. zapłaciła bezpośrednio na rzecz podwykonawców powoda na podstawie solidarnej odpowiedzialności za płatność należnego im wynagrodzenia kwotę 1.403 607,43 zł. Pozwana wskazała nadto na toczące się procesy z powództw podwykonawców, w których została pozwana jako dłużnik solidarny obok generalnego wykonawcy - Spółki (...). Uzasadniając stanowisko o braku wykazania interesu prawnego pozwana argumentowała, że wobec postawy gwaranta, który odmawia wypłaty sumy zabezpieczenia powód nie musi się obawiać wypłaty kwoty objętej gwarancją bez procesu sądowego.

W odniesieniu do wykonywania obowiązków ze spornej Umowny pozwana podkreślała terminowość płatności dokonanych na rzecz powoda na podstawie wystawionych przez nią 12 faktur na łączną kwotę 10.096 807,18 zł oraz dokonane w dniu 1 sierpnia 2012r. zapłaty wynagrodzeń bezpośrednio na rzecz dwóch podwykonawców powoda. Podniosła również, że na podstawie szczegółowej inwentaryzacji wykonanych przez powoda robót na dzień 14 września 2012r. ustalona została wartość wszystkich rzeczywiście wykonanych przez powoda robót w tym podstawowych, dodatkowych i zamiennych na kwotę 10.004 248,17 zł, z czego wynika że ze strony Gminy została nadpłacona kwota w wysokości ponad 90.000 zł. Zdaniem pozwanej oczywiście bezzasadny jest zarzut powoda wstrzymania przez nią zapłaty za roboty podstawowe objęte jednostronnie podpisanymi przez wykonawcę protokołami odbioru z dnia 2 lipca i 23 sierpnia 2012r., gdyż protokołami tymi objęte były roboty budowlane nie wykonane co stanowiło przyczynę odmowy ich podpisania przez inspektorów nadzoru. Przykładowo pozwany wskazał na ujęcie w protokole niewykonanych robót przy budynku B, za które powód żądał zapłaty. Pozwana wskazała, że stan zaawansowania robót z branży budowlanej w rzeczywistości wynosił 31%, a powód określił na 73% i w takim stosunku ustalił wartość wynagrodzenia.

W odniesieniu do robót dodatkowych i zamiennych pozwana Gmina prezentowała stanowisko, że sprzeczne z umową i ustawą Prawo zamówień publicznych byłoby ich rozliczenie bezpośrednio po wykonaniu. Zaprzeczyła by reprezentujący Gminę deklarowali taki sposób rozliczenia. Powód miał świadomość, że do rozliczenia tych robót dojdzie po zakończeniu budowy. Składane przez powoda kosztorysy na roboty dodatkowe i zamiennie były niekompletne, sporządzone chaotycznie i przedstawiane w kilku wersjach. Zakres tych robót nie był uprzednio uzgodniony z zamawiającym lub inspektorem nadzoru, nie był dokonywany przedmiar ani obmiar robót z

udziałem obu stron. O wadliwie wykonanych kosztorysach powód był od początku na bieżąco informowany przez zamawiającego. Powód przez własne niedopatrzenie wynikające również ze stałej nieobecności na budowie kierownika budowy wykonał więcej sieci wodociągowej niż wynikało to z dokumentacji projektowej.

Pozwana ustosunkowując się do podnoszonego przez powoda problemu związanego z wysokim poziomem wód gruntowych wskazała, że projekt sieci sanitarnej i wodociągowej zakładał konieczność pompowania wody z wykopów i na prace te w kosztorysie ofertowym powoda przewidziano kwotę 343.118,67 zł. Wykonawca zakończył prace przy budowie sieci wod.-kan. do końca kwietnia 2011r. i nie zgłaszał żadnych trudności w ich wykonaniu. Dopiero w listopadzie 2011r. zgłosił konieczność wydłużenia terminu zakończenia P. i Budynku B z uwagi na opady deszczu w lipcu 2011r. Pozwana uwzględniła wniosek wykonawcy i w podpisanym przez strony aneksie nr (...) do umowy przedłużono termin do marca 2013r. W ocenie pozwanej opinia hydrologiczna została zlecona przez powoda w celu uzyskania przedłużenia terminu zakończenia robót. Zdaniem pozwanej Gminy powód nie złożył skutecznie wniosku o udzielenie gwarancji zapłaty wynagrodzenia. Wskazana we wniosku z dnia 8 sierpnia 2012r. wartość robót dodatkowych i zamiennych w kwocie 2.361600 zł brutto była pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych, gdyż powód nie wykazał by wykonał roboty o chociażby zbliżonej wartości, ani też by je zaakceptował inwestor. Nadto odwołano się w tym piśmie do wcześniejszego wniosku z dnia 17 lipca 2012r, który obejmował wynagrodzenie za prace jeszcze niewykonane. W ocenie pozwanej rozbieżność obu tych wniosków o ustanowienie gwarancji, zgłoszenie ich z uchybieniem 45 dniowego terminu wykluczała możliwość udzielenia powodowi gwarancji zapłaty przed datą złożenia przez niego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Oświadczenie powoda z dnia 5 września 2012r. o odstąpieniu od umowy zdaniem pozwanej było bezskuteczne, gdyż żadna ze wskazanych przez niego przyczyn złożonego oświadczenia nie była zasadna. Niezależnie od tej oceny pozwana prezentowała stanowisko, że uregulowanie art. 10 ust 1 pkt 2 lit a) i b) w którym zastrzeżono kary umowne nie wyklucza przyjęcia, iż kary można żądać od strony, która od umowy odstąpiła a istotnym jedynie jest by odstąpienie to nastąpiło z przyczyn leżących po stronie tej osoby, od której kara jest żądana.

W toku sporu strony podtrzymywały swoje stanowiska. W załączniku do protokołu rozprawy, po zamknięciu której Sąd ogłosił wyrok pozwany dodatkowo argumentował brak podstaw do zmiany wysokości wynagrodzenie zapisem art. 13.2f umowy, który warunkował zmianę umowy od spełnienia wymogu ponad 10% przekroczenia wartości koniecznych robót dodatkowych w stosunku do wartości wynagrodzenia umownego co w rozpatrywanej sprawie nie miało miejsca.

Wezwany przez powoda do udziału w sprawie w charakterze interwenienta ubocznego gwarant - (...) S.A. V. (...) z siedzibą w W. nie zgłosił swego przystąpienia do sporu.

