

Sygn. akt I ACa 259/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Tomasz Ślęzak
Sędziowie :	SA Joanna Kurpierz SA Joanna Naczyńska (spr.)
Protokolant :	Agnieszka Szymocha

po rozpoznaniu w dniu 14 września 2017 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Teatru Rozrywki w C.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 1 września 2016 r., sygn. akt I C 929/15

1) zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie 1. o tyle, że zasądzoną nim kwotę 224 180,72 złotych obniża do 56 045 (pięćdziesięciu sześciu tysięcy czterdziestu pięciu) złotych, a w pozostałym zakresie powództwo oddala;

b) w punkcie 2 w ten sposób, że zasądza od powoda na rzecz pozwanych solidarnie 797,50 (siedemset dziewięćdziesiąt siedem i 50/100) złotych z tytułu kosztów procesu;

2) oddala apelację w pozostałej części;

3) zasądza od pozwanych na rzecz powoda solidarnie 2 597,50 (dwa tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem i 50/100) złotych z tytułu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Joanna Naczyńska	SSA Tomasz Ślęzak	SSA Joanna Kurpierz
----------------------	-------------------	---------------------

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 1 września 2016r. Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził z tytułu kary umownej od pozwanych Spółek z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z siedzibą w R. i od S. V. z siedzibą w M. solidarnie na rzecz powoda Teatru Rozrywki w C. 224.180,72zł z ustawowymi odsetkami od 23 września 2015r. do 31 grudnia 2015r. i dalszymi ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty oraz 18.410 zł z tytułu kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie to Sąd Okręgowy podjął po ustaleniu, że pozwane Spółki zawarły umowę konsorcjum, którego liderem została Spółka (...) i wygrały przetarg na wykonanie zamówienia publicznego na zadanie: Termomodernizacja oraz wymiana konstrukcji dachu wraz z wymianą okien w części mansardowej, wzmocnienie ścian i wymiana instalacji elektrycznych poddasza w budynku Teatru Rozrywki przy ul. (...) w C.. 3 lipca 2015r. strony - pozwane Spółki jako Wykonawca i powód jako Zamawiający zawarły umowę, na mocy której Wykonawca przyjął do wykonania roboty budowlane opisane szczegółowo dokumentacją projektową w postaci: projektów budowlanych, projektów wykonawczych, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarów robót. Wykonawca miał sporządzić i przedstawić harmonogram rzeczowo – terminowy robót (§ 1 ust. 1 i 5 umowy). Wykonanie przedmiotu umowy miało nastąpić do dnia 30 września 2015r. Teren budowy miał być przekazany wykonawcy w terminie 3 dni od dnia podpisania umowy (§ 2 ust. 1 i 2 umowy). Zamawiający powołał inspektorów nadzoru inwestorskiego w osobach: R. R. – inspektor nadzoru budowlanego, M. P. (1) – inspektor nadzoru w branży instalacyjnej i Ł. K. – inspektor nadzoru branży elektrycznej. Przedstawicielem Wykonawcy na budowie został kierownik budowy G. K. (1), a koordynatorem w zakresie obowiązków umownych ze strony Zamawiającego – M. M. (§ 6 i 7 umowy). W umowie zostały wskazane okoliczności w jakich Zamawiający może odstąpić od umowy (§ 13 umowy) oraz przypadki w jakich mogły być zastosowane kary umowne (§ 11 umowy). Wykonawca przedstawił ogólny harmonogram rzeczowo terminowy, który przewidywał: remont dachu budynku A i jego termomodernizację od początku lipca do końca września 2015r.; docieplenie ścian od początku lipca do połowy września 2015r.; docieplenie stropów od początku do końca lipca 2015r.; wymianę instalacji w budynkach A, B4, B5 od początku lipca do końca sierpnia 2015r.; wymianę instalacji w budynku D od początku lipca do końca września 2015r.; wymianę wymiennika ciepła od początku do końca sierpnia 2015r. i wymianę centrali wentylacyjnej i instalacje elektryczne od połowy lipca do końca września 2015r. (dowód: umowa z 3 lipca 2015r. nr (...) z harmonogramem prac – k. 18-24, umowa konsorcjum z 1 czerwca.2015r. wraz z załącznikiem z 2 lipca 2015r. – k. 25-33, pełnomocnictwo dla lidera z 1 czerwca.2015r. – k. 34)

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wskazywała, że zamówienie jest współfinansowane z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w W., a termin wykonania zamówienia określono do 20 października 2015r. Wśród kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej podano cenę oraz termin, wyjaśniając, że Zamawiający będzie punktował skrócenie terminu wykonania zamówienia (str. 17 SIWZ) i zastrzeżono, że Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za utratę dofinansowania, jeżeli będzie to wynikiem nieprawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia lub opóźnienia w jego realizacji z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego (str. 3 SIWZ). Wskazano także, że w związku z koniecznością prowadzenia robót w budynkach Teatru prowadzącego bieżącą działalność Zamawiający umożliwi zapoznanie się z obiektem oraz warunkami prowadzenia robót po wcześniejszym uzgodnieniu terminu (str. 4 SIWZ; dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia z 28 maja 2015r. w postępowaniu ZP/02/15 na zadanie „Termomodernizacja budynku Teatru Rozrywki oraz wymiana konstrukcji dachu wraz z wymianą okien części mansardowej...” – k. 35-51, zeznania świadka M. M. – k. 247-248).

6 lipca 2015r. nastąpiło protokolarne przekazanie Wykonawcy terenu budowy, przekazano też pozwolenie na budowę nr 242 z 17 czerwca 2014r., komplet projektów budowlano – wykonawczych i dziennik budowy. Ustalono, że Wykonawca do 10 lipca 2015r. przedstawi uszczegółowiony harmonogram robót z uwzględnieniem sugestii inwestora oraz dostarczy wykaz pracowników biorących udział w realizacji zadania (dowód: protokół przekazania placu budowy z 6 lipca 2015r. – k. 56). 9 lipca 2015r. na terenie Teatru Rozrywki odbyła się narada, w której uczestniczyli zarówno przedstawiciele Zamawiającego jak i Wykonawcy, a jej przedmiotem było omówienie technologii zabezpieczenia

dachu małej sceny i ustalenie zakresu prac początkowych. Wykonawca zobowiązał się do rozpoczęcia prac od 13 lipca 2015r. Ustalono, że kolejne narady będą odbywały się w każdy czwartek (dowód: protokół nr (...) z 9 lipca 2015r. – k. 63).

W ciągu pierwszych dwóch tygodni od dnia przekazania placu budowy nie były prowadzone żadne prace, przywieziono jedynie elementy rusztowania. 14 lipca 2015r. inspektor nadzoru budowlanego R. R. dokonał wpisu w dzienniku budowy, stwierdzając kompletny brak zaangażowania i właściwej organizacji robót ze strony Wykonawcy. Stwierdził, że od dnia przekazania budowy przeprowadzono zaledwie wstępne roboty przygotowawcze, co stwarza zagrożenie dotrzymania terminu zakończenia robót. Kierownik budowy G. K. (1) 21 lipca 2015r. dokonał dwóch wpisów w dzienniku budowy. Pierwszy zawierał informację o spuszczeniu wody z całej instalacji c.o. oraz o rozpoczęciu demontażu grzejników w dniu 9 lipca 2015r. Drugi natomiast wskazywał, że na 14 lipca 2015r. zaplanowano rozpoczęcie ustawiania rusztowań, lecz od 13 do 15 lipca 2015r. występowały obfite opady deszczu uniemożliwiające wykonanie tych prac (dowód: dziennik budowy nr 143, str. 14 – k. 60, zeznania świadka R. R. – k. 246-247). W czasie narady, 17 lipca 2015r., w której ze strony Wykonawcy uczestniczyli P. B. – kierownik robót elektrycznych, G. B. – koordynator robót oraz S. C. – prezes zarządu spółek tworzących konsorcjum, stwierdzono niezadowalające tempo prowadzenia prac. Wykonawca ponownie zobowiązał się do niezwłocznego przekazania inwestorowi uszczegółowionego harmonogramu robót. Ustalano także szczegóły dotyczące wykonania poszczególnych robót. (dowód protokół nr (...) z 17 lipca 2015r. – k. 64).

21 lipca 2015r. w trakcie ustawiania rusztowań na ścianie budynku od strony parkingu doszło do wypadku – pracownik spadł z rusztowania, a w wyniku doznanych obrażeń zmarł. Prace związane z ustawianiem rusztowań były prowadzone przez 5-6 pracowników, bez nadzoru. W czasie kontroli przeprowadzonej przez przedstawicieli Państwowej Inspekcji Pracy stwierdzono i przekazano inwestorowi, że osoby wykonujące prace związane z ustawianiem rusztowań nie były przeszkolone w tym zakresie i nie posiadały aktualnych badań lekarskich, a prace wykonywali pod nieobecność kierownika budowy. Kontrola inspektorów pracy z PIP wykazała także, że montaż rusztowań wykonywała firma (...) z siedzibą w C. na podstawie umowy zawartej z (...) spółką z o.o., a przyczyn śmiertelnego wypadku dopatrzyła się w tym, że montaż rusztowania elewacyjnego odsuniętego od ściany budynku o około 0,43m - 0,48m dokonywany był bez balustrad wewnętrznych, przez osoby: nie posiadające środków ochrony indywidualnej zabezpieczających przed upadkiem z wysokości oraz chroniących głowę, nie posiadające uprawnień montażysty rusztowania metalowego, nie posiadające zaświadczeń lekarskich stwierdzających brak przeciwwskazań do wykonywania powierzonych im prac i bez odpowiedniego przeszkolenia w dziedzinie bhp. Jako przyczynę wskazano także brak nadzoru nad pracami szczególnie niebezpiecznymi. W czasie czynności kontrolnych trwających od 21 lipca do 12 sierpnia 2015r. na terenie budowy nie było kierownika budowy. Inspektorzy udali się także na poddasze (V piętro), gdzie trwały prace rozbiórkowe, stwierdzając, że rusztowanie, na którym stały dwie osoby zrywając sufit, składało się jedynie z kilku ramek i luźno ułożonego na nich podestu roboczego na wysokości około 1 metra, brakowało podstawek pod stojaki, obarierowania podestu roboczego, wykonującym prace nie zapewniono napoi pomimo wysokiej temperatury. Nadto stwierdzono nieprawidłowo zmontowane rusztowanie kolumnowe typu (...) na klatce schodowej, które składało się jedynie z kilku ramek i luźno na nich ułożonego podestu na wysokości około 2 metrów, pod stojakami brakowało podstawek, nie było pionu komunikacyjnego, belki startującej i przekątnej oraz obarierowania podestu roboczego. W wyniku kontroli wydane zostały ustne decyzje, które ogłoszono G. B.: wstrzymano prace montażowe rusztowania elewacyjnego, wstrzymano prace rozbiórkowe sufitów powadzone z rusztowań do czasu zamontowania rusztowań zgodnie z przepisami w zakresie posadowienia uzupełniania oraz obarierowania podestu roboczego, wstrzymano eksploatację kolumny rusztowania na klatce schodowej do czasu wyposażenia rusztowania w podstawki, przekątną oraz barierki ochronne i pion komunikacyjny, nakazano zapewnienie osobom wykonującym prace napoje (dowód: dziennik budowy nr 143, str. 8 – k. 59, dokumentacja PIP w sprawie nr (...), (...), (...), (...)/– k. 70-106, zeznania świadka R. R. – k. 246-247). Wykonawca nie uzyskał zgody powoda na zlecenie podwykonawstwa montażu rusztowania firmie (...) z C.. Wykonawca nie zgłosił także formalnie i nie uzyskał zgody na zlecenie montażu instalacji centralnego ogrzewania firmie (...) z J., pomimo faktycznego wykonywania prac instalacyjnych przez to przedsiębiorstwo (dowód: zeznania świadków D. C. – k. 245-246, R. R. – k. 246-247, M. M. – k. 247-248, protokoły nr (...) – k. 66-67).

