KOTERBA
MARASZKIEWICZ
PANKIEWICZ
PODRUCZNA
CHAMIER-GLISZCZYŃSKI

OPINIA PRAWNA

Sporządzona przez: Kancelarię Radcy Prawnego Szymon Koterba
ul. Anny Łajming 5/1B, 76 – 200 Słupsk,

na zlecenie: Miasta Słupsk
Plac Zwycięstwa 3, 76 – 200 Słupsk.

Przedmiot opinii.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest ocena ryzyka procesowego związanego z dochodzeniem roszczeń spółki BUDREM-RYBAK Sp. z o.o. Sp.K. w Luzinie (wykonawcy) w stosunku do Miasta Słupsk jako inwestora, w związku z naliczeniem kar umownych naliczonych przez Miasto Słupsk w notach obciążeniowych z dnia 12 marca 2015 roku (nota nr 1/2015, nota nr 2/2015) oraz zatrzymaniem przez inwestora wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

ANALIZA MERYTORYCZNA

I. **Podstawa faktyczna opracowania.**

Dnia 24 czerwca 2014 roku pomiędzy Miastem Słupsk oraz spółką BUDREM-RYBAK Sp. z o.o. Sp.K. w Luzinie została zawarta umowa o roboty budowlane nr 297/2014, której przedmiotem była część robót budowlanych polegających na wykonaniu robót dotyczących dachu, elewacji i stolarki zewnętrznej budynku w celu dokończenia budowy Parku Wodnego Centrum Rekreacji, Sportu i Rehabilitacji w Słupsku.

Spółka wniosła w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy opisanej powyżej, wysokości **274.491,34 zł.**

Pismem z dnia 12 marca 2015 roku, zatytułowanym „Nota Obciążeniowa nr 1" Miasto obciążyło Spółkę kwotą w wysokości **294.356,10** zł tytułem kary umownej z powodu odstąpienia przez zamawiającego. Zgodnie z treścią przedmiotowego pisma, podstawą umowną naliczenia kar było postanowienie § 28 ust. 1 pkt 3 umowy z dnia 24 czerwca 2014 r., który stanowi, iż w razie odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn, za które odpowiada wykonawca, zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego za niewykonaną część umowy.

Kancelaria Radcy Prawnego
SZYMON KOTERBA
ul. Anny Łajming 5/1
76-200 Słupsk

tel: +48 59 841 00 42
fax: + 48 59 842 24 25
koterba@vislegis.eu

Pismem z dnia 12 marca 2015 roku, zatytułowanym „Nota Obciążeniowa nr 2" Miasto obciążyło Spółkę kwotą w wysokości **129.010,93 zł** tytułem kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych w okresie od dnia 25 grudnia 2014 r. do dnia 9 lutego 2015 r. (47 dni). Jako podstawę umowną dokonanego naliczenia kar umownych wskazano § 28 ust. 1 pkt 1. umowy z dnia 24 czerwca 2014 r o roboty budowlane.

Pozwem z dnia 21 maja 2015 roku, skierowanym do Sądu Okręgowego w Słupsku I Wydziału Cywilnego, wykonawca zażądał zasądzenia od Miasta Słupsk na swoją rzecz następujących należności:

a) **675.337,61** zł wraz z odsetkami od dnia 26.03.2015 r. do dnia zapłaty – tytułem zapłaty za fakturę nr FS-17/02/2015 z dnia 25 lutego 2015 roku,

b) **103.024,64 zł** wraz z odsetkami od dnia 26.03.2015 r. do dnia zapłaty – tytułem zwrotu części uiszczonej w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

c) **127.313,28 zł** wraz z odsetkami od dnia 17.02.2015 roku do dnia zapłaty – tytułem zwrotu części uiszczonej w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

d) **348.740,50 zł** wraz z odsetkami od dnia 05.02.2015 roku do dnia zapłaty – tytułem utraconych korzyści,

w łącznej wysokości 1.254.416,03 zł tytułem należności głównej.

Postępowanie wszczęte na skutek powództwa opisanego w ust. 5 powyżej, prowadzone było pod sygn. akt: IC 184/15. Postanowieniem z dnia 2 czerwca 2015 roku Sąd Okręgowy w Słupsku postanowił stwierdzić swoją niewłaściwość w sprawie i przekazać ją do rozpoznania przez Sąd Okręgowy – Sąd Gospodarczy w Gdańsku (sygn. akt IX Gc 545/15).