Sąd Okręgowy orzekając w sprawie ustalił, co następuje:

W dniu 1 marca 2011r. w wyniku prowadzonego postępowania przetargowego pomiędzy powodem – Gminą J. L. jako zamawiającym, a powodem (...) S.A. w K. jako wykonawcą została zawarta umowa na wykonanie zadania pn. „ Budowa P. (...) nad zalewem w J. L. – roboty budowlane”. Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 16.492873,57 zł brutto (art. 12.1). Zgodnie z zapisem art. 12.2 umowy wynagrodzenie to jest niezmiennie przez cały okres realizacji umowy, z zastrzeżeniem postanowień art. 13.2.f. W myśl tego ostatnio powołanego zapisu zamawiający przewiduje możliwość zmiany postanowień zawartej umowy w przypadku konieczności wykonania robót zamiennych lub dodatkowych, których uprzednie wykonanie warunkuje wykonanie robót podstawowych. Postanowiono, że zmiana taka nastąpi bez zmiany wynagrodzenia, chyba że zakres robót oraz rodzaj użytych do ich wykonania materiałów w sposób istotny (ponad 10%) odbiega od dokumentacji i wynagrodzenia za te roboty określonego w harmonogramie rzeczowo – finansowym. Zgodnie z art. 2.2 umowy harmonogram rzeczowo- finansowy stanowił zał. Nr 1 do umowy. W art. 14.1.d) umowy zastrzeżone możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego w przypadku, gdy wykonawca nie rozpoczął robót w wyznaczonym przez zamawiającego terminie bez uzasadnionych przyczyn oraz ich nie kontynuuje przez okres minimum 1 miesiąca pomimo wezwania zamawiającego złożonego na piśmie. Zgodnie zaś z zapisem art. 14. 2.1 umowy wykonawca przysługiwało prawo odstąpienia od umowy w szczególności, jeżeli: a) zamawiający nie wywiąże się z obowiązku

zapłaty faktur, mimo dodatkowego wezwania w terminie 2 miesięcy od upływu terminu do zapłaty faktur określonego w umowie; b) zamawiający zawiadomi na piśmie wykonawcę, że nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań umownych wobec wykonawcy. Strony zastrzegły w art. 10 1.2. umowy, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę m.in. za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w art. 12.1 umowy (...). (umowa k. 33-38, harmonogram rzeczowo – finansowy k. 39). Powód przedstawił zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową, na mocy której gwarant (...) S.A. V. (...) z siedzibą w W. działający na jego zlecenie gwarantował nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w niniejszej gwarancji zapłatę na pierwsze żądanie należności do kwoty 1.649 287,36 zł do zapłacenia której na rzecz beneficjenta gwarancji zobowiązany jest (...) S.A. z tytułu zapłaty w związku a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy dotyczącej spornego zadania (dokument gwarancji. k. 47-48). Ważność gwarancji obejmowała okres od 1 marca 2011r. do 30 kwietnia 2013 r. przy czym okres ważności gwarancji w rozumieniu umowy oznaczał okres czasu [(...):

BY 'Małgorzata Skoczyńska'

ON '2016-11- (...):46:00'

(...): "], w którym powstały należności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Postanowiono, że zapłata przez gwaranta nastąpi w terminie 30 dni od dnia doręczenia mu pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że zobowiązany nie wykonał lub nienależyte wykonał umowy i nie dokonał zapłaty wymagalnych należności objętych gwarancją do której był wzywany załączonym do oświadczenia wezwaniem do zapłaty. Zgodnie z pkt 6 odpowiedzialność z omawianej gwarancji jest wyłączona w przypadku nieistnienia lub unieważnienia zobowiązania będącego przedmiotem gwarancji (gwarancja k. 47).

Powód przystąpił do realizacji umowy. Już na początku wykonywania robót okazało się, że poziom wód gruntowych jest wyższy niż wynikało to z dokumentacji projektowej i geologicznej na podstawie której powód opracowywał ofertę w postępowaniu przetargowym. Na zlecenie powoda została opracowana na datę 31.08.2011r. ekspertyza hydro-geologiczna pn. „Ocena Warunków Gruntowo (...) na terenie budowy P. (...) w J. L.”, w której stwierdzono występowanie wody podziemnej na głębokości od 0,6 do 1 m we wszystkich 12 otworach badawczych. W związku z wysokim poziomem wód gruntowych zalecono odwodnienie terenu poprzez wykonanie drenażu (ekspertyza k. 14 i 116).

Pozwany inwestor posiadał wiedzę o stwierdzonym przez wykonawcę stanie wód gruntowych i wynikających z tego tytułu utrudnieniach. Informacja o tym fakcie została mu przekazana przez powoda w piśmie z dnia 26 lipca 2011r., niezależnie od tego był informowany na cotygodniowych radach budowy o przebiegu prac przez osoby reprezentujące wykonawcę. Konieczność obniżenia wód gruntowych do poziomu umożliwiającego prowadzenie robót instalacji wod.- kan. powodowała zwiększenie zakresu prac ziemnych w postaci zainstalowania dodatkowego urządzenia odwodniającego, wykonania dodatkowego drenażu opasującego kąpielisko, wywiezienia zbędnego torfu i dowiezienia piasku. (zeznania świadków: M. T. – Z. k. 858, r. M. B. k. 860- 861, A. N. k. 882, J. S. k. 883-885, S. W. k. 935-937, K. F. k. 1007-1010, B. Z. k. 1010-1014, G. D., częściowo zeznania świadka M. J. k.985-991, zeznania prezesa zarządu powodowej Spółki (...). T. w trybie art. 299 k.p.c. k.1204-12080, pismo powoda k. 151). Przykładem prac zamiennych wpływających na zwiększenie wartości wynagrodzenia powiązanych z występowaniem wysokiego poziomu wód gruntowych były roboty brukarskie. Spółka (...) z uwagi na wysoki poziom wód gruntowych zaproponowała inwestorowi zmianę wykonania nawierzchni ciągów pieszych z asfaltu na kostkę brukową zwykłą bez zwiększenia wartości wynagrodzenia za przedmiot umowy. Inwestor zaakceptował zmianę sposobu wykonania nawierzchni, gdyż uzasadniała ją możliwość pofałdowania pod wpływem „pracującego” podmokłego gruntu ciągów pieszych o nawierzchni bitumicznej. Jednakże zamiast kostki zwykłej pozwana wybrała kostkę szlachetną, która zwiększyła wartość materiału z kostki brukowej zwykłej w cenie 19-20 zł za m² do ceny 51 zł za m² kostki szlachetnej, co powodowało znaczne podwyższenie kosztów wykonania ciągów pieszych (ok. trzykrotny wzrost kosztu materiałów). Pozwana nie kwestionowała faktu dokonania przez nią wyboru kostki szlachetnej w miejsce kostki zwykłej. W wyniku rozpoznania toczącej się przed tym Sądem pod sygn. akt IX GC 131/13 sprawy z powództwa S. K. (1) - podwykonawcy z zakresu przedmiotowych prac brukarskich, w której Gmina J. L. była współpozwaną z generalnym wykonawcą - (...) S.A. na zasadzie solidarnej odpowiedzialności inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy, Sąd w