22 lipca 2015r. kierownik budowy dokonał wpisu do dziennika budowy o trwającym demontażu instalacji c.o. (starych grzejników), o rozpoczęciu w dniu 20 lipca 2015r. stawiania rusztowań i prac rozbiórkowych na poddaszu. 23 lipca 2015r. wpisów w dzienniku budowy dokonali inspektor nadzoru ds. instalacji sanitarnych M. P. (1), który z dniem 24 lipca 2015r. wstrzymał prace demontażowe na robotach instalacyjnych do czasu dostarczenia szczegółowego harmonogramu tych prac oraz wskazania kierownika robót instalacyjnych. Natomiast inspektor nadzoru budowlanego R. R. zwrócił uwagę Wykonawcy na przestrzeganie warunków technicznych wykonania robót i przepisów bhp przy realizacji robót budowlanych, zastrzegając, że w przypadku braku usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości nastąpi całkowite wstrzymanie robót, a także kolejny raz zwrócił uwagę na obawę i zagrożenie kontynuacji robót i zgodności ich wykonania zgodnie ze sztuką budowlaną (dowód: dziennik budowy).

W czasie narady, 24 lipca 2015r. po raz kolejny poinformowano Wykonawcę o konieczności wykonywania robót instalacyjnych w sposób modułowy (kolejno w każdym z budynków), zobowiązano Wykonawcę do dostarczenia listy pracowników z podziałem na zadania. Wykonawca sugerował zmianę techniki wykonania instalacji c.o. wymagającej akceptacji projektanta, a dostarczony przez niego uszczegółowiony harmonogram robót wymagał korekty. Rozpoczęto prace rozbiórkowe na IV piętrze budynku, które miały obejmować kompleksową modernizację i adaptację znajdujących się tam pomieszczeń poddasza użytkowego przez demontaż i rozbiórkę okładzin ścian, sufitów, podsufitek, docieplenie stropodachu, wymianę pokrycia dachowego, tynków, podłóg. Wykonawca rozebrał okładziny ścienne, deski, trzciny oraz podsufitki. Do prac rozbiórkowych wykonawca skierował około 10-12 pracowników, przy czym prace były prowadzone chaotycznie, bez nadzoru i kierownictwa, bez odpowiedniego sprzętu. 27 lipca 2015r. kontynuowano demontaż grzejników c.o. Tego samego dnia inspektor nadzoru budowlanego R. R. ponownie stwierdził nieobecność kierownika budowy na placu budowy, brak właściwej koordynacji robót i ich realizacji zgodnie z przepisami techniczno – budowlanymi. Stwierdził, że prace rozbiórkowe na IV piętrze oraz demontaż grzejników c.o. są prowadzone chaotycznie, bez przygotowania organizacyjnego, a osoby wykonujące te prace nie posiadają kwalifikacji zawodowych, co nie gwarantuje uzyskania zamierzonego efektu końcowego, a stanowi podstawę do wstrzymania robót oraz rozwiązania umowy z wykonawcą (dowód: protokół nr (...) z 24 lipca 2015r. – k. 66, dziennik budowy – k. 61, zeznania świadków R. R. – k. 246-247, M. M. – k. 247-248).

Pismem z dnia 27 lipca 2015r., doręczonym pozwanym 28 lipca 2015r., wobec zastrzeżeń zgłoszonych i ujawnionych w dzienniku budowy przez inspektorów nadzoru, permanentnej nieobecności kierownika budowy oraz kierowników robót branżowych oraz śmiertelnym wypadkiem pracownika, powód wezwał Wykonawcę do zmiany sposobu wykonywania przedmiotu umowy z 3 lipca 2015r. przez bezwzględne przestrzeganie zasad bhp oraz obowiązków dotyczących bhp wynikających z umowy, przestrzeganie w ramach prowadzonych robót zasad nadzoru nad wykonywanymi pracami przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia do takiego nadzoru. Powołując się na § 13.2 umowy w celu terminowego jej wykonania powód wezwał pozwane do zapewnienia odpowiedniej ilości przeszkolonych i fachowych pracowników, obecności właściwych kierowników poszczególnych branż objętych umową, obecności kierownika budowy, przestrzegania szczegółowego harmonogramu rzeczowo – terminowego prac objętych umową w terminie 7 dni, pod rygorem odstąpienia od umowy (dowód: pismo powoda z 27 lipca 2015r. wraz z dowodem doręczenia – k. 110-111).

29 lipca 2015r. około godz. 8.30 stwierdzono, że kierownik budowy G. K. (1) przebywa na terenie budowy w stanie nietrzeźwym. Potwierdzili to funkcjonariuszy Policji w badaniu przy użyciu urządzenia kontrolno – pomiarowego do ilościowego oznaczania alkoholu w wydychanym powietrzu (...) nr (...), dającym wynik 0,92 mg/l alkoholu w wydychanym powietrzu o godz. 9.24 oraz wynik 0,99 mg/l alkoholu w wydychanym powietrzu o godz. 9.44. Lider Konsorcjum drogą mailową powiadomił powoda, że G. K. (1) zostaje odsunięty od pełnienia obowiązków kierownika budowy na terenie Teatru Rozrywki, a jego funkcję przejmie M. P. (2). Lider Konsorcjum został zobowiązany do przedstawienia oryginałów dokumentów związanych ze zmianą kierownika budowy w siedzibie powoda do godz. 14.00 w dniu 30 lipca 2015r. Stosowne dokumenty dotyczące zgłoszonego kandydata na stanowisko kierownika budowy M. P. (2) nie zostały przedstawione powodowi, w tym potwierdzenie posiadania uprawnień budowlanych i zaświadczenie o wpisie przynależności do Izby Inżynierów Budownictwa województwa (...). Nie dokonano także zgłoszenia nowego kierownika budowy do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego (dowód: notatka służbowa z 29 lipca 2015r. –

k. 69, pismo Komendanta Komisariatu Policji II w C. z 12 lutego 2016r., notatka urzędowa z 29 lipca 2015r., protokół użycia urządzenia kontrolno – pomiarowego do ilościowego oznaczania alkoholu w wydychanym powietrzu z 29 lipca 2015r. wraz z wynikami badania, świadectwo wzorcowania z 26 czerwca 2015r. nr 119/17/O6/2015 – k. 199-203, zeznania świadków D. C. – k. 245-246, R. R. – k. 246-247, M. M. – k. 247-248).

30 lipca 2015r. starszy inspektor pracy M. D. z PIP Okręgowego Inspektoratu Pracy w K. przeprowadził kontrolę prac montażowych rusztowania elewacyjnego, stwierdzając prowadzenie tych robót pod nieobecność kierownika budowy. W czasie narady, 30 lipca 2015r., Wykonawca zobowiązał się do niezwłocznego dokonania formalności prawnych związanych ze zmianą kierownika budowy, omawiane były kwestie związane z montażem grzejników w budynku A oraz fartuchów pod grzejnikami. Wykonawca zgłosił wątpliwości w zakresie projektu centrali wentylacyjnej, a szczegóły miał przedstawić na piśmie. Wykonawca zobowiązał się zakończyć prace związane z instalacją c.o. w budynkach A i B do 14 sierpnia 2015r. (dowód: protokół nr (...) z 30 lipca 2015r. – k. 67). 31 lipca 2015r. inspektor nadzoru budowlanego R. R. stwierdził, że w dalszym ciągu roboty są wykonywane niezgodnie z warunkami i wymaganiami techniczno – organizacyjnymi, średnie zatrudnienie w okresie 27 – 31 lipca 2015r. wynosiło 6 osób, z których większość nie miała odpowiedniego przygotowania zawodowego i kwalifikacji. Z kolei 3 sierpnia 2015r. stwierdzono na budowie obce firmy (podwykonawców), co było niezgodne z umową. Tego samego dnia inspektor nadzoru ds. instalacji sanitarnych M. P. (1) stwierdził nieobecność pracowników robót instalacyjnych oraz kierownika tych robót, a także brak dostarczenia obmiarów wykonanych robót demontażowych. 1 sierpnia 2015r. w czasie prowadzonych prac związanych z odgruzowaniem IV piętra budynku, podczas zrzucania gruzu na samochód ciężarowy przy użyciu zsypu budowlanego, doszło do zerwania zsypu z powodu braku systematycznego opróżniania jego zawartości. W wyniku tego uszkodzone zostały kanał wentylacyjny centrali wentylacyjnej, konstrukcja mocująca kanał wentylacyjny, rynna oraz elewacja (dowód: notatka służbowa z 3 sierpnia 2015r. wraz z załącznikami – k. 107-109, zeznania świadka R. R. – k. 246-247).

