

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 października 2019 r.

**Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny**

**w składzie następującym:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Leon Miroszewski (spr.)</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Krzysztof Górski</b> <b>SA Halina Zarzeczna</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>St. sekr. sąd. Marta Osińska</b>

po rozpoznaniu w dniu 4 października 2019 r. na rozprawie w Szczecinie

**sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.**

**przeciwko Gminie P.**

**o zapłatę**

**na skutek apelacji powódki**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie**

**z dnia 21 marca 2019 r. sygn. akt VIII GC 208/18**

**I. oddala apelację,**

**II. zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

**Halina Zarzeczna Leon Miroszewski Krzysztof Górski**

**Sygnatura akt I AGa 65/19**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 21 marca 2019 roku, sygnatura akt VIII GC 208/18, Sąd Okręgowy w Szczecinie oddalił powództwo (...) spółki z o.o. z siedzibą w W. o zasądzenie od pozwanej Gminy P. kwoty 90.716,85 zł z ustawowymi odsetkami od 29 grudnia 2011 r. do 31 grudnia 2015 r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych od 1 stycznia 2016 r., z tytułu pozostałej do zapłaty części stwierdzonego fakturą nr (...) z 28 listopada 2011 r. wynagrodzenia za wykonanie przez powódkę na rzecz pozwanej umowy nr (...) z 29 czerwca 2011 roku, oraz zasądzenie zwrotu kosztów procesu. W punkcie II. zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5.400 złotych tytułem kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwana Gmina P. przeprowadziła w trybie prawa zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie inwestycji pod nazwą „Budowa kompleksu sportowego Moje Boisko – O. 2012 w miejscowości P.”. Złożona w tym postępowaniu oferta powódki została uznana za najkorzystniejszą. Jeszcze w trakcie postępowania przetargowego pozwana Gmina udzieliła powódce wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 38 ust. 1 prawa zamówień publicznych. W pierwszej kolejności udostępniła dokumentację geotechniczną opisującą wyniki przeprowadzonych na miejscu planowanej inwestycji badań gruntu; na pytanie o możliwość zastosowania gresu zwykłego spełniającego wymogi dla pomieszczeń sanitarnych i szkolnych zamiast granitogresu oświadczyła, że należy wykonać je zgodnie z projektem, natomiast na pytanie czy w pomieszczeniach mokrych należy wycenić dodatkową izolację przeciwwodną posadzki i ścian wskazała, że wycenę należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową. W tej dokumentacji kabel elektroenergetyczny został ujawniony na mapie do celów projektowych w skali 1:500 wydanej dla idealizacji inwestycji „Budowa kompleksu sportowego Moje Boisko – O. 2012 w miejscowości P.”.

Co do umowy pomiędzy stronami Sąd Okręgowy ustalił, że została ona zawarta 29 czerwca 2011 roku, jako umowa o roboty budowlane nr (...). Przedmiotem umowy, zgodnie z jej § 1, było wykonanie przez powódkę zamówienia publicznego pod wskazaną wyżej nazwą. Zgodnie z § 1 ust. 2 umowy elementami składowymi jej przedmiotu były wszelkie roboty i usługi „towarzyszące” realizacji robót, w szczególności: koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, wynikające wprost z opisu przedmiotu zamówienia, jak również w nich nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia – w tym m.in. koszty obsługi geodezyjnej, koszty uzyskania niezbędnych badań, opinii i uzgodnień, koszty dotyczące wszelkich prac przygotowawczych, porządkowych, zagospodarowania placu budowy, utrzymania zaplecza budowy; cena miała uwzględniać również koszty zużycia wody i energii elektrycznej, ubezpieczenia budowy, zabezpieczenia placu budowy, tablic informacyjnych, dokumentacji geodezyjnej powykonawczej, doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego, a także podatek VAT itp. Wskazano też, że z uwagi na konieczność rozliczenia projektu przez gminę, spółka zobowiązana była do dostarczenia kosztorysu powykonawczego. Ust. 3 stanowił, że opis przedmiotu umowy oraz zakres robót został zawarty w projekcie budowlanym (pkt 1), specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (pkt 2) oraz w przedmiarach robót stanowiących elementy pomocnicze przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego (pkt 3). W § 2 strony ustaliły termin realizacji przedmiotu umowy na 90 dni od daty podpisania umowy. § 3 ust. 1 umowy wskazywał, że prawa i obowiązki stron regulują obowiązujące w Polsce przepisy, w tym kodeks cywilny, prawo budowlane, polskie nory i prawo zamówień publicznych, natomiast w ust. 2 wskazano, że integralną częścią umowy są oferta przetargowa wykonawcy (lit. a), specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (lit. b), harmonogram rzeczowo-finansowy (lit. c). Zgodnie z § 4 powódka jako wykonawca mogła powierzyć część robót podwykonawcy, za zgodą zamawiającej gminy P., przy czym zgodnie z ust. 3 zlecenie wykonania części robót podwykonawcom nie zmienia zobowiązań wykonawcy wobec zamawiającego za wykonanie tej części robót i wykonawca ponosi wobec zamawiającego pełną odpowiedzialność za działania, uchybienia i zaniedbania podwykonawców i jego pracowników, w takim samym stopniu, jakby to były działania, uchybienia lub zaniedbania własnych pracowników. Kierownikiem budowy w § 5 ustanowiono posiadającego uprawnienia budowlane W. K.. Kwestie dotyczące wynagrodzenia powódki za wykonanie umowy uregulowano w § 6, który w ust. 1 wskazywał na wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto 702.415,48 zł powiększonej o VAT wg stawki 23%, tj. w łącznej wysokości 863.971,04 zł brutto. Rozliczenie wynagrodzenia miało zgodnie z ust. 5 nastąpić na podstawie faktur częściowych oraz faktury końcowej, a podstawą wystawienia pierwszej faktury częściowej miało być wykonanie przez wykonawcę robót o wartości minimum 30% lecz nie więcej niż 40% potwierdzone protokołarnie przez inspektora nadzoru. Następne faktury częściowe miały być wystawiane w okresach miesięcznych oraz płatne w terminie do 30 dni (ust. 6). Podstawą wystawienia faktury końcowej miał być protokół bezusterkowego odbioru końcowego robót, a faktura końcowa miała być płatna w terminie 30 dni od jej doręczenia. § 7 umowy określał z kolei sposób zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z § 6 ust. 2 wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. W ust. 3 powódka oświadczyła, że zapoznała się z opisem przedmiotu umowy oraz z warunkami realizacji umowy, zaś w ust. 4 wskazano, że cena ryczałtowa obejmuje ryzyko i odpowiedzialność wykonawcy z tytułu sprawdzenia przedmiarów