składzie orzekającym w niniejszej sprawie zasądził na rzecz podwykonawcy solidarnie od obojga pozwanych kwotę 402.477,46 zł wraz z odsetkami i kosztami procesu tytułem zapłaty części nieuregulowanego wynagrodzenia za prace wykonane w okresie od 29 maja do 30 czerwca 2012r. W ustaleniach będących podstawą powyższego wyroku Sąd przyjął za udowodniony fakt wzrostu wynagrodzenia należnego podwykonawcy m.in. z tytułu podwyższenia kosztów materiałowych będących skutkiem omawianej decyzji pozwanego inwestora w sprawie zamiany kostki brukowej zwykłej na szlachetną. Wyrok wydany w omawianej sprawie uprawomocnił się wobec jego niezaskarżenia z czego wynika, że pozwana zaakceptowała dokonane w tej sprawie ustalenia faktyczne i ich ocenę prawną. Tym samym przyznała, że zamiana materiału, której dokonała spowodowała zwiększenie wartości robót brukarskich w stosunku do przyjętej dla tego elementu robót w harmonogramie rzeczowo-finansowym kwoty (zeznania świadków J. S. k. 884, M. Z. k. 856,858, B. Z. k. 1010-1014, Z. W. k. 1116-1117, C. K. k. 1142-1145 częściowo M. J. k. 985-991, zeznania prezesa zarządu powodowej Spółki (...). T. w trybie art. 299 k.p.c. k.1204-1208, aneks nr (...) do umowy z dnia 11.04 2012r. powoda z podwykonawcą S. K. k.166). W związku z rozbieżnością w oznaczeniu poziomu wód gruntowych w dokumentacji inwestora ze stanem rzeczywistym - utrzymujący się wysoki poziom wód – powstała konieczność wykonania w oparciu o sporządzony projekty zamienny pionowej izolacji ciężkiej fundamentów w trzech budynkach, zmiany posadowienia budynku B poprzez jego wyniesienie (zeznania świadków: M. J. k. 985-991, J. S. k.884, M. T. – Z. k. 858, zeznania prezesa zarządu powodowej Spółki (...). T. w trybie art. 299 k.p.c. - k.1204-12080). Nadto w ramach robót dodatkowych powód dostosowując wykonawstwo do zmian w projekcie konstrukcji mostu wbudował większą ilość stali niż wynikało to z projektu będącego podstawą opracowania oferty przetargowej, wykonał nie ujęty w projekcie budowlanym opornik na styku łączenia dwóch różnych nawierzchni, wykarczował zieleń na hipodromie, która to czynność nie była objęta przedmiotem umowy, wykonał dodatkowy odcinek instalacji wodociągowej, który nie był objęty przedmiotem umowy (zeznania świadka J. S. k. 883-885, zeznania prezesa zarządu powodowej Spółki (...). T. w trybie art. 299 k.p.c. - k.1204-12080, zał. nr 3 do protokołu z inwentaryzacji z dnia 18 grudnia 2012r.k. 778-780).

Wykonywanie powyższych robót miało miejsce w toku bieżącej realizacji inwestycji, gdyż warunkowało prowadzenia prac z zakresu podstawowego umowy. Konieczność wykonania robót dodatkowych i zamiennych nie była dokumentowana wpisami do dziennika budowy, ale była akceptowana przez inspektora nadzoru, który potwierdzając fakt wykonania elementu robót tym samym potwierdzał wykonanie prac dodatkowych z nim związanych. O konieczności wykonania tych prac przed przystąpieniem do ich realizacji wykonawca informował pozwaną Gminę na cotygodniowych radach budowy. Nadto do korespondencji mailowej załączał kosztorysy ofertowe na wykonanie tych robót z prośbą zawarcia stosownej umowy na roboty dodatkowe (korespondencja mail k. 134- 140, k.141-144,k. 145-150). W notatce służbowej z dnia 6 marca 2012r. reprezentujący inwestora w sprawach dotyczących spornego zadania potwierdzili fakt wykonywania prac dodatkowych z zakresu sieci wodociągowej (notatka k.63). Inwestor co do zasady nie sprzeciwiał się wykonaniu tych prac przekazując zgodę w formie ustnej, bądź w formie pisemnej w postaci notatki lub odrębnego pisma. Reprezentujący Gminę składali deklarację rozliczenia wszystkich robót dodatkowych i zamiennych lecz w praktyce pozostawili ich rozliczenie na zakończenie inwestycji. Stanowisko Gminy w tej kwestii było wynikiem przyjętego założenia, że wynagrodzenie za prace dodatkowe zbilansuje pomniejszenie o wartość prac, od których wykonania Gmina odstąpiła, co w rezultacie pozwoli utrzymać umowne wynagrodzenie ryczałtowe na niezmienionym poziomie. Powód domagał się rozliczenia wynagrodzenia za prace dodatkowe i zamienne po ich wykonaniu i konsekwentnie, na bieżąco składał do pozwanej sporządzone na jej polecenie kosztorysy powykonawcze na te roboty. Gmina J. L. przyjmowała kosztorysy i przekazywała je do weryfikacji inspektorowi nadzoru, pozostawiając rozliczenie robót nimi objętych na zakończenie całej inwestycji. Informacja o takim terminie rozliczenia została przekazana powodowi w sposób jednoznaczny przez Zastępcę Burmistrza pozwanej Gminy w dniu 12 marca 2012r. Stanowisko w tej kwestii zostało podtrzymane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16 lipca 2012r. (notatka służbowa z dnia 6 marca 2012 k.63, pismo pozwanej z dnia 6 marca 2012r. k.168, zeznania świadków M. T. Z. k. 857, A. N. k. 882-883, J. S. k. 883, C. K. k. 1142-1145, M. J. k. 985-991 zeznania prezesa zarządu powodowej Spółki (...). T. w trybie art. 299 k.p.c. - k.1204-1208, zeznania Burmistrza Gminy K. K. w trybie art. 299 k.p.c. - k.1208-1209, protokoły z rad budowy k.131-132, pismo z dnia 16 09. 2011r. k. 133, pismo powoda z dnia 3.06.2011r. wraz z kosztorysem na roboty dodatkowe k. 134, pismo powoda z dnia 5.08. 2011r. k. 152 pismo z kosztorysem powykonawczymi na roboty dodatkowe k.154-158, pismo pozwanej z dnia 16 lipca 2012r. k.199).