Ugodą pozasądową z dnia 17 września 2015 roku strony porozumiały się w zakresie roszczeń objętych przedmiotowym powództwem wykonawcy, a także w zakresie roszczeń Miasta Słupska przysługujących mu wobec wykonawcy. W dniu 21 września 2015 roku wykonawca cofnął w całości pozew w sprawie prowadzonej przed Sądem Okręgowym – Sądem Gospodarczym w Gdańsku pod sygn. akt IX Gc 545/15.

II. **Zasada odpowiedzialności spółki BUDREM-RYBAK sp. z o.o. w Luzinie.** Podstawą prawną odpowiedzialności wykonawcy robót budowlanych, jako podmiotu zobowiązanego do świadczenia niepieniężnego z tytułu kar umownych jest przepis art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły (art. 484 § 1 K.c.).

Podstawą umowną zgłoszonych przez zleceniodawcę roszczeń są postanowienia:

— § 28 ust. 1 pkt 3 umowy z dnia 24 czerwca 2014 r., który stanowi, iż w razie odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn, za które odpowiada wykonawca, zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego za niewykonaną część umowy, oraz

— § 28 ust. 1 pkt 1. tejże umowy, zgodnie z którym za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki.

Odpowiedzialność wykonawcy za szkodę kształtuje się na zasadzie art. 471 K.c., który stanowi, iż dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Wykonawca zatem może każdorazowo zwolnić się od odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy, gdy wykaże, iż powyższe nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych. W tym miejscu podkreślić trzeba, iż odpowiedzialność z kontraktu kształtuje się na zasadzie winy właśnie, a tylko w przypadkach wyjątkowych na zasadzie ryzyka.

Zgodnie z treścią art. 6 K.c. oraz art. 232 K.p.c. w procesie cywilnym strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, zaś ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Dla wykazania roszczenia przez Miasto Słupsk niezbędne będzie udowodnienie następujących przesłanek:

— obowiązywania zastrzeżeń umownych pozwalających na obciążenie wykonawcy karą umowną, o których mowa w art. 483 § 1 K.c.,

— zajścia zdarzeń, od których zgodnie z umową uzależniona jest odpowiedzialność wykonawcy, tj. zgodnie treścią z § 28 ust. 1 pkt 3 oraz § 28 ust. 1 pkt 1. umowy odpowiednio: odstąpienia z zamawiającego z przyczyn za które odpowiada Wykonawca, a także zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy.

III. Okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy wynikające z materiału zebranego w sprawie. Okolicznościami istotnymi dla sprawy są kwestie odnoszące się przede wszystkim do podstaw odstąpienia stron od umowy oraz zwłoki w wykonaniu umowy. Z uwagi na powyższe, szczegółowego omówienia wymagają zwłaszcza zagadnienia: zasadności zarzutów wykonawcy do projektu budowlanego oraz ocena współdziałania stron.

Zwłoka w wykonaniu umowy. Zgodnie z treścią art. 476 dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po

wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z wyraźnego brzmienia ustawy wynika zatem, iż pojęcie opóźnienia w wykonaniu umowy, należy odróżnić od zwłoki, która zawsze jest zawiniona. Jeżeli więc z materiału zebranego w sprawie wynika, że niedotrzymanie terminu przez wykonawcę nastąpiło bez jego winy, wówczas nieskuteczna okazuje się podstawa naliczania kar umownych za zwłokę oraz jedna z podanych podstaw odstąpienia od umowy. W sprawie istotna zatem byłaby sądowa ocena zasadności podnoszonych przez wykonawcę zarzutów, co do wadliwości projektu oraz współdziałania stron na etapie prowadzenia prac budowlanych (jako okoliczności potencjalnie przez wykonawcę niezawinionych), z tym że szczególna uwaga skupia się na zachowaniu zamawiającego, zwłaszcza jego działaniach i zaniechaniach, które mogły mieć wpływ na tempo robót.

Zasadność zarzutów wykonawcy do projektu budowlanego oraz ocena współdziałania stron. Według treści art. 354 K.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. **W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.** Obowiązkiem inwestora wynikającym bezpośrednio z ustawy jest m. in. dokonanie wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i **dostarczenia projektu (art. 647 KC).** Podstawowym i naturalnym obowiązkiem wykonawcy jest natomiast obowiązek informacyjny określony w art. 651 KC, zgodnie z którym, jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Umowa łącząca strony przewiduje, iż w razie wykrycia przez Wykonawcę przy wykonywaniu robót budowlanych wad dokumentacji projektowej, **zamawiający zobowiązany jest do jej poprawienia w uzgodnionym terminie** (§ 1 ust. 10 umowy).