robót. § 8 umowy określał obowiązki wykonawcy, a wśród nich wskazywał, że z chwilą przejęcia placu budowy ponosi on pełną odpowiedzialność za teren budowy oraz jego zabezpieczenie przed dostępem osób nieuprawnionych (ust. 1), a także za stosowanie się do zasad BHP i za metody organizacyjno-techniczne stosowane na placu budowy (ust. 6). Wykonawca miał też zapewnić kompletne kierownictwo, siłę roboczą, materiały, sprzęt i inne urządzenia niezbędne do wykonania robót oraz do usunięcia ewentualnych wad (ust. 5). Wykonawca miał wykonać przedmiot umowy z materiałów własnych dopuszczonych do obrotu i powszechnego stosowania w budownictwie zgodnych z kryteriami technicznymi określonymi na podstawie PN i aprobat technicznych, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (pkt 11). Zgodnie z § 9 niezależnie od obowiązków wskazanych w § 8 wykonawca miał za cenę określoną w § 6 ust. 1 obowiązek informowania zamawiającego i inspektora nadzoru o konieczności wykonania robót zamiennych w terminie 7 dni od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania (§ 9 ust. 1), przy czym wykonanie robót zamiennych wymagało akceptacji pisemnej zamawiającego i inspektora nadzoru. Przez roboty zamienne należało przy tym rozumieć roboty objęte zakresem rzeczowym określonym w opisie przedmiotu zamówienia o rozwiązaniach i parametrach równorzędnych lub lepszych funkcjonalnie od przyjętych w zamówieniu (ust. 2). Kwestie związane z odbiorem robót uregulowano w § 10 umowy, przewidując w ust. 1 odbiory częściowe, końcowy i ostateczny (pogwarancyjny). Zgodnie z ust. 3 przyjęcie przedmiotu zamówienia miało nastąpić na podstawie protokołu odbioru końcowego robót podpisanego przez przedstawicieli obu stron, natomiast zgodnie z ust. 4 komisyjny odbiór końcowy miał się odbyć nie później niż w ciągu 7 dni od daty zgłoszenia i potwierdzenia gotowości wykonanych robót do odbioru przez inspektora nadzoru. Odbiór końcowy mógł nastąpić tylko wtedy, gdy komisja nie stwierdzi żadnych wad czy usterek w przedmiocie odbioru. § 11 umowy określał kwestie związane z udzieloną przez spółkę (...) gwarancją na wykonane roboty i rękojmią za nie. § 12 umowy regulował kwestie związane z zastrzeżeniem kar umownych za nienależyte wykonanie zobowiązania. § 12 ust. 2 lit. a stanowił, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za zwłokę w terminach określonych w § 2 spowodowane okolicznościami, za które odpowiada wykonawca, w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Stosownie do § 12 ust. 5 kara pieniężna powinna być zapłacona przez stronę, która naruszyła postanowienie umowy w terminie 10 dni od daty wystąpienia przez stronę z żądaniem zapłaty. Jednocześnie w § 12 ust. 2 lit. e zastrzeżono, że zamawiający może potrącić należne kary umowne określone w ust. 2 z wynagrodzenia wykonawcy. Kwestie dotyczące odstąpienia od umowy regulował jej § 13, z kolei § 14 wskazywał, że zamawiający przewiduje możliwość istotnych zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty z zachowaniem zasad określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W sprawie przebiegu realizacji wskazanej umowy Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 1 lipca 2011 r. w Dzienniku Budowy kierownik budowy umieścił pierwszy wpis, w którym wskazał na objęcie przez siebie funkcji oraz na zakres przekazanej przez inwestora dokumentacji, jak też wskazał na pierwsze prace jakie wykonano, jak usunięcie warstwy humusu z części placu budowy. Wskazywał też na brak osnowy geodezyjnej. Wpisem z 13 lipca 2011 r. kierownik budowy wskazał, że dokonano wytyczenia boiska wielofunkcyjnego, ogrodzenia, a jednocześnie wskazano na kolizję z linią energetyczną. Wpisem z 17 lipca 2011 r. wskazano na odkrycie nieprzepuszczalnych gruntów gliniastych, oraz na to, że prowadzone są prace w innej części. Wpisem z kolei z 21 lipca 2011 r. kierownik budowy wskazał, że ze względu na trudne warunki atmosferyczne (deszcz) niemożliwe jest wykonywanie robót i wstrzymano prace. Wpisy dotyczące prowadzenia konkretnych robót pojawiają się w Dzienniku Budowy dopiero od 12 sierpnia 2011 r. najpierw ze strony kierownika budowy, a następnie ze strony inspektora nadzoru. Pismem z 18 lipca 2011 r. (wysłanym faksem następnego dnia) W. K. ze strony powodowej spółki zwrócił się do wójta Gminy P. wskazując, że spółka nie może prowadzić robót budowlanych na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 6 lutego 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas prowadzenia robót budowlanych, ze względu na usytuowanie linii średniego napięcia. Wskazał jednocześnie, że 13 lipca 2011 r. spółka wykonała prace polegające na tyczeniu i niwelacji geodezyjnej projektowanej inwestycji, a w trakcie tych czynności okazało się, że przez środek planowanej budowy przebiega czynna napowietrzna linia elektroenergetyczna średniego napięcia o napięciu 15 kV. Stwierdził, że ze względu na usytuowanie linii i rodzaj prowadzonych prac, niemożliwe jest rozpoczęcie prac budowlanych. Domagał się też rozwiązania tego problemu przez gminę jako inwestora. W odpowiedzi pozwana Gmina pismem z 22 lipca 2011 r. wskazała, że jako inwestor zwróciła się do (...) S.A. w S. - właściciela linii napowietrznej 15 kV o usunięcie w trybie pilnym istniejącej kolizji. 25 lipca 2011 r. miały zostać sfinalizowane rozmowy dotyczące likwidacji tej linii. Pismem z 26 lipca 2011 r. pozwana Gmina poinformowała powódkę, że po przeprowadzonych rozmowach z przedstawicielami

(...) S.A. w S. ustalono ostateczny termin usunięcia kolizji na 5 sierpnia 2011 r. Nadto Gmina nadmieniła, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby prowadzić prace przygotowawcze przed podstawowymi robotami zasadniczymi przy realizacji kompleksu boisk sportowych.