Powód sprzeciwiał się stanowisku pozwanej o rozliczeniu robót dodatkowych po zakończeniu inwestycji uznając je za sprzeczne z wcześniejszymi deklaracjami, a nadto uniemożliwiające mu dalsze realizowanie inwestycji z uwagi na brak środków, które zaangażował w wykonanie tych prac. W tych okolicznościach powód pismem z dnia 17 lipca 2012r. wezwał pozwaną do niezwłocznego zawarcia aneksów na prace dodatkowe i zamiennie i ich rozliczenia w oparciu o przedłożone kosztorysy, zaznaczając że wykonanie tych prac spowodowało zwiększenie wartości oddanych robót o kwotę ponad 1,92 mln zł w stosunku do wartości przyjętej w umowie. W przypadku braku zastosowania się do treści powyższego pisma i uchylania się od zawarcia aneksów na prace dodatkowe i zamiennie najpóźniej w terminie do dnia 26.07.2012r. powód zastrzegł skorzystanie z prawa do odstąpienia od umowy z pozwaną na podstawie art. 491 §1 k.c. w zakresie tych robót i wstrzymanie realizacji robót z zakresu podstawowego. Jednocześnie w omawianym piśmie K. (...) wystąpił z żądaniem przedstawienia zabezpieczenia wypłaty całego należnego wynagrodzenia za prace dotychczas wykonane a nierozliczone, zgodnie z art. 647¹ k.c. w terminie do dnia 28 lipca 2012r. (pismo powoda k. 200-205). W odpowiedzi udzielonej na powyższe pismo Burmistrz pozwanej Gminy powołując się na zapis art. 649³ k.c. i art 649⁴ k.c. wskazał, że ośmiodniowy termin zakreślony w wezwaniu powoda na złożenie gwarancji zapłaty jest sprzeczny z tymi regulacjami, co czyni wezwanie bezskutecznym. Nadto zakwestionował wartości kosztorysowe robót jako, że nie uzyskały akceptacji inspektorów nadzoru. Końcowo zadeklarował zawarcie aneksu do umowy z dnia 1 marca 2011r. celem uregulowania należności podwykonawców (pismo k.200-208). Pismem z dnia 8 sierpnia 2012r. powód podtrzymał dotychczasowe stanowisko odnośnie prac zamiennych i dodatkowych oraz konieczności ich rozliczenia. Zarzucając pozwanej zwłokę w zawarciu stosownych aneksów do umowy mimo wielokrotnych wezwań zagroził odstąpieniem od umowy na podstawie art. 491 §1 k.c. w przypadku braku zawarcia w terminie do dnia 1 września 2012r. umów na wszystkie wykonane prace dodatkowe i zamiennie z jednoczesnym powstrzymaniem się z dniem 8 sierpnia 2012r. od spełnienia świadczenia niepieniężnego. Nadto powód podtrzymał żądanie udzielenia gwarancji zapłaty za zrealizowane roboty dodatkowe i zamiennie w kwocie 1.920.000 zł netto w terminie do dnia 1 września 2012r. (pismo powoda k. 209-215). Pozwana Gmina w piśmie z dnia 14 sierpnia 2012r. (31 .08. 2012r. data wpływu do Spółki) wezwała K. – (...) do natychmiastowego podjęcia przerwanych robót w wyznaczonym terminie do dnia 8 września 2012r. zastrzegając odstąpienie od umowy w przypadku jego bezskutecznego upływu (pismo k. 216-219). Wobec niezastosowania się pozwanej do treści przesłanych jej wezwań z dnia 17 lipca i 8 sierpnia 2012r. powód złożył w piśmie z dnia 5 września 2012r., które zostało doręczone w dniu 7 września 2012r. oświadczenie o odstąpieniu od łączącej strony umowy z dnia 1 marca 2011r. Jako podstawę złożonego oświadczenia powód wskazał art. 491 §1 zd.1 k.c., art. 14 .2.1 i art. 14.2.1 a) pow. umowy oraz w dalszej kolejności art. 649⁴ §1 k.c. W uzasadnieniu złożonego oświadczenia powód wskazał na okoliczności, które w świetle powołanej podstawy prawnej stanowiły przyczyną odstąpienia od umowy (oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez powoda wraz z dowodem doręczenia k. 220 – 223). Pozwana Gmina w piśmie z dnia 14 września 2012r. powołując się na art. 14 ust 1 pkt 1 lit. d) oraz art. 10 ust. 1 pkt 2 lit a) złożyła oświadczenie o odstąpieniu od omawianej umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy wskazując na nieuzasadnione przerwanie robót i odmowę ich kontynuowania mimo pisemnego wezwania zamawiającego. Jednocześnie złożonym w tym piśmie oświadczeniu obciążyła (...) S.A. karą umowną w wysokości 10% wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w art. 12 ust.1 umowy, tj. kwotą 1.649.287,36 zł (oświadczenie o odstąpieniu od umowy pozwanej k. 238-241). Powód zakwestionował skuteczność powyższego oświadczenia w przesłanym do inwestora piśmie z dnia 22.10.2012r. Pozwana Gmina powołując się na złożone oświadczenie o odstąpieniu od umowy i wskazane jego przyczyny wystąpiła za pośrednictwem Banku prowadzącego jej rachunek do gwaranta (...) S.A. z pisemnym wezwaniem z dnia 8 października 2012r. do wypłaty należności w kwocie 1.649287,36 zł z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu (wezwanie k. 247-248). W odpowiedzi na wezwanie (...) S.A. podjęło decyzję o odmowie wypłaty żądanej sumy gwarancyjnej (pismo z dnia 14 listopada 2012r. k. 768-769). Prawomocnym postanowieniem z dnia 22 listopada 2012r. tut. Sąd dokonał zabezpieczenia przyszłego roszczenia poprzez zakazanie obowiązanemu pobierania jakichkolwiek kwot z ubezpieczeniowej gwarancji należytego kontraktu objętej niniejszym sporem, zaś gwarantowi zakazania wypłaty jakichkolwiek kwot z tej gwarancji (Postanowienie tut. Sądu w sprawie sygn. akt IX GCo 112/13 k. 249-245, Postanowienie S.A. w Lublinie z dnia 26 marca 2013r. w sprawie sygn. akt I ACz 21/13 k. 624-630). Po złożonym przez powoda oświadczeniu o odstąpieniu od umowy pozwana przystąpiła do inwentaryzacji robót wykonanych na dzień 14 września 2012r. w ramach przedmiotowego