Wystąpieniem z dnia 7 lipca 2014 roku wykonawca zawiadomił zamawiającego o dostrzeżonych wadach dokumentacji projektowej dotyczących:

— wierzchniego pokrycia dachu blachą tytanowo – aluminiową łączoną na rąbek stojący,

— niewłaściwego ułożenia trapezowej blachy konstrukcyjnej, poprzecznie do spadku dachu i w sposób niezapewniający odpowiedniej izolacji antykorozyjnej.

W tym miejscu podkreślić trzeba, iż wykonawca powoływał się na treść zleconej przez Miasto Słupsk opinii rzeczoznawcy z 19.05.2014 r., autorstwa Ryszarda Neugebauera pt.: „Analiza aktualnego stanu technicznego pokrycia dachowego oraz wskazanie możliwości i technologii doprowadzenia pokrycia do

stanu zapewniającego spełnienie wymagań technicznych", zasadniczo zbieżnej z postulatami zawartymi w wystąpieniu z dnia 7 lipca 2014 roku. Następnie w całym toku postępowania wyjaśniającego, obejmującego liczną korespondencję oraz narady koordynacyjne, wykonawca zachowywał daleko idącą konsekwencję. Natomiast zamawiający przez długi okres nie był w stanie zająć jednoznacznego stanowiska. Ocena wystąpienia wykonawcy z dnia 7 lipca 2014 roku przez pryzmat opinii Ryszarda Neugebauera z 19.05.2014 r. mogła okazać się bardzo niekorzystna dla zamawiającego. Wskazać należy, iż opinia, na której treść powołuje się wykonawca, dotyczy nie tylko stanu technicznego pokrycia dachowego wykonanego przez poprzedniego wykonawcę, ale także odnosi do projektowanych rozwiązań zawartych w dokumentacji projektowej. Opinia ta wskazuje na okoliczność, iż znaczna część dachu *ma stosunkowo niewielki spadek wynoszący 4%, na którym należy oczekiwać gromadzenia się śniegu w znacznych ilościach.* Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że jest to także spadek przewidziany w projekcie budowlanym.

Niezależnie od powyższego, na pozycję procesową Miasta Słupska rzutowała korespondencja stron wywołująca wrażenie niekonsekwencji Rejonowego Zarządu Inwestycji sp. z o.o. sprawującego funkcję kierownika budowy i inspektora nadzoru. Wskazać należy, iż dopiero pismem z dnia 28 sierpnia 2014 roku RZI w Słupsku sp. z o.o. odmówił zmiany projektu w zakresie wierzchniego pokrycia dachu, warunkowo zgadzając się wszakże na zmianę rozwiązania dotyczącego ułożenia trapezowej blachy konstrukcyjnej, poprzez wykonanie spodniej warstwy przy użyciu płyty KINGSPAN. Wykonawca w dalszym ciągu naciskał na zmianę poszycia dachowego z blachy tytanowo – aluminiowej na membranę, w związku z czym inwestor zastępczy 9 października 2014 roku zgodził się na ponowną weryfikację poprawności zastosowanego w projekcie rozwiązania pokrycia dachowego. Niekonsekwencja inwestora była przez wykonawcę wielokrotnie wykorzystywana w korespondencji do podkreślania, iż RZI w Słupsku sp. z o.o. w istocie nie wykonuje obowiązków umownych opisanych w § 1 ust. 10 umowy. Z zebranego materiału wynika, iż projektant na zlecenie Miasta Słupsk przedstawił nową koncepcję wykonania poszycia dachu dnia 16 listopada 2015 roku, która jednakże zakładała te same rozwiązania technologiczne dotyczące przewidywanych warstw dachu.

Dopiero w dniu 24 listopada 2014 roku RZI w Słupsku sp. z o.o. przekazała ostateczną decyzję co do rozwiązań pokrycia dachu, zgodnie z którą nie wyraziła zgody na zastosowanie membrany w zamian za blachę łączoną na rąbek stojący.

Wskazać należy, iż nawet przyjmując, że projekt nie zawierał wad dostrzeżonych przez wykonawcę, to wyżej wskazane zachowanie inspektora nadzoru działającego z ramienia inwestora negatywnie rzutuje na możliwość skutecznego postawienia wykonawcy zarzutu zwłoki w zakresie wykonania dachu co najmniej do dnia 24 listopada 2014 roku.