W piśmie z 5 sierpnia 2015r. powód odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w oparciu o § 13.1, § 13.2 i § 13.4, wskazując na niedostosowanie się przez Wykonawcę do zaleceń i wezwania zawartego w piśmie z 27 lipca 2015r., na okoliczności związane z odwołaniem dotychczasowego kierownika budowy G. K. (1) oraz na brak dostarczenia dokumentów dotyczących osoby M. P. (2), wskazanej jako nowy kierownik budowy, a potwierdzających jego uprawnienia, a także na niedopełnienie wymogów formalnych związanych ze zmianą kierownika budowy (zawarcie aneksu do umowy zgodnie z § 14.5). Powód wskazał również, że średnia liczba osób skierowanych do pracy wynosiła 8 dziennie, za wyjątkiem 30 lipca 2015r., kiedy to skierowano 18 osób, co pogłębiało opóźnienia prac w stosunku do przedstawionego harmonogramu i nie dawało gwarancji terminowego wykonania umowy. Nadto wskazał, że Wykonawca zatrudnił podwykonawców bez zgody Inwestora, co jest niezgodne z § 4.2 i § 4.7 umowy (dowód: pismo powoda z 5 sierpnia 2015r. – k. 112).

W okresie od 3 lipca 2015r. do 5 sierpnia 2015r. inspektor nadzoru budowlanego oraz inspektor nadzoru w branży instalacyjnej mieli problem z nawiązaniem kontaktu z kierownikiem budowy G. K. (1), który średnio co dwa, trzy dni zaglądał na teren budowy. Na miejscu realizacji zadania zwykle przez 4-5 godzin dziennie był obecny G. B. – pełnomocnik zarządu spółki (...), niemniej nie miał on dostatecznej wiedzy z zakresu budownictwa. Pozwane, realizując inwestycję na rzecz powoda w tym samym czasie wykonywały także inne umowy. Wykonawca przedstawił częściową listę pracowników, która obejmowała nazwiska 9-12 osób, w tym osoby nadzorujące i koordynujące prace, nie przedstawił natomiast wykazu osób faktycznie wykonujących prace. Wykonawca nie prowadził także własnej ewidencji osób skierowanych do pracy na tej inwestycji. Wobec tego powód założył własny zeszyt ewidencji osób przychodzących do pracy, z której wynika, że: 15, 16, 17 lipca 2015r. do pracy zgłosiły się 4 osoby; 20 lipca 2015r. – 16 osób; 21 lipca 2015r. – 13 osób; 22 lipca 2015r. – 5 osób; 23 lipca 2015r. – 7 osób; 24 lipca 2015r. – 6 osób; 25 lipca 2015r. – 3 osoby; 26 lipca 2015r. – 3 osoby; 27 lipca 2015r. – 4 osoby; 28 lipca 2015r. – 8 osób; 29 lipca 2015r. – 14 osób; 30 lipca 2015r. – 18 osób, w tym 5 osób z firmy stawiającej rusztowania; 31 lipca 2015r. – 12 osób; 1 sierpnia 2015r. – 9 osób, w tym 6 osób z firmy stawiającej rusztowania; 3 sierpnia 2015r. – 8 osób, w tym 3 osoby z firmy stawiającej rusztowania; 4 sierpnia 2015r. – 9 osób; 5 sierpnia 2015r. – 7 osób; 6 sierpnia 2015r. – 9 osób; 7 sierpnia 2015r. – 5 osób; a 8 sierpnia 2015r. 3 osoby (dowód: zeznania świadków M. P. (1) – k.

244-245, D. C. – k. 245-246, R. R. – k. 246-247, M. M. – k. 247-248, G. B. – k. 252-253, G. K. (1) – k. 255-256; zeszyt ewidencji nr 62). Do prac demontażowych instalacji centralnego ogrzewania skierowano zbyt małą liczbę pracowników, inspektor nadzoru w branży instalacyjnej w czasie wizyt na terenie budowy widział 2-3 osoby zajmujące się pracami instalacyjnymi. Osoby te nie posiadały przygotowania do robót instalacyjnych, rotety te były prowadzone chaotycznie, bez zapewnienia pracownikom odpowiednich warunków BHP. Zamawiający sugerował w czasie narad, aby prace były prowadzone segmentami, na co wykonawca nie zwracał uwagi. Istniało zagrożenie niedotrzymania terminu wykonania robót instalacyjnych. Wykonawca nie zgłaszał uwag związanych z koniecznością demontażu i montażu dodatkowych grzejników w czasie obowiązywania umowy. W trakcie realizacji zadania pojawił się problem związany z umiejscowieniem nowych grzejników na scenie, które zgodnie z projektem miały zostać zamontowane w miejscu opuszczania kurtyny, co dotyczyło około 4-6 grzejników. W zakresie problemu z umiejscowieniem grzejników na scenie, projektant dokonał zmiany miejsca ich usytuowania, przy czym wykonawca nie rozpoczął montażu tych grzejników do czasu rozwiązania umowy (dowód: zeznania świadków M. P. (1) – k. 244-245, D. C. – k. 245-246, G. B. – k. 252-253, W. K. – k. 254-255, G. K. (1) – k. 255-256).

6 sierpnia 2015r. inspektorzy nadzoru wstrzymali roboty podstawowe w związku z odstępniem od umowy przez Inwestora i zobowiązali Wykonawcę do uporządkowania i zabezpieczenia placu budowy. W czasie narady, 6 sierpnia 2015r. zobowiązano Wykonawcę do: inwentaryzacji wykonanych prac i do naprawy uszkodzonych elementów (obudowa centrali wentylacyjnej, konstrukcja mocująca kanał wentylacyjny, elewacja, rynny) do 14 sierpnia 2015r., do powieszenia grzejników na III piętrze w budynku A - do 7 sierpnia 2015r., do dostarczenia obmiaru wykonanych prac - do 12 sierpnia 2015r., uporządkowania i zabezpieczenia placu budowy (dowód: dziennik budowy nr 143 – k. 60-62, protokół nr (...) z 6 sierpnia 2015r. – k. 68).

12 sierpnia 2015r. powód protokolarnie odebrał wykonane roboty, stwierdził ich wykonanie zgodnie z zamówieniem, a Wykonawca przekazał kosztorys powykonawczy na kwotę 67.718,79zł brutto. 21 sierpnia 2015r. lider Konsorcjum wystawił fakturę za wykonane prace na kwotę 67.718,79zł. Faktura ta została zapłacona 5 października 2015r. (dowód: protokół z 12 sierpnia 2015r. wraz z kosztorysem – k. 113-126, faktura VAT nr (...), dowód zapłaty z 5 października 2015r. – k. 127-128, zeznania świadka M. P. (1) – k. 244-245). W ramach robót instalacyjnych do czasu rozwiązania umowy Wykonawca zdemontował w segmencie A około 84 grzejników, w segmencie B zdemontowano część grzejników, natomiast w segmencie D nie rozpoczęto w ogóle prac. Wykonawca zamontował ok. 16 grzejników, na placu budowy pozostawił ponad 40 sztuk grzejników, za które powód mu zapłacił. Wykonawca nie rozpoczął prac związanych z wymianą wymiennika ciepła i centrali wentylacyjnej. Stwierdził, że 5-6 pomieszczeń, w których należało wymienić instalację centralnego ogrzewania nie jest ujętych w dokumentacji projektowej (dowód: zeznania świadków M. P. (1) – k. 244-245, D. C. – k. 245-246, M. M. – k. 247-248, G. B. – k. 252-253, W. K. – k. 254-255). Wykonawca zgłaszał uwagi odnośnie do źle w jego ocenie zaprojektowanej centrali wentylacyjnej, nie dokonując demontażu dotychczasowej centrali i nie sprawdzając w jaki sposób faktycznie centrala jest połączona z instalacją i chciał zamontować inną centralę wentylacyjną. Uwagi te okazały się bezzasadne. Projektant stwierdził prawidłowość dokumentacji projektowej. Ostatecznie centrala wentylacyjna została zamontowana przez nowego wykonawcę zgodnie z pierwotnym projektem (dowód: zeznania świadków M. P. (1) – k. 244-245, D. C. – k. 245-246, M. M. – k. 247-248, G. B. – k. 252-253, P. J. – k. 257).

W ramach robót demontażowych wykonawca do dnia rozwiązania umowy dokonał:

- rozbiórki obicia ścian drewnianych z desek otynkowanych (ściany ukośne pod dachem o pow. 115,912 m²),
- rozbiórki elementów stropów drewnianych – podsufitek o pow. 459,16m²,
- rozbiórki elementów stropów drewnianych – ślepych pułapów 21m²,
- rozbiórki elementów stropów drewnianych – zasypek 21m²,

- rozbiórki elementów stropów drewnianych – polep 21m².

Prace te nie obejmowały całego zakresu robót przewidzianego w przedmiarach robót, gdzie powierzchnie do rozbiórki wynosiły odpowiednio:

- rozbiórka obicia ścian drewnianych z desek otynkowanych (ściany ukośne pod dachem o pow. 135,432 m²),
- rozbiórkę elementów stropów drewnianych – podsufitek o pow. 705,645m²,
- rozbiórkę elementów stropów drewnianych – ślepych pułapów 309,44m²,
- rozbiórkę elementów stropów drewnianych – zasypek 309,44m²,
- rozebranie elementów stropów drewnianych – polep 309,44m².

Wykonawca zgłosił zastrzeżenia dotyczące stwierdzenia w pomieszczeniu korytarza na poddaszu stropu betonowego zamiast drewnianego, przy czym jego pracownicy nie sprawdzili dokładnie z czego ten strop jest wykonany. Faktycznie był to strop wykonany z tzw. płyt bytomskich (betonowe płyty o grubości 6 cm z otworami w środku, o długości około 2,4 metra), które były zamontowane na powierzchni około 40m², co stanowiło około 5-7% całej powierzchni stropu przewidzianego do rozbiórki. Demontaż takich płyt jest prosty, ponieważ są one oparte na konstrukcji stalowej, zatem wystarczy je podnieść i opuścić na dół (dowód: zeznania świadków D. C. – k. 245-246, R. R. – k. 246-247, M. M. – k. 247-248, W. K. – k. 254-255, G. K. (1) – k. 255-256, A. W. – k. 256, wyciąg z przedmiaru robót na branżę budowlaną, projekt remontu dachu – k. 264-269, kosztorys powykonawczy).