Projekt. Powód nie uczestniczył w czynnościach inwentaryzacyjnych mimo powiadomienia reprezentujących Spółkę o terminie rozpoczęcia czynności. W ramach inwentaryzacji pozwana dokonała weryfikacji otrzymanych od powoda kosztorysów powykonawczych na roboty dodatkowe i zamienne i na tej podstawie uznała wynagrodzenie z tego tytułu w kwocie 573.449,32 zł. (zał. Nr 3 do protokołu z inwentaryzacji z dnia 18 grudnia 2012r.k. 778-780). W zakresie robót dodatkowych i zamiennych nie uznano w pkt 16 zał. nr 3 m.in. zamiany kostki betonowej na kostkę (...), która to zmiana zgodnie z ustaleniami Sądu w sprawie sygn. akt IX GC 131/13 zakończonej prawomocnym wyrokiem zasądającym podwyższała wartość zużytego materiału ok. trzykrotnie. Zgodnie z ustaleniami komisji w skład której wchodził przedstawiciel pozwanej Gminy oraz inspektor nadzoru zawartymi w protokole z zakończenia inwentaryzacji w dniu 18 grudnia 2012r wartość wszystkich robót rzeczywiście wykonanych przez powoda w tym dodatkowych i zamiennych została oszacowana przez na kwotę 10.004248,17 zł brutto (protokół k. 774-775). Suma płatności dokonanych przez inwestora na rzecz powoda na podstawie faktur wystawionych z tytułu rozliczeń za częściowe wykonanie robót stanowiła kwotę 10.096.807,18 zł (okoliczność bezsporna). W sporządzonej na zlecenie powoda ekspertyzie – opinii techniczno-budowlanej z dnia 15.09.2012r. rzeczoznawca budowlany inż. T. S. wartość robót dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda poza zakresem kontraktu oszacował na kwotę 2.053 211,33 zł i ustalił, że kwota ta stanowi 15,31 % ceny ofertowej (ekspertyza k. 49-61).

Poza sporną kwestią rozliczeń robót dodatkowych i zamiennych pod koniec współpracy stron pojawił się konflikt na tle rozliczeń za roboty podstawowe wykonane w czerwcu 2012r., które powód dokumentował wystawioną fakturą VAT nr (...) z dnia 2 lipca 2012r. na kwotę 1.348075,97 zł, którą skorygował fakturą VAT nr (...) z dnia 24 lipca 2012r. do kwoty 782.255,20 zł (faktura VAT k. 275, korekta 276). Mimo kierowanych wezwań do zapłaty pozwana nie uregulowała należności uzasadniając odmowę brakiem akceptacji zafakturowanych robót przez inspektora nadzoru pismo z dnia 10.07 2012r. k. 260, 270 i 271).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o wyżej opisane dowody z dokumentów, których prawdziwości nie kwestionowała żadna ze stron, a nadto w oparciu o dowody z zeznań świadków i stron. Sąd pominął w swych ustaleniach kwestie szczegółowych rozliczeń stron w zakresie poszczególnych robót, gdyż nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dokonując oceny dowodów osobowych Sąd obdarzył wiarygodnością zeznania świadków: M. Z. (2) pełniącego funkcję koordynatora robót z ramienia (...) (k. 858 – 859), R. B. kierownika przedmiotowej budowy k. 860- 861, A. N. (2) kierownika robót sanitarnych (k. 882-883), J. S. (2) byłego wiceprezesa zarządu powoda (k. 883-885), A. G. wykonawcy robót sanitarnych (k. 932-935), S. W. (2) wykonawcy robót melioracyjnych (k. 935-937), K. F. (2) wykonawcy robót drogowych (k. 1007-1010), B. Z. (2) inspektora ds. inwestycji (k.1010-1014), G. D. geodety wykonawcy całości dokumentacji geodezyjnej (k.1140-1141), zeznania Z. D. inspektora nadzoru robót budowlanych (k. 1113-1116), Z. W. (2) inspektora robót drogowych (k. 1116-1117), zeznania prezesa zarządu powodowej Spółki (...). T. w trybie art. 299 k.p.c. (k.1204-12080). Wymienieni świadkowie zeznawali o powstałej w związku z ujawnionym wysokim poziomem wody gruntowej i w ramach dodatkowych zleceń inwestora konieczności wykonania robót dodatkowych oraz zamiennych, przekazywaniu informacji przez wykonawcę o tych robotach na radach budowy, wiedzy i akceptacji inwestora co do ich wykonywaniu przez powoda oraz składanych przez reprezentujących Gminę deklaracji rozliczenia tych robót. Sąd oceniając zeznania świadka M. J. (k.985-991) uznał, że nie zasługują na wiarę w zakresie twierdzeń o nieprzekazywaniu przez wykonawcę informacji na temat wyższego poziomu wód niż zakładano w dokumentacji przetargowej i utrudnień z tym związanych, gdyż pozostawały one w sprzeczności z zeznaniami świadków wyżej wskazanych w tym B. Z. (2) będącego również odpowiedzialnym za inwestycję urzędnikiem Gminy który przyznał, że na radach budowy reprezentujący powoda zgłaszali konieczność wykonania robót dodatkowych w związku z wysokim poziomem wody. Jednocześnie świadek M. J. wewnątrz sprzecznie ze składanymi wcześniej zeznaniami w dalszym ich toku przyznał, że przyczyną podpisania aneksu nr (...) wydłużającego termin zakończenia prac był wymagający projektu zamiennego sposób posadowienia budynku B i jego izolacji uwzględniający wysoki poziom wód gruntowych. Również omawiane zeznania świadka o braku wiedzy inwestora na temat wysokiego poziomu wód gruntowych i prac dodatkowych z tym związanych pozostają w sprzeczności z przyznanym faktem doręczania przez wykonawcę protokołów powykonawczych na roboty dodatkowe i zamienne, które pozwana weryfikowała dokonując inwentaryzacji robót po odstąpieniu powoda od ich wykonywania i uznania na tej podstawie części należności za te roboty. Sąd odmówił wiary zeznaniom składanym przez świadka C. K.