Brak kategorycznej opinii technicznej potwierdzającej poprawność rozwiązań zastosowanych w projekcie. Wskazać należy, iż według oświadczenia z dnia 18 października 2014 roku wydanego przez pracownię architektoniczną Piotra Nogowskiego, pełniącą obowiązki inspektora nadzoru autorskiego w branży architektonicznej, projekt budowlany Parku Wodnego wykonany został *rzetelnie i zawiera prawidłowe rozwiązania techniczne, w szczególności dotyczące uwarstwienia przegród zewnętrznych, w tym dachu,* powyższą ocenę potwierdza opinia wydana przez mgr inż. **Dariusza Filiczkowskiego** oraz inż. **Arkadiusza Gołębiewskiego.** Także opinia Ryszarda Neugebaura cechująca się nieporównywalnie większą szczegółowością i odnosząca się merytorycznie do rozwiązań projektowych, nie formułuje kategorycznego stwierdzenia, iż na powierzchniach o spadku poniżej 5 % stosowanie pokrycia dachu blachą tytanowo – aluminiową łączoną na rąbek stojący jest niezgodne ze sztuką budowlaną. Biegły zwraca jednak uwagę na możliwość gromadzenia się śniegu w znacznych ilościach oraz związane z tym zatrzymanie wody na dachu i w rezultacie jej oddziaływanie hydrostatyczne na połączenia blach. Biegły stwierdził między innymi, iż pokrycie dachu blachą łączoną na rąbek stojący zapewnia szczelność pokrycia, *pod warunkiem że woda opadowa lub pośniegowa może bez przeszkód spływać po pokryciu i zostaje odprowadzona na zewnątrz dachu, poza okap.* Jednocześnie biegły nie wskazał istnienia systemów łączenia na rąbek stojący, które zapewniają szczelność na hydrostatyczne ciśnienie wody nawet przy zupełnie zerowym spadku.

Zgodnie z ww. opinią techniczną wydaną przez mgr inż. **Dariusza Filiczkowskiego** oraz inż. **Arkadiusza Gołębiewskiego** systemy takie istniały w takcie prowadzenia prac budowlanych i mogły znaleźć zastosowanie bez konieczności zmiany projektu. Niestety w opinii powyższej nie potwierdzono istnienia rozwiązania zapewniającego szczelności pokrycia w miejscu, pomiędzy połacią o spadku 11 % a połacią o spadku 33 % - na co wskazywał biegły Ryszard Neugebauer w swojej opinii. Zdaniem biegłego w miejscach przejścia spadku dachu z 33% do 11%, a nieco wyżej z 11% na 4%, zaistnieje problem związany z wyginaniem arkuszy połączonych na rąbek stojący. *Po zagięciu krawędzi blachy pod kątem prostym do jej płaszczyzny, co jest konieczne dla wykonania połączenia na rąbek stojący, otrzymujemy rodzaj płaskiego ceownika. Wygięcie tego ceownika względem osi leżącej w płaszczyźnie blachy wymaga albo rozcięcia rąbków albo ich elastycznego wydłużenia. Rozcięcie spowoduje utratę szczególności pokrycia, natomiast rozciągnięcie wymaga, jak wspomniano, plastycznego wydłużenia fragmentu blachy, co w praktyce w przypadku zaprojektowanego materiału nie jest możliwe bez zniszczenia arkusza. Oznacza to, że w miejscach zmiany spadku pokrycia należałoby zastosować jakieś dedykowane rozwiązanie. Projekt takie rozwiązania nie wskazuje.*

W dalszej kolejności zauważyć trzeba, iż zgoda inwestora na zastąpienie trapezowej blachy konstrukcyjnej płytą KINGSPAN, pociągała za sobą konieczność wykonania projektu zamiennego, na podstawie którego

mogłyby być realizowane dalsze prace budowlane. Powstał spór co do tego, czy przedmiotowy projekt winien zostać sporządzony:

- przez inwestora, zobowiązanego na podstawie § 1 ust. 10 umowy,
- czy może przez wykonawcę w przypadku wprowadzenia rozwiązania zamiennego na wniosek wykonawcy – na podstawie § 37 ust. 2 umowy.

Obciążenie inwestora obowiązkiem dostarczenia poprawionego projektu na podstawie § 1 ust. 10 umowy, będzie możliwe przy wykazaniu, iż projekt ten zawierał wady. Z całą mocą podkreślić należy, iż okolicznością umożliwiającą negatywną ocenę zasadności zarzutów wykonawcy w kwestii wad dokumentacji projektowej jest sporządzenie w ewentualnym procesie sądowym opinii biegłego rzeczoznawcy, podobnej do tej wydanej przez Ryszarda Neugebauera z 19.05.2014 r., lecz potwierdzającej poprawność zastosowanych rozwiązań projektowych.