Dalej Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 8 sierpnia 2011 roku powódka, jako „zamawiający” (a w istocie generalny wykonawca) zawarła z K. D. prowadzącym Przedsiębiorstwo (...) w K. jako „wykonawcą” (a w istocie podwykonawcą) umowę o roboty budowlane, na mocy której § 1 K. D. zobowiązał się do wykonania robót budowlanych według dokumentacji technicznej, specyfikacji technicznej przekazanej wykonawcy przez zamawiającego oraz wg kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do umowy na zadaniu pod nazwą „budowa kompleksu sportowego Moje Boisko – O. 2012 w miejscowości P.”. Zgodnie z § 2 umowy z 8 sierpnia 2011 r. strony uzgodniły, że termin realizacji przedmiotu umowy jest do 12 października 2011 r., przy czym jednocześnie strony ustaliły, że w przypadku uzasadnionych przerw (wzajemnie uzgodnionych) w realizacji robót przedłużony zostanie czas realizacji umowy o ilość dni przerwy. Wynagrodzenie ryczałtowe podwykonawcy zostało kreślone w § 5 umowy na kwotę 370.082,88 zł brutto, natomiast § 11 ust. 2 lit. a przewidywał możliwość naliczenia przez (...) spółkę z o.o. kary umownej K. D. za zwłokę w terminach określonych w § 2 spowodowaną okolicznościami, za które odpowiada K. D., w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Zgodnie z kolei z § 11 ust. 2 lit. e spółka mogła potrącić należne jej kary umowne określone w ust. 2 z wynagrodzenia K. D..

11 sierpnia 2011 r. pozwana Gmina jako „zamawiający” zawarła z powódką jako „wykonawcą” umowę nr (...) o roboty budowlane, na wykonanie robót dodatkowych wykraczających poza zakres zamówienia określony umową nr (...) 15.2011 z 29 czerwca 2011 r. Jednocześnie w § 1 umowy wskazano, że umowa została zawarta ze względu na to, że w związku z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi (intensywne opady deszczu) ujawniła się konieczność wykonania robót dodatkowych w postaci drenażu terenu boiska przy realizacji zadania inwestycyjnego „budowa kompleksu sportowego Moje Boisko – O. 2012 w miejscowości P.”, a ich wartość nie przekracza równowartości w złotych kwoty 14.000 euro. W związku z tym zamawiający powierzył wykonawcy, a wykonawca przyjął do realizacji, zakres robót polegający na wykonaniu odwodnienia boiska do gry w piłkę nożną w postaci drenażu zgodnie z protokołem konieczności i kosztorysem na roboty dodatkowe stanowiącym załącznik nr 1 do umowy. W § 2 strony ustaliły wynagrodzenie w wysokości 24.390,31 zł netto powiększone o VAT wg stawki 23%, tj. w kwocie 30.000,08 zł brutto. Zgodnie z § 3 w zakresie nieuregulowanym tą umową zastosowanie miały znajdować postanowienia umowy nr (...).

Gmina P. zawarła 12 sierpnia 2011 r. z pozwaną spółką aneks nr (...) do umowy nr (...) 15.2011 z 29 czerwca 2011 r. o roboty budowlane wskazując, że w związku z zawarciem umowy o roboty dodatkowe z 11 sierpnia 2011 r. na wykonanie odwodnienia boiska do gry w piłkę nożną w postaci drenażu dla zadania inwestycyjnego „Budowa kompleksu sportowego Moje Boisko – O. 2012 w miejscowości P.” strony postanowiły zmienić § 2 umowy nr (...) z 29 czerwca 2011 r. w ten sposób, że termin realizacji przedmiotu umowy wynosi 111 dni od daty podpisania umowy (§ 1 aneksu nr (...)). Zgodnie z kolei z § 2 pozostałe warunki umowny nr (...) pozostawały bez zmian. Konieczność wykonania drenażu wynikała z tego, że po gwałtownych opadach deszczu na terenie boiska robiło się „jezioro”, a woda opadowa nie wsiąkała w glebę. Część gruntu była przy tym gruntem nasypowym z sąsiedniej inwestycji realizowanej dawniej.

W dalszych ustaleniach w sprawie realizacji robót przez powódkę Sąd Okręgowy ustalił, że w czasie realizacji robót kierownik budowy z ramienia powódki zwracał się do podwykonawcy K. D. o zintensyfikowanie prac.

W sprawie dalszego przebiegu realizacji umowy stron Sąd Okręgowy ustalił, że pismem z 18 sierpnia 2011 r. w Dzienniku Budowy wskazano, że wykonano obrzeża na całości boisk, a także wykonano przyłącze kanalizacyjne i wodociągowe. Nadto wskazano, że trwają prace przy wykonywaniu podsypki piaskowej i jej równanie. Zaznaczono też, że wykonano przepięcie linii kablowej poza teren boisk. Wpis ten został potwierdzony przez inspektora nadzoru 18 sierpnia 2011 r., który wskazał, nadto, żeby przygotować protokoły odbioru przyłączy. Zgodnie z wpisem inspektora nadzoru w Dzienniku Budowy z 22 listopada 2011 r. wszystkie prace budowlane objęte umową nr (...) zostały

wykonane i były gotowe do odbioru. Protokolarnego odbioru robót wykonanych w ramach realizacji umowy nr (...) dokonano 25 listopada 2011 r.