(2) - wice Burmistrza pozwanej Gminy (k. 1142-1145) w zakresie w jakim zaprzeczał potwierdzonemu zeznaniami świadków: K. F. (2), S. W. (2), A. G., A. N. (2), M. Z. (2) faktowi składania w imieniu zamawiającego deklaracji o rozliczeniu robót dodatkowych i zamiennych po ich wykonaniu. Wskazywana w zeznaniach świadka C. K. (2) konieczność przedstawienia kosztorysu powykonawczego na te roboty i jego akceptacji przez inspektora nadzoru, która warunkowała rozliczenie tych robót nie wskazywała, że intencją pozwanej było rozliczenie robót dodatkowych i zamiennych po wykonaniu całości inwestycji a wręcz przeciwnie była podstawą do zawierania aneksów do umowy na te roboty i ich rozliczenia po ich wykonaniu. Godzi się zauważyć, że jednoznaczne stanowisko w kwestii rozliczenia robót dodatkowych i zamiennych po wykonaniu całości inwestycji Gmina zajęła w skierowanym do powoda piśmie z dnia 6 marca 2012r., które zostało podpisane przez wice Burmistrza C. K. (2). Generalnie stanowisko, które prezentowali w swych zeznaniach świadkowie C. K. (2) i M. J. (2) oparte było na błędnym założeniu, że skoro wynagrodzenie powoda zostało określone w sposób ryczałtowy, to oznaczało konieczność utrzymania go na tym poziomie poprzez zbilansowanie wartości robót dodatkowych i zamiennych z wartością robót, od których wykonania odstąpiono, co możliwym było w wyniku rozliczenia całej inwestycji. Wskazać bowiem należy, że powyższy sposób realizacji obowiązków zamawiającego w toku realizacji inwestycji pomija przewidziany w art. 13 ust 2 w zw. z art. 12 ust 2 pkt f umowy tryb dokonywania jej zmiany i jest prezentacją stanowiska strony pozwanej zajmowanego w toku niniejszego procesu. Podobną ocenę Sąd odniósł do zeznań składanych w charakterze strony pozwanej przez jej reprezentanta Burmistrza Gminy K. K. (2) (k. 1208-1209), który stwierdził że pozostawiając roboty dodatkowe i zamienne do rozliczenia po zakończeniu inwestycji opierał się na opinii prawników. Niewiele wniosły do sprawy zeznania świadka J. G. (k. 984-985) wykonującego prace projektowe i pełniącego nadzór w związku z rozbudową kąpieliska, który zeznał, że poziom wód gruntowych nie miał znaczenia dla tych prac.

W świetle wyżej ustalonych okoliczności faktycznych sprawy Sąd zważył, co następuje:

Podstawę roszczenia powoda o ustalenie nieistnienia uprawnienia pozwanej Gminy J. L. do domagania się od powoda zapłaty kary umownej na podstawie art. 10 ust. pkt 2 lit. a. Umowy nr PI.I. (...) -6/10-5 z dnia 1.03.2011 r., a tym samym nieistnienia uprawnienia do żądania przez pozwaną Gminę J. L. wypłaty z ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu nr 04GG05/0075/11/0001 z dnia 24.02.2011 r. na kwotę 1 649 287,36 zł, ustanowionej na zlecenie (...) Spółki Akcyjnej w K. przez (...) Spółka Akcyjna V. (...) w W. na rzecz pozwanego Gminy J. L. stanowi przepis art. 189 k.p.c. Skuteczność powództwa opartego na treści art. 189 k.p.c. wymaga wykazania spełnienia dwóch podstawowych przesłanek, tj. istnienia interesu prawnego w żądaniu udzielenia ochrony prawnej przez wydanie wyroku ustalającego oraz istnienia bądź nieistnienia danego stosunku prawnego bądź prawa (w zależności od rodzaju żądania udzielenia ochrony prawnej). Przy czym obie przesłanki muszą być spełnione łącznie w dniu zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1). W rozpatrywanym przypadku interes prawny K. (...) w ustaleniu na podstawie art. 189 k.p.c. nieistnienia prawa Gminy J. L. do wypłaty żądanej przez nią kwoty kary umownej z sumy gwarancyjnej został wykazany. Celem wytoczonego powództwa jest ustalenie, iż Gmina nie jest uprawniona do naliczenia kary umownej, w konsekwencji więc doprowadzenie do sytuacji, w której nie będzie ona mogła skorzystać z wypłaty równowartości tej kary z sumy gwarancji ubezpieczeniowej. Wedle utrwalonego poglądu dopuszczalne jest powództwo o ustalenie, iż wskazanej osobie nie przysługuje określone roszczenie. W istocie takowe powództwo stanowi jedyną możliwość przeciwstawienia się ewentualnemu roszczeniu tej osoby o świadczenie. Korzyść, w jakiej osiągnięciu jest zainteresowana osoba występująca z roszczeniem z art. 189 k.p.c., polega na stworzeniu stanu pewności prawnej co do aktualnej sytuacji prawnej tego podmiotu, wyjaśnienia aktualnej sytuacji prawnej tego podmiotu. Stanowi więc możliwość żądania ochrony tej sytuacji głównie poprzez stworzenie prejudycjalnej przesłanki skuteczności tej ochrony. Instrumentem służącym uzyskaniu tak określonej korzyści jest - w myśl art. 189 k.p.c. - stwierdzenie, na mocy orzeczenia sądu istnienia (lub nieistnienia) stosunku prawnego lub prawa, które wyznaczają sytuację prawną podmiotu (zob. także E. Budna, Glosa do uchwały SN z dnia 19 kwietnia 1988 r., III CZP 26/88, OSP 1991, z. 1, poz. 4). Powyższą argumentację prawną powołał Sąd w składzie orzekającym w niniejszej sprawie udzielając zabezpieczenia roszczenia powoda dochodzonego rozpatrywanym pozvem przed wszczęciem postępowania (uzasadnienie postanowienia z dnia 22 listopada 2012r. sygn. akt IX GCo 112/12). Ocenę prawną Sądu Okręgowego w omawianej kwestii podzielił Sąd Apelacyjny, który orzekł w sprawie wskutek zażalenia wniesionego przez pozwaną na powyższe Postanowienie. W uzupełnieniu argumentacji sąd drugiej instancji

podkreślił, że z uwagi na konstrukcję prawną gwarancji, która nie daje K. (...) podstaw do żądania zwrotu wypłaconej przez ubezpieczyciela pozwanej Gminie kwoty bez uprzedniego ustalenia czy w ogóle przysługuje jej prawo do żądania jej wypłaty, tylko powództwo z art. 189 k.p.c. daje powodowi odpowiednie zabezpieczenie jego praw, skoro samej wypłaty sumy gwarancyjnej nie może on zakwestionować. Podkreślić należy, że podnoszona przez Gminę niemożność zaspokojenia się z gwarancji, która z uwagi na stanowisko ubezpieczyciela odmawiającego wypłaty sumy gwarancyjnej w jej ocenie usuwa stan niepewności powoda, nie ma znaczenia dla oceny istnienia po stronie powoda interesu w przedmiotowym ustaleniu. Odmowa wypłaty przez ubezpieczyciela nie ma bowiem wiążącego charakteru i przy istniejącej w rozpatrywanym przypadku możliwości wielokrotnego występowania przez beneficjenta z żądaniem wypłaty nie wyklucza obaw powoda co do możliwości zrealizowania uprawnienia przez pozwaną Gminę w drodze ponownego zgłoszenia żądania wypłaty. Przytoczona wyżej ocena, której Sąd dokonał na tle stanu faktycznego i prawnego będącego podstawą rozpoznania wniosku o zabezpieczenie, pozostaje aktualna dla stanu sprawy istniejącego na chwilę zamknięcia rozprawy.