W tym miejscu podkreślić trzeba, iż wiążąca jest nie tylko ocena poprawności projektu w zakresie wierzchniego pokrycia dachu, ale także zasadności zastąpienia trapezowej blachy konstrukcyjnej płytą KINGSPAN, na co inwestor wyraził zgodę. Przyjmując, iż powyższe, zaakceptowane rozwiązanie dąży do usunięcia istotnej wady dokumentacji projektowej, to stwierdzić należy, iż obowiązek wykonania projektu zamiennego, zgodnie § 1 ust. 10 umowy ciążył na inwestorze. Z wyżej opisanego punktu widzenia nie sposób wówczas obciążyć wykonawcy konsekwencjami wynikającymi z niewykonania zobowiązania przez inwestora.

Przyczyny opóźnień w wykonaniu pozostałych prac, zwłoka podwykonawców. Wskazać należy, iż prace, co do których inwestor nie odstąpił stanowią dużą część zamówienia o wartości **2.546.265,79 zł.** Prace te zostały wykonane z opóźnieniem wynoszącym 47 dni, w związku z czym inwestor obciążył wykonawcę karą umowną w wysokości 129.010,93 zł na podstawie § 28 ust. 1 pkt 1 umowy, który stanowi, iż za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kar umownych w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki.

Zwłoka dłużnika polega na tym, iż przekroczenie przez niego terminu spełnienia świadczenia następuje na skutek okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Dotyczy to zarówno przyczyn bezpośrednio przez niego zawinionych, jak działań osób, którym powierzył on wykonanie zobowiązania. W przypadku, gdy w umowie przewidziana jest instytucja zwłoki, przyjmuje się, iż niewykonanie zobowiązania w terminie nastąpiło z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Na wierzycielu zatem ciąży obowiązek udowodnienia, iż nastąpiło przekroczenie terminu w wykonaniu przedmiotu umowy, natomiast dłużnik obowiązany jest

wykazać (ciężar dowodu), że nie odpowiada za okoliczności powodujące zwłokę (np. że opóźnienie jest następstwem działania siły wyższej itp.).

W piśmie z dnia 25 marca 2015 roku wykonawca wskazał szereg przyczyn, ze względu na które nie odpowiada on za opóźnienie w wykonaniu pozostałych prac – argumenty te zdaniem inż. Arkadiusza Gołębiewskiego, który sprawował nadzór inwestorski z ramienia RZI sp. z o.o. w Słupsku, mogły zostać podważone, co podlegałoby weryfikacji w ewentualnym procesie sądowym. Jednocześnie wykonawca wniósł o wypłatę wynagrodzenia umownego wskazując, iż podwykonawcy, przy pomocy których wykonywał prace, zostali zaspokojeni poprzez potrącenie przez niego kar umownych należnych z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy. Wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 474 K.c. dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Fakt, iż wykonawca obciążył winą za niewykonanie przedmiotu umowy swoich podwykonawców świadczy na jego niekorzyść. Jednocześnie zastrzec trzeba, iż rozstrzygnięcie w ewentualnym postępowaniu sądowym zapadłoby przy uwzględnieniu całości materiału dowodowego oraz zgodnie z sądową oceną wpływu poszczególnych przyczyn na ogólne opóźnienie, do których należy zaliczyć w szczególności:

- zaniechania po stronie wykonawcy,
- zwłokę podwykonawców,
- uchybienia po stronie zamawiającego – takie jak przykładowo zgłaszana wadliwość rozwiązań projektowych dotyczących instalacji antyoblodzeniowej.

Należy zwrócić uwagę na pogląd wykonawcy zawarty w piśmie z dnia 25 marca 2015 roku, zgodnie z którym ewentualną karę umowną należałoby liczyć od sumy 2.546.265,79 zł stanowiącej wynagrodzenie wykonawcy za wykonane prace. Powyższe jest sprzeczne z wyraźnym brzmieniem § 28 ust. 2 umowy, zgodnie z którym podstawę obliczenia kar za zwłokę stanowi wynagrodzenie umowne brutto za wykonanie przedmiotu umowy w całości, tj. całkowite wynagrodzenie umowne za wykonanie przedmiotu umowy. Wskazać trzeba, iż gdyby strony miały wolę odmiennego uregulowania podstawy naliczania kary umownej, np. od części wynagrodzenia umownego, to przewidziałyby to w sposób wyraźny, czyli tak jak to uczyniły w przypadku kary umownej z tytułu odstąpienia. Nie można jednak wykluczyć, iż w ewentualnym procesie wykonawca podnosiłby powyższy argument wraz z wnioskiem o zmiarkowanie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 K.c. Wskazany przepis stanowi, iż jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Podkreślić trzeba, iż prace co do których inwestor nie odstąpił, a wykonane z opóźnieniem, zostały zrealizowane w całości.

Skuteczność złożonych oświadczeń o odstąpieniu od umowy oraz ich wpływ na roszczenie o zapłatę kar umownych należnych inwestorowi.