Przy demontażu desek stropu Wykonawca stwierdził, że murlata trzymająca pokrycie dachowe jest skorodowana, spróchniała i zniszczona. Po zgłoszeniu tego problemu inspektorowi nadzoru ustalono, że należy zastosować tzw. żelbetową belkę. Projekt oraz przedmiar robót udostępnionych w ramach postępowania przetargowego przewidywały wymianę elementów konstrukcyjnych dach - murlaty o wymiarach 15 x 15 cm i łącznej długości 229 m. Dokumenty te przewidywały także wymianę krokwi zwykłych (553m), krokwi kosztowych (15,5m), końców krokwi w części stromej dachu (70m), wzmocnienie krokwi (dowód: zeznania świadków G. B. – k.252-253, W. K. – k. 254-255, G. K. (2) – k. 255-256, wyciąg z przedmiaru robót na branżę budowlaną, projekt wykonania murlaty – k. 264-269). Wykonawca zarzucał także wadliwość projektu w zakresie 2 sztuk drzwi przeciwpożarowych na poddaszu jako niezgodnych z obowiązującymi przepisami ppoż. Problem ten został zgłoszony inwestorowi, jednak nie uzyskano decyzji projektanta odnośnie wymiany tych drzwi. Wykonawca nie przedstawiał powodowi protokołów konieczności (dowód: zeznania świadków G. B. – k.252-253, W. K. – k. 254-255).

Pismem z 2 września 2015r., doręczonym 8 września 2015. powód przekazał pozwanemu notę księgową nr. (...) nakładającą karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy nr (...) w wysokości 10% wynagrodzenia netto opiewającą na 224.180,72zł (dowód: nota księgową nr (...) z 2 września 2015r. wraz z dowodem doręczenia z 8 września 2015r. – k. 129-130).

Pismem z 9 września 2016r. pozwana Spółka (...) poinformowała powoda, że nie zgadza się na odstąpienie od łączącej strony umowy o roboty budowlane z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy i nie uznaje kary umownej, ponieważ przyczyna odstąpienia od umowy leżała po stronie Zamawiającego. Wyjaśniła, że roboty rozpoczęła 13 lipca 2015r., a po otrzymaniu 27 lipca 2015r. zastrzeżeń co do sposobu wykonywania prac przystąpiła do ich wdrażania. Stwierdziła, że roboty demontażowe w budynku A (IV piętro, poddasze) były prowadzone szybko i dynamicznie, przy zapewnieniu odpowiedniej ilości pracowników, jednak w korytarzu zamiast stropu drewnianego stwierdzono strop żelbetowy, którego demontaż wiązał się z przygotowaniem odpowiedniego protokołu konieczności, zatrudnienia dodatkowych pracowników i zaangażowania dodatkowego sprzętu i był trzykrotnie bardziej czasochłonny od demontażu stropu drewnianego. P., że był to oczywisty błąd projektowy, a roboty dodatkowe związane z wyburzeniem takiego stropu wymagały przygotowania aneksu do umowy wydłużającego termin realizacji inwestycji co najmniej o dwa

tygodnie. Zarzuciła Zamawiającemu brak dopilnowania procedur oraz brak decyzji w zakresie wyburzenia stropu. Nadto wskazała na konieczność całkowitej wymiany krokwi, podczas gdy dokumentacja zakładała jedynie wymianę końcówek i na konieczność wymiany całej murlaty w budynku A, czego nie przewidywała dokumentacja projektowa i SIWZ. Zarzuciła, że Projektant i Zamawiający nie przewidzieli w dokumentacji i SIWZ zabezpieczenia zewnętrznego dachu, wymagającego zgody Miejskiego Konserwatora Zabytków, której uzyskanie wymagało około półtora miesiąca. Nadto zwróciła uwagę na wysokie temperatury panujące w całym okresie prac na poddaszu, które wymagały częstych przerw w pracy. Zarzuciła, że wbrew zapewnieniom Zamawiającego nie została spuszczonej całkowicie woda z instalacji centralnego ogrzewania, co wydłużyło proces demontażu grzejników, a także, że niektóre sekcje pomieszczeń nie były ujęte w projekcie centralnego ogrzewania, o czym informowano Zamawiającego w piśmie z 29 lipca 2015r. Podniosła, że Zamawiający nie przedstawił także projektu zamiennego grzejników na scenie. Podkreśliła, że wykonała roboty dodatkowe polegające na uzupełnieniu tynków, wyszpachlowaniu i pomalowaniu ścian za grzejnikami (tzw. fartuchów), nie ujęte w dokumentacji, na które miał być sporządzony aneks do umowy i protokół konieczności. Wskazała, że 9 lipca 2015r., w czasie narady, przedstawiono inspektorowi ds. budowlanych do akceptacji aprobaty techniczne dotyczące wełny mineralnej na dach i ściany, a w ciągu trzech tygodni nie otrzymano akceptacji na te materiały i nie można było ich zamówić. Zarzuciła błędy projektowe odnośnie drzwi aluminiowych, których wymiary nie spełniały norm ppoż, i błędy projektowe centrali wentylacyjnej. Wskazała, że prace demontażowe musiały być często przerywane w uwagi na trwające próby teatralne, co wpływało na opóźnienie tempa prac. W piśmie z 27 października 2015r. prezes zarządu (...) spółki z o.o. w M. podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z 9 września 2015r., że odstąpienie od umowy nie było winą Wykonawcy. Podniósł, że przyczyną opóźnień były obciążające Zamawiającego błędy projektowe w postaci: źle wykonanej inwentaryzacji stropu (żelbetowy zamiast drewnianego), źle wykonanej inwentaryzacji starego pokrycia dachowego (konieczność wymiany całej murlaty), okoliczność, że nie przewidziano zabezpieczenia zewnętrznego dachu, brak ujęcia niektórych sekcji pomieszczeń w projekcie centralnego ogrzewania, nieprawidłowo zaprojektowane grzejniki na scenie przy słupach bocznych, źle zaprojektowane drzwi aluminiowe, źle zaprojektowana centrala wentylacyjna (dowód: pisma pozwanych z 9 września.2015r. oraz 27 października 2015r. – k. 131-137).

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów z powołanych w uzasadnieniu dokumentów, fotografii oraz zeznań świadków M. P. (1), D. C., R. R. i M. M., uznając że zeznania tych świadków znajdowały potwierdzenie w dowodach z dokumentów, w szczególności wpisach w dzienniku budowy, protokołach narad i dokumentacji kontrolnej PIP. Sąd Okręgowy nie dał natomiast wiary zeznaniom:

- świadka G. B. odnośnie do zwiększonej ilości krokwi do wymiany z uwagi na brak innego dowodu na to, by ilość krokwi do wymiany była zwiększona i wpłynęło to na terminowość wykonania robót. Problem taki nie został bowiem ujawniony w toku prac - nie zgłoszono go na naradach odbywających się z udziałem inwestora, ani żadnym pismem. Potwierdzeniem tej okoliczności nie mogą być zdjęcia przedstawione przez pozwanych, które wprawdzie przedstawiają zniszczone krokwie, jednak nie sposób uznać, że nie są to krokwie ujęte w przedmiarach oraz projekcie remontu dachu, który obejmował między innymi wymianę krokwi;

- świadka G. B. odnośnie do braku decyzji inwestora w przedmiocie wyboru materiałów do ocieplenia stropów i elewacji od strony parkingu z uwagi na brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających przedstawienie inwestorowi atestów tych materiałów, a także wzywających inwestora do podjęcia decyzji, zwłaszcza że rusztowania na zewnątrz remontowanego budynku zostały postawione dopiero pod koniec lipca 2015r., zaś na poddaszu nie wszystkie stare elementy stropów zostały zdemontowane;

- świadka G. B. odnośnie do konieczności częstego przerywania prac z uwagi na trwające próby w teatrze, ponieważ okoliczność ta nie znajdowała potwierdzenia w pozostałym zgromadzonym materiale dowodowym, a w SIWZ wskazano, że roboty remontowe będą prowadzone w budynku teatru prowadzącego bieżącą działalność, dając możliwość podmiotom zainteresowanym udziałem w postępowaniu przetargowym zapoznanie się ze specyfiką obiektu oraz warunkami prowadzenia robót;

- świadka W. K. w zakresie problemów z rozebraniem stropu betonowego w korytarzu na poddaszu, ponieważ Wykonawca wadliwie przyjął, że jest to strop betonowy, podczas gdy był to strop z płyt bytomskich, którego demontaż jest prosty;

- świadka W. K. co do decydującego wpływu na terminowość robót takich okoliczności, jak brak szybkiej decyzji inwestora co do umiejscowienia grzejników na scenie, konieczności zweryfikowania wymiarów drzwi ppoż. oraz rodzaju centrali wentylacyjnej, ponieważ dwie pierwsze okoliczności wynikają tylko z zeznań świadków zawnioskowanych przez pozwane przy braku jakichkolwiek innych dowodów wskazujących na ich wystąpienie i zgłoszenia inwestorowi, natomiast co do montażu centrali wentylacyjnej wskazać należy, że została ona zaprojektowana prawidłowo, a obawy wykonawcy w zakresie wadliwości podłączenia, nie zostały przez Wykonawcę w żaden sposób sprawdzone na etapie realizacji zadania, a ostatecznie okazały się bezzasadne;

- świadka G. K. (1) odnośnie do zapewnienia odpowiedniego nadzoru pracowników wykonujących prace objęte umową, ponieważ pozostały materiał dowodowy w szczególności zapisy w dzienniku budowy, protokoły z narad oraz zeznania świadków inspektorów nadzoru, a także dokumentacja kontroli PIP świadczą o braku odpowiedniego nadzoru nad osobami wykonującymi roboty, jak i o braku właściwej organizacji oraz koordynacji tych robót. Z podobnych względów Sąd nie dał wiary zeznaniom tego świadka co do zgłaszania przez Wykonawcę wadliwości projektowych i zapewnienia przez Wykonawcę odpowiedniej liczby pracowników;

- świadka P. J. odnośnie do pisemnego zgłaszania inwestorowi uwag w zakresie instalacji centralnego ogrzewania, a także wadliwości centrali wentylacyjnej przewidzianej w projekcie, gdyż nie znajdują one potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym;

- świadka M. P. (2) odnośnie do procentowego zaawansowania robót, gdyż pozostają one w sprzeczności z dokumentacją przedmiaru robót oraz zakresem wykonanych robót ujawnionym w kosztorysie powykonawczym.