Z materiału dowodowego sprawy wynika również, że została udowodniona druga z przesłanek powództwa opartego na treści art. 189 k.p.c., a mianowicie brak po stronie pozwanej podstaw roszczenia o zapłatę kary umownej tytułem odstąpienia od umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy naliczonej w oparciu o art. 12 ust.1 umowy w wysokości 1 649 287,36 zł.

Dokonane wyżej ustalenia dają w ocenie Sądu podstawę do stwierdzenia, że powód skutecznie odstąpił od zawartej przez strony Umowy z dnia 1 marca 2011r. Z przeprowadzonego postępowania dowodowego wynikało bowiem, że powód wykonał szereg prac dodatkowych, które nie były objęte przedmiotem zamówienia lecz ich wykonanie miało na celu prawidłowe wykonanie robót podstawowych jak również prac o charakterze zamiennym, które zwiększały wartość danego elementu robót przyjętą w harmonogramie rzeczowo -finansowym w ramach wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie. Pozwana Gmina inicjowała niektóre z tych robót, a w każdym razie akceptowała ich wykonanie deklarując dokonanie rozliczenia. Wyraźnym przejawem tej akceptacji było zawarte w piśmie z dnia 6 marca 2012r, stanowisko o rozliczeniu przedmiotowych prac po zakończeniu inwestycji, co de facto miało miejsce w protokole z zakończenia inwentaryzacji w dniu 18 grudnia 2012r. Powód na bieżąco sporządzał kosztorysy powykonawcze na te roboty i przedkładał je pozwanej, która przekazywała inspektorowi nadzoru w celu weryfikacji. Niespornym w sprawie było, że powód wzywał pozwaną Gminę do zawarcia umów na te roboty bądź aneksów zmieniających umowę z dnia 11 marca 2011r. powołując się na treść art. 13 ust 2 w zw. z art. 12 ust 2 pkt f. umowy. Przewidziana w powyższym zapisie możliwość zmiany umowy z jednoczesną zmianą wynagrodzenia uwarunkowana została koniecznością wykonania robót zamiennych lub dodatkowych niezbędnych do wykonania robót podstawowych przy jednoczesnym spełnieniu wymogu by zakres robót oraz użytych do ich wykonania materiałów odbiegał w sposób istotny (ponad 10%) od dokumentacji i wynagrodzenia za te roboty określonego w harmonogramie rzeczowo- finansowym. Z literalnego zapisu analizowanego postanowienia umowy wynika, że istotna różnica w zakresie wartości robót i użytego materiału, określona jako „ponad 10 %” odnosi się do wartości danego elementu robót podanego w harmonogramie rzeczowo-finansowym a nie, jak twierdzi pozwana, do wynagrodzenia umownego, którego wysokość oznaczona została w art. 12.1. umowy. W rozpatrywanej sprawie powyższy wymóg istotnej różnicy został spełniony nie tylko w odniesieniu do wartości podanych przez powoda i wynikających ze składanych przez niego protokołów powykonawczych lecz nawet w stosunku do wartości robót zamiennych i dodatkowych uznanych przez pozwaną zgodnie z zał. nr 3 do protokołu z zakończenia inwentaryzacji w dniu 18 grudnia 2012r. Z analizy tego dokumentu wynika, że w zakresie elementu robót dodatkowych/zamiennych obejmujących konstruowanie, fundamentowanie oraz wykonywanie nawierzchni i dróg pozwana uznała roboty na łączną kwotę ponad 390.202 zł (poz. 13,14,17,18,19). Wykazana w poz. 7 harmonogramu rzeczowo- finansowym wartość prac dla tego elementu robót zamyka się kwotą 2.118 623,98 zł. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że zasądzona prawomocnym wyrokiem w sprawie sygn. akt IX GC 131/13 kwota 401.477,46 zł obejmowała wynagrodzenie za prace należące do omawianego elementu robót. W odniesieniu do tych prac pozwana nie uznała podwyższenia wynagrodzenia błędnie przyjmując, że zmiana materiału nie wpływała na jego wysokość (poz. 16 zał. nr 3). Z powyższych ustaleń wynika, że kierowane przez powoda do pozwanej wezwania do dokonania zmiany umowy poprzez jej aneksowanie były uzasadnione okolicznościami faktycznymi i miały umocowanie prawne w wyżej omawianym zapisie art. 13 ust 2 lit f. w zw. z art. 12. Ust 2 umowy Nr (...). W okolicznościach rozpatrywanej