W sprawie rozliczeń pomiędzy stronami Sąd Okręgowy ustalił, że powódka wystawiła Gminie fakturę VAT nr (...) na kwotę 536.855,10 zł brutto płatną do 28 grudnia 2011 r. za budowę kompleksu sportowego Moje Boisko – O. 2012 w miejscowości P., oznaczając tą fakturę jako fakturę końcową. Pozwana Gmina wystawiła powódce datowaną na 29 listopada 2011 r. notę obciążeniową nr (...), w której wskazała, że obciąża spółkę kwotą 90.716,85 zł z tytułu kar umownych wynikających z § 12 ust. 2 umowy nr (...) o roboty budowlane z 29 czerwca 2011 r. za opóźnienie wynoszące 35 dni w terminie realizacji umowy. Wskazano przy tym, że termin realizacji według zawartej umowy upływał 18 października 2011 r., a potwierdzenie wykonanych prac przez inspektora nadzoru nastąpiło 22 listopada 2011 r., co oznacza, że doszło do zwłoki wynoszącej 35 dni. Wskazano też, że termin odbioru końcowego to 25 listopada 2011 r., a zatem od wynagrodzenia umownego brutto w wysokości 863.871,04 zł naliczono karę umowną w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego brutto, tj. 2.591,91 zł za dzień, co za 35 dni daje 90.716,85 zł. Jednocześnie w nocie obciążeniowej wskazano, że kary w wysokości 90.716,85 zł zostają zgodnie z § 12 ust. 2 potrącone z faktury VAT nr (...) z 28 listopada 2011 r., która jest fakturą końcową według umowy.

Powódka naliczyła swojemu podwykonawcy K. D. karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zawartej z nim umowy z 8 sierpnia 2011 r. K. D. prowadzący Przedsiębiorstwo (...) w K. zwrócił się do Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w W. o ekspertyzę w zakresie wybranych elementów meteorologicznych w okresie od 29 lipca do 25 listopada 2011 r. w rejonie P., na co otrzymał odpowiedź pismem z 4 stycznia 2012 r. W załączniku do tego pisma wskazano, sumę dobowych opadów atmosferycznych w mm w konkretnych dniach w okresie od 29 lipca do 25 lipca 2011 r. Wskazano także daty występowania dni z minimalną temperaturą powietrza mniejszą od 3°C w tym okresie, których w październiku było 3, a w listopadzie 13. Wskazany podwykonawca powódki wniósł do Sądu Okręgowego w Koszalinie pozew solidarnie przeciwko Gminie P. oraz powódce. Postępowanie Sąd Okręgowy w Koszalinie prowadził pod sygnaturą I C 303/12. Spółka ta złożyła datowaną na 1 sierpnia 2012 r. odpowiedź na pozew K. D., w której w pierwszej kolejności podniosła zarzut niewłaściwości miejscowej Sądu Okręgowego w Koszalinie i domagała się przekazania sprawy do sądu właściwego ze względu na jej siedzibę. Nadto domagała się oddalenia powództwa podwykonawcy, uzasadniając to tym, że bezspornie K. D. nie wykonał robót w ramach inwestycji pod nazwą „budowa kompleksu sportowego Moje Boisko – O. 2012 w miejscowości P.” w ustalonym terminie, tj. do 12 października 2011 r., lecz ukończył je dopiero 22 listopada 2011 r., co potwierdza wpis w dzienniku budowy oraz protokół wykonanych robót nr 2 z 25 listopada 2011 r. Powódka kwestionowała twierdzenia K. D., że przyczyny opóźnienia nie były od niego zależne. Wskazywała też, że pominął, iż strony zawarły 1 września 2011 r. umowę o roboty budowlane dodatkowe, z której postanowień wynika, że ich zamiarem było uregulowanie kwestii niekorzystnych warunków atmosferycznych, w wyniku których powstała konieczność wykonania robót dodatkowych, przy czym zawierając umowę o roboty dodatkowe strony nie przedłużyły pierwszej umowy z 8 sierpnia 2011 r., co oznacza, że kwestia terminowego wykonania umowy z 8 sierpnia 2011 r. nie stanowiła wówczas dla K. D. problemu. Tymczasem z wpisów w dzienniku budowy z tego okresu wynikało jasno, że należy zwiększyć tempo prac, a mimo to K. D. nie zwiększył tempa robót. Spółka (...) wskazywała też, że z przedstawianych przez K. D. informacji z IMGW nie wynika wcale, żeby opóźnienie podwykonawcy wynikało z przyczyn od niego niezależnych. Powódka powoływała się na naliczenie podwykonawcy kary umownej na podstawie zawartej z nim umowy z 8 sierpnia 2011 r. (§ 11 ust. 2) za zwłokę wynoszącą 41 dni i w konsekwencji wystawiła K. D. 4 grudnia 2011 r. notę obciążeniową nr (...) na 75.866,99 zł, by następnie pismem z 28 lutego 2012 r. złożyć K. D. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności dochodzonej w sprawie toczącej się wówczas przez Sąd Okręgowy w Koszalinie w kwocie 75.866,99 zł z jej wzajemną wierzytelnością w kwocie 75.866,99 zł z tytułu kary umownej za zwłokę stwierdzonej notą obciążeniową nr (...). Powódka nie zgadzała się także ze stanowiskiem K. D., że naliczona kara umowna jest rażąco wygórowana, gdyż jest ona surogatem odszkodowania, a spółka wskutek zwłoki K. D. w wykonaniu umowy została obciążona przez inwestora Gminę P. karą umowną w wysokości 90.716,85 zł, a inwestor w drodze kompensaty pomniejszył należne spółce wynagrodzenie o wysokość wskazanej kary umownej.