Sąd Okręgowy uznał, iż zeznania świadka P. B. nie mają wpływu na poczynione w sprawie ustalenia faktyczne, ponieważ w czasie realizacji umowy był on tylko raz na budowie. Oddalił wniosek pozwanych o dopuszczenie dowodu z przykładowych referencji dotyczących jakości robót wykonanych przez pozwane jako irrelevantny dla rozstrzygnięcia sprawy, a dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa zgłoszony przez pozwane na ostatniej rozprawie pominął jako spóźniony, podkreślając że ewentualna potrzeba zgłoszenia takiego dowodu była pozwany znana najpóźniej po przesłuchaniu wszystkich świadków, a zatem 27 maja 2016r.

Sąd Okręgowy stwierdził, że powód dochodzi zapłaty kary umownej na podstawie § 11.2 łączącej strony umowy o roboty budowlane w związku z odstąpieniem od tej umowy przez Zamawiającego z winy pozwanych oraz, że przedmiotem sporu są okoliczności związane z istnieniem przesłanek do odstąpienia od umowy określonych w § 13.2 umowy, a mianowicie czy Wykonawca opóźnił się tak dalece z wykonaniem robót, że wątpliwym było ich terminowe zakończenie. Podkreślił, że instytucja kary umownej została uregulowana w art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy oraz, że zastrzeżenie kary umownej może odnosić się wyłącznie do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania o charakterze niepieniężnym i taki też charakter miały zobowiązania pozwanych wynikające z umowy z 3 lipca 2015r. Strony w § 11 umowy określiły w sposób szczegółowy przypadki, w których wykonawca obowiązany będzie do zapłaty kary umownej, w tym w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, do którego doszło. Miał na uwadze, że do momentu obciążenia pozwanych karą umowną, to jest do 2 września 2015r. nie kwestionowały one odstąpienia powoda od umowy, ani wskazanych przez powoda przyczyn tej decyzji. Dopiero po otrzymaniu noty księgowej, w piśmie z 9 września 2015r. podniosły, że przyczyna odstąpienia od umowy leży po stronie powoda.

Oceniając zasadność obciążenia pozwanych karą umowną, Sąd Okręgowy wskazał, że przesłankami powstania obowiązku zapłaty kary umownej, które muszą wystąpić łącznie są: istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek świadczenia kary oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik

ponosi odpowiedzialność, przy czym w ramach drugiej przesłanki powód musi wykazać jedynie fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - nie jest zobowiązany do udowodnienia powstania szkody. Uznał, że obydwie przesłanki zostały przez powoda wykazane. Stwierdził, że skoro zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.), zatem przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez przyzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, a granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają - poza art. 483 k.p.c. - także przepisy o charakterze imperatywnym. Zatem ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353¹ k.c.), obejścia prawa i ewentualnej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.). Wskazał na treść art. 473§2 k.c. wyłączającego dopuszczalność ograniczenia odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną umyślnie. Stwierdził, że skoro § 11.2 łączącej strony umowy kreuje obowiązek świadczenia kary umownej w razie zawinionego przez wykonawcę odstąpienia od umowy, to dokonane nim zastrzeżenie kary umownej nie wyszło poza ograniczenia swobody umów (art. 353¹ k.c.), nie zmierza do obejścia prawa (art. 58 § 1 k.c.), ani też nie jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (art. 58 §2 k.c.). Zdaniem Sądu Okręgowego również druga z wymienionych przesłanek została przez powoda wykazana w sposób należyty. Kara umowna jest postacią odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Zgodnie z ogólnymi regułami odpowiedzialności kontraktowej wynikającymi z art. 471 k.c. na wierzycielu spoczywa ciężar udowodnienia niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a wina podlega domniemaniu i na dłużniku spoczywa ciężar udowodnienia, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Przyjął, że w okolicznościach sprawy nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika polegało na takim opóźnieniu w wykonywaniu robót, że wątpliwym było ich terminowe ukończenie. Podkreślił, że umowa została przez strony podpisana 3 lipca 2015r., termin jej realizacji przewidziano na 30 września 2015r. oraz, że nie bez znaczenia pozostaje, że umowa ta została zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w SIWZ termin wykonania zadania został określony do 20 października 2016r., przy czym Zamawiający punktował skrócenie wykonania zamówienia. Pozwane spółki jako konsorcjum przystąpiły do przetargu zgłaszając ofertę najtańszą i najszybszą w realizacji, co dało podstawę do uznania jej za najkorzystniejszą ofertę.

Sąd Okręgowy przyjął, że powód miał podstawy ku temu, by odstąpić od umowy z winy Wykonawcy. Od momentu przekazania placu budowy, tj. od 6 lipca 2015r. do momentu złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy, tj. do 5 sierpnia 2015r. stale występowały i były zgłaszane Wykonawcy uwagi i zastrzeżenia odnośnie do organizacji pracy, tempa i postępu prac, prawidłowości ich wykonywania, liczby osób skierowanych do pracy, braku koordynacji robót oraz braku nadzoru nad wykonywanymi pracami. Wprawdzie zakres prac objętych umową był szeroki, niemniej z okoliczności tej pozwane nie mogą uczynić zarzutu, ponieważ są przedsiębiorcami zawodowo zajmującymi się wykonywaniem robót budowlanych i zgłaszając swoją ofertę do przetargu winne zbadać przede wszystkim rodzaj i zakres robót, którego się podejmują i rozważyć czy dysponują odpowiednimi środkami i pracownikami do jego realizacji. Zatem zarzut, że prace objęte umową nie mogły być wykonane w terminie wynikającym z umowy jest nieuzasadniony, zwłaszcza że oferta złożona przez pozwanych wskazywała termin krótszy o 20 dni od wskazanego w ogłoszeniu o przetargu. Sąd Okręgowy podkreślił, że w trakcie postępowania przetargowego pozwane nie zgłaszały jakichkolwiek pytań, czy uwag do projektu robót nie podjęły też jakichkolwiek działań mających na celu wcześniejsze zapoznanie się z obiektem i warunkami prowadzenia robót, będąc o takiej możliwości poinformowane w SIWZ. Przewidziany umową zakres prac remontowych wymagał skierowania do ich wykonania co najmniej trzech brygad pracowników (prace na elewacji, modernizacja dachu, prace instalacyjne dotyczące centralnego ogrzewania i instalacji elektrycznych), a biorąc pod uwagę stosunkowo krótki termin wykonania umowy, brygady te winny pracować jednocześnie. Zeznania świadków M. P. (1), D. C., R. R., M. M., wpisy do dziennika budowy oraz prowadzony przez powoda zeszyt ewidencji czasu pracy potwierdziły stanowisko powoda, że Wykonawca nie skierował do pracy odpowiedniej ilości pracowników. Zaledwie w ciągu trzech dni wykonawca skierował do pracy więcej niż 10 osób (20, 21, 29 30 lipca 2015r.), natomiast w pozostałym okresie liczba pracowników wahała się od 3 do 9 osób. Tylu pracowników nie wystarczało do zagwarantowania sprawnego wykonania robót i dotrzymania terminu wynikającego z umowy. Zeznania świadków powołanych przez pozwanych G. B., W. K., G. K. (1), A. W. i M. P. (2) o kierowaniu do

pracy średnio kilkunastu osób Sąd Okręgowy uznał za niewiarygodne w świetle pozostałych dowodów, zwłaszcza że pozwane, mimo wielokrotnych monitów ze strony powoda, nie przedstawiły w czasie obowiązywania umowy jak i w toku procesu wykazu pracowników skierowanych do robót na terenie Teatru Rozrywki.

Za przyjęciem, że prace objęte umową nie byłyby wykonane w uzgodnionym terminie przemawiał też w ocenie Sądu Okręgowego fakt skierowania do pracy osób nie posiadających odpowiedniego przeszkolenia i brak prawidłowego nadzoru nad wykonywanymi pracami. Stwierdził, że pracownicy pozwanych mieli problemy z wykonaniem nawet prostych prac rozbiórkowych, o czym świadczy całkowite zaniechanie sprawdzenia z jakiego materiału jest wykonywany „rzekomo żelbetowy” strop w korytarzu na poddaszu i pozostawienie decyzji co do sposobu jego rozbiórki inwestorowi. Nadto pozwane część prac zlecały podwykonawcom (ustawienie rusztowania, montaż instalacji centralnego ogrzewania) bez zgody inwestora, co było sprzeczne z zapisami § 4 umowy. Zebrany materiał dowodowy w ocenie Sądu Okręgowego potwierdzał także, że prace wykonywane przez pozwanych nie były odpowiednio koordynowane i nadzorowane. Świadczą o tym zarówno wpisy w dzienniku budowy, protokoły narad odbywających się przedstawieli inwestora i wykonawcy, jak i protokoły kontroli Państwowej Inspekcji Pracy. O braku nadzoru świadczy także praktycznie stała nieobecność kierownika budowy, który pojawiał się na terenie obiektu w C. w godzinach popołudniowo wieczornych co kilka dni, gdyż w tym samym czasie pełnił funkcję kierownika budowy innej inwestycji. Obowiązek zapewnienia sprawowania kierownictwa budowy przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje zawodowe i uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi obciążał pozwanych zgodnie z § 3.3 umowy. Opóźnienie wykonywania robót rozpoczęło się już na początku lipca, gdyż w ciągu pierwszych dwóch tygodni przywieziono jedynie elementy rusztowań. Treść przedstawionych przez powoda dokumentów (dziennik budowy, protokoły narad, dokumentacja PIP) oraz zeznania świadków zaoferowanych przez powoda w sposób nie budzący wątpliwości wykazały, że tempo i organizacja robót były nieodpowiednie i skutkowały opóźnieniami, które dawały podstawy do przyjęcia, że termin wykonania zadania nie zostanie dotrzymany. Wynikający z protokołu zdawczo-odbiorczego i kosztorysu powykonawczego stan zaawansowania robót wskazuje na wykonanie zaledwie części prac demontażowych stropów, grzejników i ustawienie rusztowania na zewnątrz po jednego z niespełna trzech miesięcy na realizację umowy. Prace te stanowiły zaledwie kilka procent robót do wykonania. Brak gwarancji na poprawę tempa, organizacji oraz jakości pracy, dawał powodowi podstawę do wezwania pozwanych do zamiany sposobu wykonania umowy, a nie spełnienie tego wymogu dawało uprawnienie do odstąpienia od umowy.