sprawy został wyczerpany wymóg art. 13.3 umowy szczegółowego uzasadnienia i udokumentowania żądania zmiany umowy, w sytuacji gdy wraz z wezwaniem powód przedkładał pozwanej do weryfikacji kosztorysy na prace dodatkowe i zamienne, a nadto gdy prace te na bieżąco były monitorowane przez umocowanych przez pozwaną jej urzędników. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że w odniesieniu do tych kosztorysów pozwana weryfikowała wartość robót dodatkowych i zamiennych do kwoty uznanej w wysokości 573449,32 zł. Dokonanie zmiany umowy w omawianym zakresie wymagało od pozwanej zastosowania się do realizacji zasady współdziałania przy wykonywaniu zapisu art. 13 ust 2 lit f. w zw. z art. 12. Ust 2 umowy Nr (...), co w rozpatrywanym przypadku nie miało miejsca. Powód kierując do pozwanej wezwanie do niezwłocznego zawarcia aneksów do umowy w piśmie z dnia 17 lipca 2012r., a następnie w piśmie z dnia 8 sierpnia 2012r. wyznaczył ostateczny termin na wykonanie tego zobowiązania do dnia 1 września 2012r. z zagrożeniem, że odstąpi od umowy na podstawie art. 491 §1 k.c. W związku z bezskutecznym upływem powyższego terminu powód w piśmie z dnia 5 września 2012r., które zostało doręczone w dniu 7 września 2012r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od łączącej strony umowy z dnia 1 marca 2011r. Jako podstawę złożonego oświadczenia powód wskazał art. 491 §1 zd.1 k.c., art. 14 .2.1 i art. 14.2.1 a) pow. umowy oraz w dalszej kolejności art. 649⁴ §1 k.c. uzasadniając w sposób szczegółowy przyczyny będące podstawą odstąpienia od umowy. W ocenie Sądu złożone oświadczenie o odstąpieniu od umowy wzajemnej spełnia wymogi warunkujące jego skuteczność w świetle art. 491 k.c., którymi są wyznaczenie odpowiedniego terminu do wykonania zobowiązania z zagrożeniem odstąpienia oraz złożenie samego oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2000 r., II KKN 287/00, niepubl.; z dnia 29 czerwca 2004 r., II CK 398/03, niepubl.). W okolicznościach rozpatrywanej sprawy zwłoka dotyczyła zobowiązania umownego do dokonania zmiany treści umowy w formie aneksu podpisanego przez obie strony, o zawarcie którego występował powód z uwagi na wyczerpanie przypadku opisanego w art. 13 .2. lit f) umowy. Pozwana pozostawała w zwłoce ze spełnieniem tego zobowiązania w sytuacji gdy jej inicjatywa ograniczała się do odbioru kosztorysów powykonawczych wraz z wezwaniem do sporządzenia formalnych dokumentów składanych przez powoda (pierwszy z dnia 8.06 2011r.) i ustnych deklaracji o dokonaniu rozliczeń, a począwszy od dnia 6 marca 2012r. tj. daty pisma, w którym pełniący funkcję wice – Burmistrza poinformował powoda o rozliczeniu całości robót dodatkowych i zamiennych na koniec inwestycji, dalsza zwłoka w przystąpieniu do aneksowania umów była oczywista. Niezależnie od powyższej oceny podkreślić należy, że powód dwukrotnie wyznaczał odpowiedni, dodatkowy termin do wykonania tego zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy (por. też Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2013 r. III CSK 62/13). W tym miejscu zaznaczyć należy, że wprowadzenie zmian do umowy w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych i zamiennych miało dla powoda znaczenie gospodarcze z uwagi na zaangażowanie w ich wykonanie własnych środków o znacznej wartości przy równoczesnej realizacji umowy w zakresie podstawowym. Niezależnie od skuteczności odstąpienia od umowy przez powoda na podstawie art. 491 § 1 k.c. za skuteczne Sąd uznał również oświadczenie o odstąpieniu od umowy dokonane na podstawie przepisu art. 649⁴ § 1 k.c., a więc wobec braku ustanowienia przez inwestora w wyznaczonym na dzień 1 września 2012 r. terminie gwarancji zapłaty za roboty dodatkowe i zamienne. Zgodnie z art. 649³. § 1 k.c. wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora. Nie uzyskanie żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez wykonawcę terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniało go z mocy art. 649⁴. § 1 k.c. jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia.

Pozwany podnosił wprawdzie, iż oświadczenie to jest nieskuteczne wobec tego, że zostało złożone przed upływem 45 - dniowego terminu do ustanowienia gwarancji, jednakże materiał dowodowy zgromadzony w sprawie dowodzi, że zarzuty te są nieuprawnione. Pismem z dnia 17 lipca 2012 r., doręczonym pozwanej w dniu 18 lipca 2012r. K. (...) wezwał inwestora do ustanowienia gwarancji zapłaty za pozostałą do rozliczenia wartość wynagrodzenia podstawowego i za roboty dodatkowe i zamienne zgodnie ze złożonymi kosztorysami powykonawczymi na te roboty. Następnie w piśmie z dnia 8 sierpnia 2012r. ograniczył żądanie ustanowienia gwarancji zapłaty do zakresu robót dodatkowych i zamiennych jednocześnie wskazując, że termin 45 dniowy biegnie od dnia otrzymania pierwszego wezwania tj. od 18 lipca 2012r. Brak ustanowienia w tym terminie gwarancji zapłaty przez Gminę pozostawał

pomiędzy stronami niniejszego postępowania bezsporny. Wymóg pisemnego zaakceptowania robót dodatkowych i zamiennych przez inwestora wyczerpuje treść pisma z dnia 6 marca 2012r., w którym pozostawiając rozliczenie tych robót na koniec inwestycji tym samym przyznaje fakt ich wykonania. Sankcja braku ustanowienia gwarancji zapłaty spowodowała powstanie po stronie wykonawcy prawa odstąpienia od umowy (art. 649⁴ § 1 k.c.), z którego to uprawnienia powód skorzystał składając w omawianym piśmie z dnia 5 września 2012r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy również w oparciu o tę podstawę prawną, którego skutek nastąpił z dniem 7 września 2012r. w którym pozwana w/w pismo odebrała.

Skuteczność dokonanego przez powoda odstąpienia od umowy z dnia 11 marca 2011r. powoduje, że wygasają prawa i obowiązki stron dotyczące zawartej przez strony Umowy Nr (...). Tym samym wszystkie późniejsze czynności Gminy tj. odstąpienie od umowy i naliczanie kar umownych nie mają w stosunku do powoda żadnego skutku prawnego. Pozwana złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy w piśmie z dnia 14 września 2012r., a więc wówczas, gdy umowa już nie istniała z uwagi na wcześniejsze skuteczne odstąpienie przez wykonawcę od umowy. Tym samym pozbawione podstaw prawnych było naliczenie przez Gminę wykonawcy kar umownych w oparciu o zapisy art 10.1.2.lit a) umowy. Ustalenia to jest równoznaczne z wykazaniem nieistnienia prawa pozwanej objętego niniejszym roszczeniem - drugiej obok interesu prawnego powoda przesłanki warunkującej uwzględnienie powództwa opartego na treści art. 189 k.p.c.

W takiej sytuacji żądanie przez pozwaną Gminę jako beneficjenta gwarancji wypłaty sumy gwarancyjnej prowadził do nadużycia celu tego zabezpieczenia, a co za tym idzie do bezpodstawnego wzbogacenia beneficjenta gwarancji w rozumieniu art. 405 k.c. W tym kontekście Sąd był władny ustalić, że nie istnieje uprawnienie pozwanej do żądania wypłaty z objętej sporem gwarancji.

Obok żądania głównego powód zgłosił w pozwie żądanie drugie jako ewentualne. Uwzględnienie żądania zasadniczego wyłączyło potrzebę rozpoznania i rozstrzygnięcia o żądaniu ewentualnym. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury roszczenie ewentualne wchodzi w miejsce roszczenia głównego, gdy uwzględnienie tego pierwszego z przyczyn prawnych czy faktycznych nie jest możliwe (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 24 czerwca 2009 r., I CSK 510/08, LEX nr 511977, z dnia 12 stycznia 2012 r. IV CSK 219/11, LEX nr 1130303 czy z dnia 22 października 2014 r. ,II CSK 17/14,LEX nr 1621326).

Mając powyższe na uwadze Sąd orzekł jak w pkt I wyroku.

O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. przyjmując, że pozwana jako przegrywająca spór w całości, ponosi koszty niniejszego procesu w całości. Szczegółowe rozliczenie kosztów procesu Sąd pozostawił referendarzowi sądowemu na mocy art. 108 zd.2 k.p.c.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.