Dalej Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 17 stycznia 2012 r. powódka skierowała do pozwanej Gminy wezwanie do zapłaty kwoty 90.716,85 zł z należnymi odsetkami ustawowymi z tytułu częściowo niezapłaconej faktury VAT nr (...) z 28 listopada 2011 r., domagając się dokonania zapłaty w terminie 7 dni. Spółka uważała, że obciążenie jej przez Gminę karami umownymi w oparciu o § 12 umowy nr (...) jest pozbawione podstaw, ponieważ karę umowną zastrzeżono za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy (zgodnie z art. 476 k.c. – opóźnienie w spełnieniu świadczenia, będące następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi dłużnik), a tymczasem przedmiot umowy został wykonany po terminie ze względu na kolizję z linią energetyczną, za co powódka nie ponosi odpowiedzialności. Powołała się też na § 55 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 6 lutego 2003 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych, który wskazuje, że nie jest dopuszczalne sytuowanie stanowisk pracy, składowisk wyrobów i materiałów lub maszyn i urządzeń budowlanych bezpośrednio pod napowietrznymi liniami elektroenergetycznymi, a tymczasem w toku realizacji umowy usytuowanie linii i rodzaj prowadzonych prac uniemożliwiały rozpoczęcie prac budowlanych do chwili zmiany lokalizacji linii energetycznej biegnącej przez plac budowy, o czym poinformowano gminę pismem z 18 lipca 2011 r. Okoliczność ta dawała nadto podstawę spółce do odstąpienia od umowy. Spółka podkreślała też, że usunięcie linii energetycznej z placu budowy nastąpiło 18 sierpnia 2011 r. i wówczas spółka (...) przystąpiła niezwłocznie do wykonywania robót budowlanych objętych zakresem umowy i realizowała zadanie w najkrótszym możliwym terminie. Co do kolejnych opóźnień spółka powoływała się na to, że powstały one ze względu na warunki atmosferyczne uniemożliwiające wykonanie robót oraz ze względu na konieczność wykonania robót dodatkowych, czego Gmina miała pełną świadomość i na co wskazano w aneksie nr (...) do umowy wydłużający termin jej realizacji do 111 dni od podpisania umowy.

W sprawie dalszych działań powódki Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 15 października 2014 roku powódka skierowała do Sądu Rejonowego w Koszalinie wniosek o zawezwanie Gminy P. do próby ugodowej co do rozszczenia o zapłatę 90.717 zł z odsetkami ustawowymi od 29 grudnia 2011 r. wynikającego z faktury VAT nr (...) wystawionej za wykonanie prac objętych umową nr (...) z 29 czerwca 2011 r. W zawezwaniu spółka domagała się „rozpoznania sprawy pod nieobecność wnioskodawcy”. Termin posiedzenia został wyznaczony przez Sąd Rejonowy w Koszalinie w sprawie V GCo 475/14 na 9 stycznia 2015 r. Gmina nie stawiała się na powiedzeniu.

Prowadzona wcześniej przez Sąd Okręgowy w Koszalinie pod sygnaturą I C 303/12 sprawa z powództwa K. D. przeciwko powódce i pozwanej w niniejszej sprawie została przekazana Sądowi Okręgowemu w Warszawie i tam prowadzona pod sygnaturą XXV C 1583/12. Powódka w postępowaniu tym wniosła pismo procesowe datowane na 11 października 2016 r., w którym podsumowała swoje dotychczasowe stanowisko w tej sprawie i wskazała na przyczyny niewykonania przez K. D. zawartej z nim umowy podwykonawczej z 8 sierpnia 2011 r. w terminie. Wskazała, że umowa nie została zawarta na początku lipca 2011 wbrew temu co twierdził K. D., gdyż wówczas jedynie strony negocjowały warunki umowy, a spółka sprawdzała plac budowy i na początku sierpnia kontaktowała się z inwestorem w kwestiach dotyczących zastosowania zamiennych materiałów. Sama umowa z podwykonawcą została zawarta dopiero 8 sierpnia 2011 r. Nadto spółka podkreślała, że K. D. podjął się także realizacji robót dodatkowych na podstawie odrębnej umowy nie wnioskując wówczas o przedłużenie terminu wykonania pierwotnie zawartej umowy, a zatem musiał wówczas zakładać, że zdoła wykonać przedmiot umowy w terminie, podczas gdy jednocześnie z wpisów w dzienniku budowy wynikało, że należy zwiększyć tempo prac, czego K. D. nie wykonał. Powódka wskazywała też, że K. D. przed podpisaniem umowy z 8 sierpnia 2011 r. wiedział o silnych lipcowych opadach deszczu jak i o kolizji z linią energetyczną, jak też znał szczegóły projektu budowlanego, gdyż na początku sierpnia 2011 r. konsultował z inwestorem ewentualne zmiany materiałowe, a co za tym idzie K. D. podpisując umowę doskonale zdawał sobie sprawę z tego jaki warunki gruntowe i atmosferyczne panują na budowie, jak też wiedział o kolizji z linią energetyczną, a mając tą wiedzę podpisał umowę z 8 sierpnia 2011 r., w której zobowiązał się wykonać wszystkie prace do 12 października 2011 r. Co do kolizji z linią energetyczną to została ona nadto usunięta w tygodniu podpisania umowy z podwykonawcą i nie miała wpływu na powstałą zwłokę wynoszącą 41 dni. Ponadto sam K. D. w trakcie informacyjnego przesłuchania w trybie art. 212 k.p.c. wskazywał, że jak nie można było wykonać robót głównych, to wykonywał roboty dookoła poza linią napięcia. Opóźnienie K. D. nie wynikało zatem z przyczyn od niego niezależnych. Jego stanowiska nie potwierdzają także ekspertyzy IMGW, jak i korespondencja stron, gdyż wskazane w niej zmiany stanowiły nieistotne

odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego i nie powodowały opóźnienia prac – przeciwnie – zmierzały do ich przyspieszenia.

W sprawie treści dokumentacji budowlanej Sąd Okręgowy dodatkowo ustalił, że wynika z niej, że projektant nie przewidywał przełożenia napowietrznej linii elektroenergetycznej, a tylko zakładał modernizację stacji transformatorowej zamontowanej na słupie linii napowietrznej ustawionym poza terenem inwestycji. Linia napowietrzna przebiegała przez teren inwestycji nad dwoma zaplanowanymi boiskami (do piłki nożnej i wielofunkcyjnym). Tym niemniej zostały spełnione wszystkie obowiązki inwestora wynikające z art. 18 ust. 1 prawa budowlanego. Z kolei do obowiązków projektanta zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 1 prawa budowlanego należy opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z wymaganiami ustawy, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. W przypadku dokumentacji projektowej dla realizowanej inwestycji zespół projektowy nie uznał za konieczne przekładanie trasy linii napowietrznej.