Za niezasadne Sąd Okręgowy uznał zarzuty podnoszone przez pozwanych w toku procesu, dotyczące wadliwości dokumentacji projektowej, konieczności oczekiwania na decyzję inwestora, problemów w kontaktach z projektantem. Zarzut wadliwości projektu centrali wentylacyjnej uznał za niezasadny, ponieważ wykonawca nie dokonał sprawdzenia, czy faktycznie występuje niezgodność podłączenia centrali do instalacji wentylacyjnej i nie dokonał demontażu starej centrali, a projekt okazał się prawidłowy. Nie został też potwierdzony zarzut, że drzwi ppoż. na poddaszu nie spełniały wymogów określonych przepisami branżowymi. Z kolei oczekiwanie na decyzję inwestora w zakresie miejsca zamontowania grzejników na scenie dotyczyło zaledwie kilku sztuk i nie miało znaczenia dla oceny tempa prac, mając na uwadze zakres robót objętych umową. Nieuzasadnione były także zarzuty pozwanych odnośnie do zwiększonego zakresu robót obejmujących wymianę konstrukcji dachu, jak i prace instalacyjne. Przede wszystkim pozwani nie udowodnili tych zarzutów, natomiast zeznania świadków powołanych przez pozwanych Sąd Okręgowy uznał za niewiarygodne. Za nieudowodnione Sąd Okręgowy uznał też argumenty, dotyczące konieczności wykonania prac dodatkowych, nieodpowiednich warunków atmosferycznych. Sąd Okręgowy odwołał się także do przepisów ustawy z 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz.U. z 2010r. nr 243, poz. 1623) dotyczących prowadzenia dziennika budowy. Zgodnie z art. 45 ust. 1 tej ustawy dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót. Sposób prowadzenia dziennika budowy reguluje wydane na podstawie art. 45 ust. 4 ustawy Prawo budowlane rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 26 czerwca 2002r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz. U. Nr 108, poz. 953 ze zm.). Dziennik budowy jest przeznaczony do rejestracji, w formie wpisów, przebiegu robót budowlanych oraz wszystkich zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku ich wykonywania i mających znaczenie przy ocenie technicznej prawidłowości wykonywania budowy, rozbiórki lub montażu. Dziennik budowy prowadzi się w taki sposób, aby z dokonywanych

w nim wpisów wynikała kolejność zdarzeń i okoliczności, zachodzących w toku wykonywania robót budowlanych (§ 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia). Kolejne strony dziennika budowy (poza pierwszą stroną) przeznaczone są na wpisy dotyczące przebiegu robót budowlanych. Każdy wpis oznacza datą i podpisuje osoba dokonująca wpisu, z podaniem imienia, nazwiska, wykonywanej funkcji i nazwy jednostki organizacyjnej lub organu, który reprezentuje (§ 6 ust. 3 rozporządzenia). Osoby, które upoważnione są do dokonywania wpisów w dzienniku budowy zostały wymienione w § 9 ust. 1, a należą do nich między innymi: inwestor, kierownik budowy, inspektor nadzoru inwestorskiego. Wpisy w dzienniku budowy, prowadzonym dla inwestycji powoda, były dokonywane przez uprawnione osoby, zgodnie z wymogami cytowanego rozporządzenia, jednak pozwani nie wykazali by poza jednym przypadkiem w dniach od 13 do 15 lipca 2015r. (k. 60) miało dość do wstrzymania prac w związku z obfitymi opadami deszczu. Tym samym zarzuty podnoszone w toku procesu, a wskazujące na niemożność prowadzenia robót są nieuzasadnione. Brak też podstaw do przyjęcia, że na tempo prac miała wpływ normalna działalność Teatru, gdyż pozwani zgłaszając swoją ofertę do przetargu byli o tym fakcie poinformowani, a także mogli zapoznać się ze specyfiką remontowanego obiektu, czego jednak nie uczynili.

Podsumowując, Sąd Okręgowy stwierdził, że w momencie składania przez powoda oświadczenia o odstąpieniu do umowy występowały tak znaczne opóźnienia w wykonywaniu robót, które dawały podstawę do przyjęcia, że wykonawca nie dotrzyma terminu realizacji umowy i obciążenia pozwanych karą umowną - w oparciu o § 11.2 w zw. z § 13.2 umowy, gdyż rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn zawinionych przez wykonawcę. Podkreślił, że co do zasady kara umowna należy się wierzycielowi w wysokości określonej w umowie przy czym dłużnik ma pewne możliwości żądania zmniejszenia kary umownej. Może to uczynić w dwóch wypadkach: gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, i gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). Przy czym zmniejszenie kary umownej w każdym z tych przypadków winno być dokonane z dużą rozważą. Jeżeli w umowie wyraźnie zastrzeżono karę umowną w oznaczonej wysokości za określone naruszenie zobowiązania i zobowiązanie faktycznie zostało naruszone, zmniejszenie jej nie będzie z reguły uzasadnione, chociażby dłużnik istotnie w znacznej części zobowiązanie wykonał. Dotyczy to również drugiej przyczyny uzasadniającej zmniejszenie kary umownej, a mianowicie jej rażącego wygórowania: zmniejszenie kary umownej z tej przyczyny może nastąpić wtedy, gdy zapłata kary umownej w pełnej wysokości powodowałaby rzeczywiście nadmierne pokrzywdzenie dłużnika. Sąd Okręgowy uznał, że w okolicznościach sprawy żądanie zapłaty pełnej kary umownej było uzasadnione, zwłaszcza że pozwane nie wykazały okoliczności uzasadniających jej obniżenie i uwzględnił powództwo w całości. O odsetkach orzekł w oparciu o art. 481 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 455 k.c., a o kosztach procesu - na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., obciążając nimi w całości pozwanych. Na koszty procesu złożyły się opłata od pozwu w kwocie 11.210 zł i koszty wynagrodzenia pełnomocnika procesowego powoda w kwocie 7.200zł.

Apelację od wyroku wniosły pozwane, domagając się jego zmiany przez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na ich rzecz kosztów procesu. Alternatywnie wniosły o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania z zaleceniem przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu robót budowlanych. Zarzuciły obrazę art. 227 k.p.c. przez nierozpoznanie istoty sprawy, wyrażające się w braku przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, zgłoszonego przez pozwane na takim etapie postępowania, gdy powód z tego dowodu nie skorzystał, choć powinien dla wykazania przesłanek z art. 13 ust. 1 lit. d, ust. 2 i ust. 4 umowy i określenia zakresu użytych w tych postanowieniach pojęć: „tak dalece”, „wątpliwe terminowe zakończenie” i dla wykazania czy wskazane przez powoda działania do podjęcia były właściwe, jakie konieczne roboty dodatkowe nieujawnione w dokumentacji projektowej miały istotny wpływ na opóźnienia oraz czy wymagały one niezwłocznego wykonania dla zapewnienia prawidłowego toku prac według przekazanego powodowi harmonogramu robót. Zarzuciły także naruszenie art. 233 k.p.c. przez wykraczającą poza granicę sędziowskiej swobody oceny dowodów, w tym:

- selektywne podejście do wypowiedzi zawnioskowanych przez pozwane świadków G. B., G. K. (1), W. K. i bezkrytyczną odmowę uznania ich za wiarygodne;
- ocenę dowodu z dokumentu – dziennika budowy z pominięciem faktu, że nie wpisano w nim przekazania przez Zamawiającego frontu robót;

- bezpodstawne przyjęcie, że pozwani nie przekazali szczegółowego harmonogramu robót, któremu to przekazaniu nie zaprzeczył świadek – reprezentant powoda M. M.;

- bezpodstawne przyjęcie, że Wykonawca nie przedstawił powodowi protokołu konieczności, czemu pozwane zaprzeczyły już w odpowiedzi na pozew, gdyż dokument ten został przekazany powodowi do podpisania i zatrzymany przez powoda z uwagi na nieprzedstawienie szczegółowego harmonogramu robót, co jest sprzeczne z zebranym w sprawie materiałem dowodowym;

- bezpodstawne przyjęcie, że Wykonawca nie prowadził własnej ewidencji pracowników, co jest też nieistotne i bezprzedmiotowe dla oceny zasadności żądania pozwu, a ewidencja prowadzona przez powoda niestarannie, w formie zapisków nie może stanowić dowodu dla wykazania liczby pracowników zatrudnionych na budowie, gdyż umowa nie przewidywała rozliczenia według roboczogodzin, lecz ryczałtową formę rozliczeń, nadto nie wszyscy pracownicy pozwanych zostali ujęci w tych zapiskach;

- bezpodstawne przyjęcie, że w okresie od 21 lipca do 12 sierpnia 2015r. na budowie nie było kierownika budowy G. K. (1), co pozostaje w sprzeczności już chociażby z ustaleniem Sądu, że 22 lipca 2015r. dokonał on wpisu w dzienniku budowy i przychodził na budowę w godzinach popołudniowych lub wieczorem;

- bezpodstawne przyjęcie, że pozwane bez zgody powoda zatrudniali podwykonawcę, gdyż powód, podkreślający swoją aktywność inwestorską na budowie, akceptował na naradach obecność A. C., który na listach obecności wpisał się jako przedsiębiorca i nie był pracownikiem Wykonawcy, a reprezentujący powoda inspektor nadzoru ds. sanitarnych temu się nie sprzeciwiał;