Podstawą odstąpienia wykonawcy wynikającą z treści pisma z dnia 4 lutego 2015 roku jest przepis art. 491 K.c. stanowiący, że jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Wykonawca powołuje się na niewykonanie przez inwestora obowiązku określonego w § 1 ust. 10 umowy dotyczącego poprawienia dokumentacji projektowej w razie wykrycia przez wykonawcę wad dokumentacji projektowej.

Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego niewykonanie istotnego obowiązku umownego występuje wtedy, gdy niezrealizowany na skutek zwłoki kontrahenta obowiązek umowny pozbawia drugą stronę tego, czego zgodnie z umową mogła oczekiwać, chyba że druga strona rozsądnie rzecz ujmując nie mogła przewidzieć takiego rezultatu. O istotnym naruszeniu obowiązku umownego decydują w szczególności jego skutki. Nie chodzi tu tylko o niespełnienie świadczenia głównego (np. zapłata wynagrodzenia, które zgodnie z treścią zobowiązania należy się wierzycielowi, ale mogą także to być niewykonane obowiązki dodatkowe jakie wzięła na siebie strona umowy. Innymi słowy, niewykonanie przez stronę istotnego obowiązku umownego, niemającego charakteru podstawowego (świadczenia), może być podstawą ustawowego odstąpienia od umowy (wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 24 czerwca 2014 r., I CSK 392/13). Za taki obowiązek należy uznać niewątpliwie dostarczenie prawidłowej dokumentacji projektowej

Konstatując powyższe rozważania podnieść należy, iż w przypadku pozytywnej oceny zasadności zarzutów wykonawcy w kwestii wad dokumentacji projektowej należałoby uznać, że istniały materialnoprawne podstawy złożenia oświadczenia wykonawcy o odstąpieniu z dnia 4 lutego 2015 roku. Jednocześnie zauważyć trzeba, iż oświadczenie wykonawcy obarczone jest wadą formalną, albowiem wyznaczając inwestorowi termin do wykonania zobowiązania w piśmie z 30 stycznia 2015 roku wskazał on jednocześnie dwa terminy: 3 dniowy oraz 7 dniowy. Oświadczenie o odstąpieniu wykonawcy złożone zostało po upływie terminu 3 dniowego, lecz przed upływem terminu 7 dniowego.

Podstawą oświadczenia inwestora z 3 lutego 2015 roku wynikającą z treści pisma jest § 32 ust. 3 oraz ust. 4 zawartej umowy. Powyższe postanowienie (ust. 3) stanowi, iż zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, między innymi, jeżeli:

a) wykonawca dopuści się zwłoki w wykonaniu robót budowlanych,

b) wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał go ukończyć w terminie umówionym,
c) bezskutecznie upłynął wyznaczony przez Zamawiającego termin do zmiany sposobu wykonywania umowy,
d) przedmiot umowy ma wady uniemożliwiające normalne korzystanie z przedmiotu umowy (wady istotne).

Wskazać należy, iż zamawiający odstąpił od umowy jedynie w części dotyczącej robót związanych z dachem, mianowicie: wykonania nowego pokrycia dachowego, usunięcia zacieków dźwigarów dachowych, wykonania ścianki lamelowej okalającej bryłę elipsy wyjścia na dach, wykonania instalacji odgromowej. Stwierdzić należy, iż przesłanki odstąpienia wymienione w art. 32 ust. 3 umowy zaktualizują się jedynie w przypadku **negatywnej oceny zasadności zarzutów wykonawcy w kwestii wad dokumentacji projektowej**. Nie sposób bowiem postawić wykonawcy skutecznego zarzutu w postaci opóźnień, jeżeli powyższe spowodowane było brakiem współdziałania ze strony inwestora w zakresie poprawienia dokumentacji projektowej.

Skuteczność odstąpienia dokonanego przez zamawiającego ma wpływ jedynie na możliwość naliczenia kary umownej na podstawie § 28 ust. 1 pkt 3 umowy z dnia 24 czerwca 2014 r., natomiast powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w pozostałej części uzależnione jest od możliwości postawienia wykonawcy zarzutu, iż z przyczyn od niego zależnych nastąpiło przekroczenie umówionego terminu.

WNIOSKI KOŃCOWE

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż inicjatywa w zakresie wszczęcia postępowania sądowego w analizowanej sprawie leżała po stronie BUDREM-RYBAK sp. z o.o. Sp. K. w Luzinie, który wytoczył powództwo o zaległe wynagrodzenie oraz ewentualne odszkodowanie. Ciężar dowodu, iż wierzytelność wykonawcy z tytułu wynagrodzenia wygasła w wyniku potrącenia kar umownych należnych inwestorowi spoczywa na Mieście Słupsk, z powyższego względu, zdaniem opiniującego wdanie się w ewentualny spór sądowy z wykonawcą, obarczone było wysokim ryzykiem procesowym.