Według zapisów w dzienniku budowy wykonawca wytyczył obiekt 17 lipca 2011 r., a umowa z podwykonawcą na wykonanie zasadniczych prac została zawarta 8 sierpnia 2011 r. Pierwszy zapis w dzienniku budowy dotyczący rzeczywistego wykonywania robót jest z 12 sierpnia 2011 r.

Co do usytuowania linii napowietrznej Sąd Okręgowy ustalił, że przechodziła ona przez narożnik boiska do piłki nożnej odcinając trójkąt o podstawie około 5 m. Na pozostałej części boiska nie było przeszkód do prowadzenia robót. Nie było także przeszkód do prowadzenia robót przy zapleczu kontenerowym oraz na części boiska wielofunkcyjnego. Ruch sprzętu jak i ludzi na całym zadaniu inwestycyjnym nie był niczym ograniczony. Niezaprojektowanie linii kablowej jak również organizacja pracy na placu budowy nie obciążała inwestora. Co do drenażu to w punkcie 6.3 opisu technicznego projektu zagospodarowania terenu projektant zawarł wskazanie, że w celu usprawnienia odprowadzenia wód opadowych zaprojektowano system drenażu z odpowiedzeniem do kanalizacji deszczowej. Inwestor i wykonawca wiedzieli zatem, że drenaż został zaprojektowany, przy czym w dzienniku budowlanym ani w dokumentacji nie ma projektu drenażu ani adnotacji co do drenażu boiska.

Dalej Sąd Okręgowy ustalił, że powódka zawarła umowę o roboty budowlane ze swoim podwykonawcą w dniu 8 sierpnia 2011 roku, zaś pierwsze wpisy do dziennika budowy dotyczące konkretnych robót zostały dokonane przez kierownika budowy w dniu 12 sierpnia 2011 r., tj. po zatrudnieniu podwykonawcy. W sprawie warunków atmosferycznych w dzienniku budowy wpisano w dniu 21 lipca 2011 r., informację o trudnych warunkach atmosferycznych i że niemożliwe było prowadzenie robót zewnętrznych, natomiast zestawienie IMGW w sprawie opadów nie obejmuje tej daty, jak też wówczas nie było zatrudnionego podwykonawcy. Drugi wpis w dzienniku budowy dotyczący bardzo trudnych warunków gruntowych po opadach deszczu datowany jest na 25 sierpnia 2011 r., natomiast zgodnie z informacją z IMGW 22 i 26 sierpnia 2011 r. nie było opadów, 23 i 25 sierpnia 2011 r. opady były mniejsze niż 1 mm słupa wody ma dobę, zaś 24 sierpnia 2011 r. wyniosły 3 mm na dobę. Maksymalne opady występowały: 9 sierpnia 2011 r. – 14 mm, 11 sierpnia 2011 r. – 14 mm, 27 sierpnia 2011 r. 19 mm, 31 sierpnia 2011 r. – 23 mm, 5 września 2011 r. – 12 mm oraz 8 września 2011 r. – 35 mm. W pozostałym okresie opady deszczu były bądź to minimalne, bądź też w ogóle nie występowały. W oparciu o opinię biegłego sądowego Sąd Okręgowy ustalił, że żadne z tych opadów przy prawidłowej organizacji robót nie powinny mieć wpływu na termin zakończenia budowy.

Posługując się opinią biegłego Sąd Okręgowy stwierdził, że projekt budowy boiska w P. nie przewidywał zmiany trasy energetycznej linii napowietrznej, jednakże przed rozpoczęciem robót kierownik budowy, jeżeli w trakcie sporządzania informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia uznał to za błąd projektanta, powinien zgłosić to inwestorowi, aby projektant zajął jednoznaczne stanowisko. Przerwanie robót przez wykonawcę z uwagi na sytuację znaną przed rozpoczęciem robót nie obciąża inwestora. Teren budowy na boisku piłkarskim o wymiarach 30 m x 62 m jest tak duży, że wyłączenie pasa o szerokości 10 m na długości 30 m z urządzania w nim stanowisk pracy oraz składowania materiałów nie powodowało wydłużenia czasu wykonania robót. W tym czasie teren pod zaplecze oraz część boiska wielofunkcyjnego były dostępne do prowadzenia prac. Wyłączony teren był jednocześnie dostępny dla ruchu ludzi i pojazdów. Utrudnienie w wykonywaniu robót nie leżało po stronie inwestora. Opady

atmosferyczne z kolei przy prawidłowej organizacji pracy nie powinny były by wypłynąć na wydłużenie czasu wykonywania robót. Zaprojektowany drenaż z kolei miał na celu zapewnienie prawidłowej eksploatacji wykonanego obiektu a nie ułatwienie prowadzenia prac budowlanych. Zasadniczy wpływ na termin wykonania robót miał brak branżowego podwykonawcy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Sąd Okręgowy uznał powództwo za niezasadne. Stwierdził, że podstawę prawną roszczenia powódki w zakresie należności głównej stanowi art. 647 k.c. W sprawie wynagrodzenia wskazał, że strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe.

Za bezsporne uznał ten Sąd, że powódka wykonała swoje zobowiązanie wynikające umowy nr (...) i 25 listopada 2011 r. i oddała określony w tej umowie obiekt wykonany zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, za co wystawiła pozwanej jako inwestorowi 28 listopada 2011 r. fakturę końcową nr (...) na łączną kwotę brutto 536.855,10 zł płatną do 28 grudnia 2011 r., z czego pozwana zapłaciła jednak tylko 446.138,25 zł brutto, odmawiając zapłaty pozostałej części wynagrodzenia w wysokości 90.716,85 zł, tj. w kwocie żądanej pozwem w niniejszej sprawie, stanowiącej karę umowną. Pozwana w tym kontekście powoływała się na zastrzeżenie w § 12 ust. 1 lit. a umowy nr (...) kary umownej za każdy dzień zwłoki w dochowaniu terminów określonych w § 2 umowy (a zatem w terminie ukończenia przedmiotu umowy i oddania obiektu) spowodowane okolicznościami, za które odpowiada wykonawca, w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Wynagrodzenie umowne brutto wynosiło 863.971,04 zł, a co za tym idzie stanowiąca 0,3% tej kwoty kara umowna za każdy dzień zwłoki wykonawcy w oddaniu obiektu wynosiła 2.591,91 zł. Za okres 35 dni zwłoki kara umowna wynosiła tym samym 90.716,85 zł. Sąd Okręgowy wziął pod uwagę, że uprawnienie do potrącenia kary umownej z wynagrodzenia wykonawcy było przewidziane w umowie stron.