- powierzchowną ocenę zeznań świadków zawnioskowanych przez powoda, w szczególności R. R., u którego w toku przesłuchania dało się zauważyć luki pamięciowe, niechronologiczne wypowiedzi na temat zdarzeń na budowie, trudności z oceną jaki ujawniono strop betonowy i jaką murłatę, co w ocenie apelujących pozwalało na przyjęcie braku fachowości inspektora nadzoru, zwłaszcza że nie wstrzymał on robót wskutek zaistnienia wypadku śmiertelnego; powierzchowną ocenę zeznań świadka M. M. w zakresie jego relacji na temat szczegółowego harmonogramu robót, zakłóceń ze strony aktorów pracujących w teatrze, współdziałania z Wykonawcą w czasie robót, braku relacji tego świadka w kwestii nieuchwytności projektanta. Wywodziły, że Sąd Okręgowy nadał zeznaniom świadków zawnioskowanych przez powoda walor wiarygodności, mimo że ich zeznania były wątpliwe w świetle pozostałych dowodów, a sami świadkowie byli osobami, które opieszale rozpoznawały zgłaszane przez Wykonawcę problemy w przedmiocie błędów projektowych, np. w zakresie centrali wentylacyjnej, grzejników na scenie, pominięcia grzejników w niektórych (5-6) pomieszczeniach, wymiany części murłaty zamiast całej, drzwi ppoż. i innych;

- bezzasadną odmowę mocy dowodowej złożonej do akt sprawy dokumentacji fotograficznej obrazującej fatalny stan techniczny krokwi i murłaty, podczas gdy przedmiar robót i projekt remontu dachu obejmował wymianę krokwi nie na całej długości, a rzeczywisty rozmiar prac można było stwierdzić dopiero w trakcie demontażu i odkrywki tych elementów konstrukcyjnych dachu, co Wykonawca uczynił i udokumentował;

- przyjęcie, że usprawiedliwieniem opóźnienia robót były jedynie dwudniowe opady atmosferyczne, pomijając fakt gorących upałów, pomimo wskazywanej przez inspektora pracy okoliczności braku napojów dla pracowników.

Nadto pozwane zarzuciły Sądowi Okręgowemu obrazę prawa materialnego, a to:

- art. 491§1 k.c. przez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że odstąpienie przez powoda od umowy było uzasadnione zawinionymi działaniami i zaniechaniami Wykonawcy na placu budowy, co w kontekście postanowień §13 ust. 1 lit. d, ust. 2 i ust. 4 łączącej strony umowy z 3 lipca 2015r. o roboty budowlane czyniło odstąpienie od umowy skutecznym, podczas gdy w toku robót, podczas demontażu poddasza, III i IV piętra i demontażu grzejników ujawniły się błędy projektowe, które wpływały na powstałe opóźnienie i były niezależne od Wykonawcy, co nie oznaczało, że opóźnień tych nie można było nadrobić, wreszcie pojawiły się niekorzystne czynniki atmosferyczne (wysokie temperatury), a

przez cały czas trwania robót brak było należytego współdziałania służb Zamawiającego na budowie z Wykonawcą z winy Zamawiającego oraz brak było kontaktu z projektantem, co obciążało Zamawiającego;

- art. 6 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i art. 473 §2 k.c. przez przyjęcie, że powód wykazał dowodami z dokumentów prywatnych i zeznaniami świadków wyłączną winę pozwanych, a nadto, że pozwane wyrządziły powodowi szkodę umyślnie podczas w sytuacji, gdy powód swego roszczenia nie udowodnił co do zasady, stosownie do reguł normujących odpowiedzialność kontraktową wyrażonych w art. 471 k.c., nie wnioskując nawet o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu robót budowlanych dla wykazania umownej podstawowej przesłanki uprawniającej go do odstąpienia od umowy oraz, że opóźnienie było „tak dalece” posunięte, że wątpliwym było terminowe zakończenie robót, a ponadto ani w pozwie, jak i w kolejnych pismach nie podnosił kwestii poniesionej szkody, rezygnując z prawa zatrzymania zafakturowanej kwoty z tytułu rozliczenia robót dotychczas wykonanych;

- art. 484§2 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że przypisana pozwany wyłączna wina zaistniałych zachowań wpływa istotnie na powstałe opóźnienie, a umyślność wyrządzonej szkody i nieznacznym zakresie wykonanych robót pozbawia pozwanych podstaw do zmniejszenia kary umownej, podczas gdy żądana przez powoda kara umowna jest rażąco wygórowana i powinna ulec co najmniej zmiarkowaniu.

Z powołaniem się na treść art. 381 k.p.c. obie apelujące wniosły o przeprowadzenie dowodu z decyzji Krajowego Sądu Dyscyplinarnego P. Izby Inżynierów Budownictwa w W. nr 16/16 z 21 września 2016r. w celu wykazania podjętej przez ten Sąd oceny wykonywania obowiązków kierownika budowy przez G. K. (1) przy realizacji umowy będącej przedmiotem postępowania i braku uprawnień do nadzoru przez R. R., gdyż okoliczności te są istotne w sprawie i nie można było tego dowodu zgłosić w toku procesu, ponieważ decyzja została wydana już po wydaniu zaskarżonego wyroku oraz o przeprowadzenie dowodu z innych dokumentów wydobytych po publikacji wyroku, tj. informacji meteorologicznej Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Państwowego Instytutu (...) Oddziału w K. odnośnie do temperatur panujących w lipcu i sierpniu 2015r. w C., SIWZ z 2 września 2015r. w drugim postępowaniu, informacji (...) sp. z o.o. jako płatnika składek odprowadzanych od A. C..

Pozwana Spółka (...) wniosła o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w celu ustalenia, czy stan budynku Teatru pozwalał na terminowe zakończenie prac, czy powstała konieczność wykonania robót dodatkowych i czy miało to wpływ na tempo prac oraz możliwość wykonania robót w umówionym terminie, w tym ustalenia, czy ujawniona po rozpoczęciu prac konieczność przeprowadzenia robót dodatkowych lub błędów projektowych były w pełni do przewidzenia na etapie zawierania umowy i czy etap prac w dacie odstąpienia od umowy przez powoda umożliwił ich zakończenie w umówionym terminie. Akcentowała, że obowiązek udowodnienia, że nienależyte wykonanie zobowiązania przez Wykonawcę nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych konstytuuje się dopiero po udowodnieniu przez powoda, że pozwane nienależycie wykonały zobowiązanie, czemu powód nie sprostał, jednakże pozwana kierując się daleko posuniętą ostrożnością procesową wniosek taki składa. Pozwana Spółka (...) na rozprawie apelacyjnej podniosła dodatkowy zarzut naruszenia prawa materialnego – art. 484§1 k.c. i 483§1 k.c. przez pominięcie faktu, że powód nie wykazał, by poniósł jakąkolwiek szkodę, która kreowałaby odpowiedzialność pozwanych z tytułu kary umownej.

Powód wniosł o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez pozwane w postępowaniu apelacyjnym jako spóźnionych oraz o oddalenie apelacji pozwanych jako bezzasadnej. Wyjaśnił, że roboty budowlane zostały dokończone przez inny podmiot, wyłoniony w drugim przetargu oraz, że nie utracił dofinansowania z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w W..

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Nie znajdował uzasadnienia podniesiony przez apelujących zarzut naruszenia reguł swobodnej oceny dowodów. W swoich judykatach Sąd Najwyższy wielokrotnie stwierdzał, że „jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 k.p.c. i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy

brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez Sąd meriti ocena dowodów może być skutecznie podważona” (m.in. wyroki SN z dnia 27 września 2002r., sygn. akt IV CKN 1316/00 oraz sygn. akt II CKN 817/00, niepubl.), takich natomiast naruszeń pozwane nie wykazały.

W szczególności poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych, przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia nie są w stanie wzruszyć zeznania świadków G. B., G. K. (1) i W. K., jako że w istocie zestawieniu z zeznaniami świadków zawnioskowanych przez powoda - technika instalacji sanitarnych M. P. (1), inżyniera elektryka D. C., inżyniera budowlanego R. R., elektroenergetyka M. M. i treścią wpisów w dzienniku budowy, protokołów narad, dokumentacji kontrolnej PIP jawiły się one jako niewiarygodne. Świadczenie powoda dysponowali wiedzą budowlaną i doświadczeniem zawodowym, zaś z trzech przywołanych przez pozwane świadków jedynie kierownik budowy G. K. (1) jest inżynierem budownictwa, a pozostali są magistrami ekonomii. G. K. (1) niewątpliwie naruszył swe obowiązki zawodowe i jako osoba ponosząca odpowiedzialność zawodową był osobiście zainteresowany złożeniem zeznań, które by go nie obciążały. Okoliczność, że R. R. nie pamiętał w trakcie składania zeznań jaki strop betonowy i jaka murłata została ujawniona w trakcie robót jest zrozumiałe jeśli zważyć na szeroki front robót i upływ czasu, poza tym okoliczność ta nie kreuje rzeczywistości - nie zmienia faktu, że pozwane źle oceniły jakość tych elementów wynikającą jednoznacznie z innych dowodów. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje też okoliczność, czy front robót był ujawniony w dzienniku budowy, skoro wynikał on z umowy i dołączonych do umowy dokumentów. Wbrew wywiodom apelacji opóźnienie w spuszczeniu wody z obiegu centralnego ogrzewania nie może obciążać Zamawiającego, gdyż czynność ta zgodnie z umową obciążała Wykonawcę, a pracownicy powoda wykonali ją jedynie grzecznościowo. Wysoka temperatura powietrza nie przeszkadzała w pracach na niższych kondygnacjach, a poza tym temperatury przekraczające 30 stopni, a nie wyższe niż 32,5 stopnia panowały w okresie od 6 lipca do 5 sierpnia przez 9 dni i były okolicznością do przewidzenia w momencie zawierania umowy, która miała być realizowana w sezonie letnim w najgorętszych miesiącach w roku – w lipcu i sierpniu 2015r. Wskazywane przez apelujących rzekome błędy projektowe wynikały bądź z faktu, że pozwane nie posiadały odpowiedniej wiedzy fachowej, by je stwierdzić, bądź z faktu, że nie zapoznały się z projektem we właściwym czasie, co wynika ze stwierdzenia kierownika budowy, że zapoznał się z projektem dopiero po odstąpieniu przez powoda od umowy. Co ważne, kwestionowany przez apelujące projekt centrali wentylacyjnej był prawidłowy i został zrealizowany przez kolejnego Wykonawcę. Sąd Okręgowy trafnie też przyjął, że pozwane nie zdołały wykazać, aby realizacja kontraktu wymagała dokonania szerszego zakresu wymiany krokwi niż przewidziany umową. Bez większego wpływu na postęp prac pozostawała przyznawana przez powoda okoliczność omyłki w ilości grzejników, wiążąca się z koniecznością zainstalowania ok. 20 grzejników więcej z ogólnej ich ilości sięgającej kilkaset. Sąd Okręgowy miał też pełne podstawy ku temu, by przyjąć, że kontakt z osobą odpowiedzialną – kierownikiem budowy G. K. (1) był utrudniony, jako że nadzorował on jednocześnie inne roboty budowlane, a na placu budowy w C. bywał w godzinach popołudniowych lub wieczornych, a zatem poza czasem prowadzenia robót, tym samym nie nadzorował na bieżąco frontu robót i nie można z nim było na bieżąco konsultować zakresu i sposobu wykonywania robót. Krajowy Dyscyplinarny P. Izby Inżynierów Budownictwa orzekł, że G. K. (1) naruszył obowiązki kierownika budowy określone w przepisach Prawa budowlanego m.in. przez za brak rzeczywistego kierowania budową i nie zapewnienie koordynacji działań zapewniających przestrzeganie przepisów BHP na budowie. O nieodpowiedzialnym podejściu G. K. (1) do obowiązków świadczy także to, że 29 lipca 2015r. stawiał się na budowę nietrzeźwy. Z tym też dniem został zawieszony w obowiązkach i pozwane nie dopełniły formalności związanych z powołaniem nowego Kierownika Budowy. Tryb zgłoszenia Inwestorowi podwykonawcy precyzyjnie normuje art. 647¹§2 k.c., który stanowi, że do zawarcia przez Wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i w celu jej uzyskania Wykonawca winien przedłożyć Inwestorowi umowę zawartą z podwykonawcą lub projekt takiej umowy, wskazującą część robót, które chce powierzyć podwykonawcy. Z uwagi na treść przepisu twierdzenie apelujących, że do zgłoszenia powodowi podwykonawcy A. C. doszło przez dopuszczenie go do udziału w naradach nie znajduje jakichkolwiek podstaw prawnych.