Wskazać należy na następujące wnioski niniejszej opinii:

1. Dla skutecznego postawienia wykonawcy zarzutu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, a co za tym idzie do udowodnienia roszczenia o zapłatę naliczonych kar umownych, konieczne jest wykazanie w procesie, iż opóźnienie to nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Powyższe jest możliwe, jeżeli z materiału dowodowego w sprawie wynika, iż prace wykonane przez BUDREM-RYBAK

sp. z o.o. w Luzinie, co do których nie odstąpiono, wykonane zostały po ustalonym terminie umownym, z winy wykonawcy. Na inwestorze ciążył obowiązek wykazania przekroczenia terminu umownego, zaś na wykonawcy spoczywał ciężar dowodu, iż opóźnienie nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

2. Dla wykazania skuteczności odstąpienia przez Miasto Słupsk, a co za tym idzie do udowodnienia roszczenia o zapłatę naliczonej z tego tytułu kary umownej, konieczne jest wykazanie istnienia podstaw przedmiotowego odstąpienia, co byłoby możliwe w przypadku ostatecznej weryfikacji zasadności zarzutów wykonawcy w kwestii wad dokumentacji projektowej na korzyść inwestora.

Powtórzyć należy, że skuteczność odstąpienia dokonanego przez zamawiającego ma wpływ jedynie na możliwość naliczenia kary umownej na podstawie § 28 ust. 1 pkt 3 umowy z dnia 24 czerwca 2014 r., natomiast powstanie roszczenia o zapłatę kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w pozostałej części uzależnione jest od możliwości postawienia wykonawcy zarzutu, iż z przyczyn od niego zależnych nastąpiło przekroczenie umówionego terminu.

Tytułem podsumowania zauważyć trzeba, iż obalenie podstaw odstąpienia przez zamawiającego od zawartej umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, powodowałoby w całości zniweczenie roszczenia o zapłatę kary umownej naliczonej z tego tytułu (kwota **294 356,10 zł**). Natomiast wysokość kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy (kwota **126 266,02 zł**) podlegać mogło weryfikacji w związku z:

- oceną przyczyn opóźnienia ze względu na odpowiedzialność wykonawcy;
- oceną ilości dni opóźnienia, za które wykonawca odpowiada, a za które odpowiedzialności nie ponosi;
- ewentualnym z wnioskiem wykonawcy o zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 484 § 2 K.c. (miarkowanie).

Z porównania wysokości wyżej wskazanych kwot, czytelnie wynika, iż ryzyko procesowe związane z potencjalną obroną kary umownej z tytułu odstąpienia, było daleko wyższe od ryzyka obciążającego możliwość skutecznego wykazania w procesie istnienia wierzytelnościami z tytułu kar umownych za zwłokę. Z powyższych względów rekomendowaną drogą do uchylenia zaistniałego pomiędzy stronami sporu było zawarcie ugody, uwzględniającej ekonomiczne interesy zarówno inwestora, jak i wykonawcy.

UGODA POZASĄDOWA

Podstawowe wymogi ugody. Przez ugodę strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać. Zatem, ugoda

zawarta pomiędzy Miastem Słupsk a BUDREM-RYBAK Sp. z o.o. Sp.K. w Luzinie powinna była uwzględniać następujące wymogi:

1. Zapewnienie zaspokojenia i rozliczeń podwykonawców BUDREM-RYBAK Sp. z o.o. Sp.K. w Luzinie, którzy wykonywali roboty budowlane w związku z wykonywaniem przez Spółkę umowy 24 czerwca 2014 roku oraz zgłosili swoje roszczenia do Miasta Słupsk, tj.:

- Jerzego Kujat, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZAKŁAD ROBÓT ELEKTRYCZNYCH I TELEELEKTRYCZNYCH "ELEKTROMONT" JERZY KUJAT w Słupsku przy ul. NA SKARPIE 2, (76-200 Słupsk), NIP: 8390002613, REGON: 005318184,
- Artura Sikory oraz Tomasza Mrozińskiego, prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „STALBOND" Tomasz Mroziński, Artur Sikora s.c. w Częstochowie przy ul. Kisielewskiego 18/28 (42-200, Częstochowa), NIP: 949-211-47-53. REGON: 241158007,
- Artura Brzeszczyńskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTUR BRZESZCZYŃSKI ZAKŁAD DEKARSKO – BLACHARSKI w Rogoźnie przy ul. Wielka Poznańska 40 (64-610 Rogoźno), NIP: 7661359960, REGON: 570316055.