W sprawie potrącenia Sąd Okręgowy stwierdził, że przepisy art. 498 i nast. K.c. nie mają zastosowania, gdy strony przewidziały umowne potrącenie. Strony nie obwarowały możliwości dokonania potrącenia żadnymi dodatkowymi warunkami, co prowadziło do wniosku, że jedyną przesłanką możliwości dokonania potrącenia przez pozwaną było istnienie po jej stronie wierzytelności z tytułu kary umownej naliczonej a oparciu o jedno z postanowień zawartych w § 12 ust. 2 umowy, która mogłaby zostać potrącona z wynagrodzenia powódki. W sprawie kary umownej Sąd Okręgowy powołał art. 483 § 1 k.c.,

Odnosząc się do stanowiska powódki, negującego istnienie po stronie pozwanej wierzytelności z tytułu kary umownej, Sąd Okręgowy stwierdził, że nie ma podstaw do przyjęcia, że opóźnienie powódki w wykonaniu robót wynikało z okoliczności, za które odpowiada pozwana Gmina.

W sprawie zarzutu powódki niewykonania obowiązków inwestora określonych w art. 647 k.c. Sąd Okręgowy wskazał, że podstawowym przepisem określającym szczegółowe obowiązki inwestora jest przy tym art. 18 prawa budowlanego. Nadto art. 647 k.c. wskazuje wśród obowiązków inwestora obowiązek dostarczenia projektu budowlanego, zgodnie z którym ma zostać wzniesiony obiekt przez wykonawcę. Sąd Okręgowy przytoczył nadto art. 20 ust. 1 prawa budowlanego. Zauważył ten Sąd, że ustalenie czy w okolicznościach niniejszej sprawy inwestor wypełnił obowiązki, które na nim spoczywały w ramach umowy o roboty budowlane wymagało zasięgnięcia wiadomości specjalnych, stąd też dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Opinię biegłego Sąd Okręgowy w całości zaakceptował, jako rzetelną i wyczerpującą. Wskazał, że biegły wyjaśnił w sporządzonej przez siebie opinii pisemnej podtrzymanej następnie ustnie na rozprawie wskazał, że inwestor dochował obowiązków w zakresie przygotowania i dostarczenia projektu, gdyż projekt budowlany został przygotowany zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 20 ust. 1 pkt 1 prawa budowlanego, a udzielenie pozwolenia na budowę świadczy o wypełnieniu podstawowych obowiązków przez inwestora. Zdaniem biegłego, które Sąd Okręgowy podtrzymał, skoro w przypadku dokumentacji projektowej dla inwestycji zespół projektowy nie uznał za konieczne przekładanie trasy linii napowietrznej, to także w ocenie biegłego przełożenie linii energetycznej nie było konieczne, ażeby powódka mogła wykonać roboty budowlane. Biegły zwracał przy tym uwagę, z jednej strony, że powódca cały czas mógł wykonywać prace poza obszarem wyłączonym ze względu na istnienie linii elektroenergetycznej, a z drugiej, że dla wykonania prac pod linią średniego napięcia wystarczające było wyłączenie tej linii przez przedsiębiorcę energetycznego na czas wykonywania prac. Jednocześnie biegły zwracał



uwagę na zakres obowiązków kierownika budowy (który jest przedstawicielem wykonawcy na budowę) wskazany w art. 21a prawa budowlanego. Tym samym – zgodnie ze wskazanymi przepisami – kierownik budowy wykonawcy miał obowiązek jeszcze przed rozpoczęciem robót sporządzić lub zapewnić sporządzenie przed rozpoczęciem budowy plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia za względu na to, że roboty budowlane miały być prowadzone w pobliżu linii wysokiego napięcia. Sam powód z resztą powoływał się na to, że nie mógł wykonywać robót właśnie ze względu na obecność przechodzącej nad placem budowy linii elektroenergetycznej średniego napięcia i powoływał się w tym względzie na § 55 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 6 lutego 2003 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych (Dz. U. z 2003 r. Nr 47, poz. 401). Na tle tych regulacji biegły zwracał uwagę, że kierownik budowy ze strony wykonawcy powinien był jeszcze przed rozpoczęciem robót zdawać sobie sprawę z istnienia napowietrznej linii energetycznej nad placem budowy, co więcej istnienie tej linii i jej przebieg widoczne są również na mapie do celów projektowych. Ponadto biegły wskazał, że według wpisów dokonywanych w dzienniku budowy wykonawca – który umowę o roboty budowlane zawarł 29 czerwca 2011 r. i zobowiązał się w niej do ukończenia i oddania obiektu w terminie 90 dni od podpisania umowy, wytyczył obiekt w terenie dopiero 17 lipca 2011 r., oraz zgłosił kolizję prac z linią napowietrzną. Umowę z podwykonawcą na wykonanie zasadniczych prac powód jako wykonawca zawarł dopiero 8 sierpnia 2011 r. Pierwszy wpis w dzienniku budowy dotyczący rzeczywistego wykonywania robót datowany był na 12 sierpnia 2011 r., tj. na dzień, w którym powód także zawarł z pozwaną aneks nr (...) przedłużający termin oddania obiektu na 111 dni od podpisania umowy, czyli o 21 dni. Sąd Okręgowy uwzględnił ocenę biegłego, że to właśnie niewłaściwa organizacja pracy, a nie inne okoliczności były przyczyną zwłoki powoda w oddaniu obiektu. Linia napowietrzna przechodziła przez narożnik boiska do piłki nożnej odcinając trójkąt o podstawie około 5 m, podczas gdy na pozostałej części boiska nie było przeszkód do prowadzenia robót, jak też nie było przeszkód do prowadzenia robót przy zapleczu kontenerowym oraz na części boiska wielofunkcyjnego. Ruch sprzętu jak i ludzi na całym zadaniu inwestycyjnym nie był niczym ograniczony. Tym samym nawet w czasie od zgłoszenia przez powoda kolizji z energetyczną linią napowietrzną pozwanej do jej przełożenia w wyniku uzgodnień między pozwaną a właścicielem linii powód mógł w właściwy sposób organizując prace wykonywać roboty budowlane na całej pozostałej – niewyłączonej ze względu na linię energetyczną – części placu budowy. Powód jednak zamiast wykonywać w tym czasie prace na pozostałej części placu budowy, wstrzymał się od wykonywania jakichkolwiek konkretnych robót budowlanych. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, że zwłoka powoda w oddaniu obiektu nie była spowodowana potrzebą przełożenia linii energetycznej.