Zaniedbania organizacyjne Wykonawcy, w tym obciążający go brak bieżącego, rzeczywistego nadzoru nad pracami budowlanymi i brak właściwej koordynacji tych robót przez kierownika budowy G. K. (1), a następnie brak dopełnienia

obowiązków z powołaniem kolejnego kierownika budowy, rażące uchybienia przepisom BHP (wypadek śmiertelny, wstrzymanie prac przez inspektora PIP, nietrzeźwość kierownika budowy), a przede wszystkim zestawienie zakresu robót objętych umową z zakresem robót wykonanych do dnia odstąpienia od umowy oraz czasu jaki upłynął od zawarcia umowy do odstąpienia od niej i czasu pozostałego do terminu realizacji umowy (do 30 września 2015r.) czyniły trafną konstatację Sądu Okręgowego, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że opóźnienie pozwanych było tak dalece posunięte, że wątpliwym było terminowe zakończenie robót. Wartość robót wykonanych łącznie z podatkiem od towarów i usług wyniosła 67.718,79zł i stanowiła niespełna 2,5% wartości kontraktu oszacowanego na 2.757.422,91zł. Wykonanie tych prac zajęło 1/3 umówionego czasu na realizację kontraktu. Pozwane nie dotrzymały harmonogramu ogólnego, który przewidywał docieplenie stropów do końca lipca 2015r. Przy dotychczasowym postępie prac i stopniu zaawansowania robót nie było możliwe dotrzymanie terminu realizacji kontraktu. Pozwane nie tylko nie uzyskały, co nawet nie ubiegały się o zgodę na zatrudnienie podwykonawców, a liczba własnych pracowników kierowanych do pracy w okresie do odstąpienia przez powoda od umowy nie rokowała terminowego ukończenia robót. Wniosek taki jawił się jako oczywisty w świetle przywołanych wyżej okoliczności i nie wymagał opinii biegłego. Nadto wniosek o dopuszczenie opinii był spóźniony. Dlatego też jedynie na marginesie Sąd Apelacyjny zauważa, że formułując jego tezę – „dla ustalenia, czy możliwym było terminowe wykonanie robót” pozwane zastrzegły, że dysponowały większą liczbą pracowników, niż wykazana przez powoda, przyznając de facto, że liczba pracowników ujętych w ewidencji prowadzonej przez powoda nie wystarczyłaby do terminowego zrealizowania kontraktu, a jako, że pozwane nie przejawiały inicjatywy dowodowej ukierunkowanej na ustalenie stanu swych zasobów osobowych brak było racjonalnych przesłanek, by taki dowód przeprowadzić.

Istniejący w doktrynie i judykaturze spór co do prawidłowej wykładni art. 484§ 1 k.c. i co do związku między poniesieniem szkody przez wierzyciela a roszczeniem o zapłatę kary umownej, wyrażający się w przyjmowaniu jednego z dwóch stanowisk:

- pierwszego przyjętego przez Sąd Okręgowy, wedle którego wierzyciel może domagać się kary umownej bez względu na powstanie szkody po jego stronie, bo tylko przy takim założeniu instytucja kary umownej jest odpowiednio silnym środkiem oddziaływania na niesolidnego kontrahenta i może odegrać rolę bodźca mobilizującego dłużnika do należytego wykonania zobowiązania (orzeczenie SN z 2 czerwca 1970r. II CR 167/70; OSNCP 1970/11/214),

- drugiego, opierającego się na wykładni literalnej art. 483§1 i art. 484§1 k.c., wedle którego zastrzeżenie kary umownej ma jedynie takie znaczenie, że wierzyciel dochodząc tej kary nie musi udowadniać faktu istnienia szkody i jej wysokości, niemniej jednak przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej jest także szkoda wyrządzona wierzycielowi na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, dlatego też jeżeli tylko dłużnik zdoła udowodnić zupełny brak szkody wierzyciela, to w konsekwencji wykaże też, iż kara umowna nie przysługuje (orzeczenie SN z 14 lipca 1976r. I CR 221/76; OSNCP 1977/4/76),

skłonił Sąd Apelacyjny do uzupełnienia postępowania przez umożliwienie obu stronom wypowiedzenia się w tej kwestii i zbadania przesłanki szkody, ponieważ za przyjęciem stanowiska drugiego przemawiają trzy istotne argumenty: po pierwsze, ustawodawca – normując kodeksową instytucję kary umownej nie użył w rozważanej mierze jednoznacznej formuły „wierzyciel może żądać kary umownej, chociażby nie poniósł żadnej szkody, aczkolwiek tak postąpił w zbliżonej sytuacji prawnej w odniesieniu do roszczenia odsetkowego za opóźnienie (art. 481§1 k.c.); po drugie, z legalnej definicji kary umownej zawartej w art. 483§1 k.c. wynika, że celem tej kary jest „naprawienie szkody”, z tego też powodu ujmuje się karę umowną jako surogację odszkodowania; po trzecie wreszcie, zamieszczony w art. 484 §1 zdanie pierwsze zwrot „poniesionej szkody” wskazuje na powiązanie kary umownej ze szkodą wierzyciela, a z zestawienia art. 483§1 k.c. z art. 484§1 k.c. wynika, że dłużnik nie może uwolnić się od zapłaty kary umownej dowodząc, że szkoda nie może być wykazana lub, że jej wysokość jest niższa od wysokości kary. Elementem podstawy faktycznej rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny uczynił zatem okoliczność, że pozwany nie zdołał wykazać, by powód nie doznał jakiegokolwiek szkody w związku z niewykonaniem umowy przez pozwane. W kategoriach poniesionej przez powoda szkody należy bowiem rozpatrywać dłuższe zakłócenia w działalności teatru, koszty uruchomienia drugiego trybu przetargowego, konieczność zakupu grzejnika elektrycznego i nagrzewnic za cenę 952zł i zwiększonych wydatków na energię elektryczną (w części przenoszącej koszty ogrzewania sieciowego). Niemniej ważąc, że wartość naliczonej przez

powoda kary umownej za niewykonanie umowy sięgała 10% wartości wynagrodzenia umownego netto, w sytuacji, gdy powód nie utracił dofinansowania do swej inwestycji w związku z czym rozmiar doznanej przez niego szkody nie był znaczny, Sąd Apelacyjny uznał, że kara umowna w wysokości 224.180,72zł jest rażąco wygórowaną i karę tę - w oparciu o art. 484§2 k.c. - zmniejszył do 1/4, tj. do kwoty 56.045zł.

Podstawę częściowej zmiany rozstrzygnięcia w przedmiocie kary umownej stanowił art. 386§1 k.p.c., a oddalenia apelacji w pozostałym zakresie art. 385 k.p.c. Zmiana rozstrzygnięcia o żądaniu głównym implikowała adekwatną do wyniku sporu zmianę rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Wobec częściowego uwzględnienia powództwa koszty te należało – w oparciu o art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. - rozdzielić między stronami z uwzględnieniem, że ostatecznie powód utrzymał się ze swymi żądaniami w ok. 25%. Oznacza to, że pozwane powinny ponieść solidarnie 25% wszystkich kosztów procesu, które łącznie wyniosły 25.610zł (opłata sądowa od pozwu -11.210zł i koszty zastępstwa procesowego każdej ze stron w stawce minimalnej – po 7.200zł). Pozwane powinny zatem pokryć koszty procesu do kwoty 6.402,50zł, a jako że pokryły je w zakresie 7.200zł, powód zobowiązany jest im zwrócić 797,50zł z tytułu zwrotu kosztów.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o art. 100 zdanie drugie k.p.c., ponieważ zamiarkowanie kary umownej zależało od uznania Sądu, obciążył pozwane solidarnie 75% kosztów, na które złożyła się opłata od apelacji (11.210zł) i koszty zastępstwa procesowego każdej ze stron w stawce minimalnej określonej w §2 pkt. 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (po 10.800zł) i zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda 2.597,50zł.

SSA Joanna Naczyńska SSA Tomasz Ślęzak SSA Joanna Kurpierz