2. Zawarta ugoda powinna wyczerpywać wszelkie wzajemne roszczenia stron przypadające na dług główny, a także należności uboczne istniejące lub mogące powstać w przyszłości na tle stosunku prawnego łączącego strony, a wynikającego z zawartej umowy (w szczególności wszelkie roszczenia Spółki wykonawcy objęte powództwem z dnia 21 maja 2015 roku), z zastrzeżeniem, iż:

- ugoda nie narusza uprawnień Miasta Słupsk z tytułu gwarancji oraz rękojmi za wady robót wykonanych na podstawie umowy oraz nie obejmuje ewentualnych roszczeń Miasta w stosunku do Spółki z powyższego tytułu, w tym ewentualnych roszczeń odszkodowawczych z powodu istnienia wad oraz kar umownych zastrzeżonych dla Miasta w § 28 ust. 1 pkt. 2) umowy z dnia 21 maja 2015 roku nr 297/2014,
- ugoda nie obejmuje ewentualnych roszczeń Miasta Słupsk mogących powstać lub ujawnić się na tle odpowiedzialności Miasta w związku z umową z dnia 21 maja 2015 roku nr 297/2014 i normą art. 647^1 § 5 i art. 376 KC.

3. Ugoda winna zawierać zobowiązanie wykonawcy do cofnięcia powództwa z dnia 21 maja 2015 roku niezwłocznie po jej zawarciu.

Wzajemne ustępstwa stron. Punktem wyjścia przeprowadzonych rozmów było wzajemne zrzeczenie się przez strony roszczeń z tytułu odsetek i innych należności ubocznych. Kwestia rozliczenia wniesionego przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości **274.491,34 zł** została rozwiązana

poprzez wypłatę 70 % powyższej kwoty stosownie do postanowień umowy z dnia 21 maja 2015 roku oraz zamianę 30 % zabezpieczenia wniesionego w pieniądzu na zabezpieczenie w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Zgoda na powyższe uzależniona była od zweryfikowania i potwierdzenia przez inwestora kwestii tego, czy na dzień zawarcia ugody nie zostały ujawnione wady robót, od których zależałaby odpowiedzialność wykonawcy z tytułu gwarancji i rękojmi za wady.

Ustępstwem ze strony BUDREM-RYBAK Sp. z o.o. Sp.K. w Luzinie było zrzeczenie się całości lub części roszczeń z tytułu utraconych korzyści zgłoszonych w pozwie z dnia z dnia 21 maja 2015 roku w wysokości **348.740,50** zł tytułem należności głównej. Zawarcie ugody wymagało także odpowiedniej rezygnacji Miasta Słupsk z części naliczonych kar umownych w łącznej wysokości **423.367,03 zł** oraz rozliczenia kwot należnych wykonawcy tytułem wynagrodzenia w wysokości **675.337,61 zł**.

Kary umowne naliczone przez Miasto Słupsk podlegały umownemu zmiarkowaniu przy uwzględnieniu wszelkich okoliczności sprawy oraz interesu ekonomicznego inwestora, mianowicie:

- rezygnacja z części kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy (ok. 50%) była uzasadniona faktem, iż część opóźnienia wykonawcy (co najmniej 23 dni) nastąpiła z przyczyn do niego niezależnych – informacja Grzegorza Juszczyńskiego Pełniącego Obowiązki Dyrektora Słupskiego Ośrodek Sportu i Rekreacji,
- biorąc pod uwagę treść niniejszej analizy rozwiązaniem korzystnym dla Miasta Słupsk było także zachowanie części kar umownych z tytułu odstąpienia.

Podsumowując rozważania zawarte w niniejszym opracowaniu, ugoda w optymalnym kształcie, sporządzona według zasad określonych w treści art. 917 KC, spełniająca podstawowe wymagania określone powyżej oraz uwzględniająca interes ekonomiczny Miasta Słupsk, powinna zakładać zachowanie przez inwestora 50 % naliczonych kar umownych tj. w granicach kwoty **211.683,51 zł**. Powyższe uzasadnione jest treścią art. 484 § 1 KC, który stanowi, iż w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody oraz art. 484 § 2 KC, zgodnie z którym jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Wskazać należy, iż dnia 17 września 2015 roku pomiędzy stronami została zawarta ugoda odpowiadająca wymogom określonym w punktach 1 - 3 powyżej oraz zgodna z interesem ekonomicznym Miasta Słupsk zreferowanym w powyżej analizie.