Także kwestie związane z wykonaniem drenażu nie były według Sądu Okręgowego przyczyną zwłoki powoda w wykonaniu przedmiotu umowy o roboty budowlane. Biegły wskazał, że w punkcie 6.3 opisu technicznego projektu zagospodarowania terenu projektant zawarł wskazanie, że w celu usprawnienia odprowadzenia wód opadowych zaprojektowano system drenażu z odprowadzeniem do kanalizacji deszczowej, a co za tym idzie inwestor i wykonawca wiedzieli, że drenaż został zaprojektowany i może pojawić się potrzeba jego wykonania. W związku z potrzebą wykonania drenażu strony zawarły zresztą odrębną umowę o roboty dodatkowe, jak również doszło do przedłużenia terminu ukończenia robót aneksem nr (...) z 12 sierpnia 2011 r. o 21 dni właśnie ze względu na zawarcie umowy o roboty dodatkowe z 11 sierpnia 2011 r. na wykonanie odwodnienia boiska do gry w piłkę nożną w postaci drenażu. Tym samym przedłużenie terminu wykonania robót związane było nie z podnoszonymi przez powódkę kwestiami linii energetycznej i trudnych warunków pogodowych, ale z wykonaniem drenażu.

Zdaniem Sądu Okręgowego również warunki pogodowe nie były przyczyną zwłoki powoda. Sąd ten uznał, że wpisy w dzienniku budowy o złych warunkach atmosferycznych nie odpowiadają danym z informacji Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej udzielonej na pytanie podwykonawcy powoda. Powołując się na opinię biegłego Sąd Okręgowy stwierdził, że istnienie opadów wynikających z wskazanej informacji nie powinno było mieć wpływu na termin zakończenia budowy.

W konsekwencji powyższego Sąd Okręgowy uznał, że pozwana zasadnie naliczyła powódce karę umowną na podstawie § 12 ust. 2 lit. a umowy nr (...), bowiem zwłoka w oddaniu obiektu określonego umową wynikała nie z okoliczności niezależnych od powódki, za które nie ponosiłaby ona odpowiedzialności, lecz ze złej organizacji robót przez samą powódkę, w szczególności w zakresie, w jakim przez pierwsze około półtora miesiąca od podpisania umowy w zasadzie

nie wykonywał żadnych prac przed 12 sierpnia 2011 r. na całym placu budowy, podczas gdy mogła wykonywać te prace na większości terenu poza tylko pasem szerokości 10 m na długości 30 m ze względu na przebieg linii elektroenergetycznej średniego napięcia, do czasu jego przełożenia. Także warunki atmosferyczne nie były powodem zwłoki powódki.

Sąd Okręgowy zwrócił nadto uwagę, że powódka wykonywała umowę nr (...) także za pomocą podwykonawcy zatrudnionego zgodnie z art. 647<sup>(1)</sup> k.c. i na tle umowy z podwykonawcą powódka wdała się w spór przed Sądem Okręgowym w Warszawie, bowiem powódka naliczyła swojemu podwykonawcy K. D. karę umowną na podstawie § 11 ust. 2 umowy podwykonawczej z 8 sierpnia 2011 r. za zwłokę podwykonawcy w ukończeniu prac, co miało nastąpić dopiero 22 listopada 2011 r., podczas gdy miały zostać ukończone do 12 października 2011 roku. Powódka w postępowaniu wytoczonym jej przez podwykonawcę twierdziła tym samym, że jego zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy, a co za tym idzie także zwłoka powódki w wykonaniu przedmiotu umowy nr (...) zawartej z pozwaną, nie jest wynikiem okoliczności, za które podmioty te nie ponosiłyby odpowiedzialności.

W tym kontekście Sąd Okręgowy zwrócił na treść art. 474 k.c. o odpowiedzialności dłużnika za działania i zaniechania osób, którymi się posługuje. Wskazał, że ratio legis tej regulacji wynika z tego, że wierzyciel zazwyczaj nie zna osób, za pomocą których dłużnik wykonuje zobowiązanie, oraz nie zna ich kwalifikacji w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zobowiązania. Często jest też tak, że wierzyciel nawet nie wie, że za dłużnika zobowiązanie wykonują osoby trzecie. Ponieważ jednak osoby te działają z upoważnienia dłużnika, to ewentualne uchybienia w wykonaniu zobowiązania powinny iść na jego rachunek. Ryzyko posługiwania się przez dłużnika osobą trzecią w wykonywaniu zobowiązania i ewentualne skutki dokonania niewłaściwego wyboru (np. osoby niemającej odpowiednich umiejętności do wykonania zobowiązania) powinny wobec tego obciążyć dłużnika. Powódka tym samym, jako generalny wykonawca, ponosi odpowiedzialność wobec pozwanej jako inwestora za działania swojego podwykonawcy, którym posługiwała się w wykonywaniu części robót budowlanych objętych umową nr (...). Zdaniem Sądu Okręgowego, skoro powódka odpowiedzialna jest za swojego podwykonawcę, to także jej własna argumentacja przedstawiana w procesie wytoczonym jej przez podwykonawcę wskazuje na tę odpowiedzialność, bowiem powódka podniosła w niej, że to podwykonawca zawinił zwłocę z oddaniem obiektu, to zaś również obciążało powódkę jako odpowiedzialną, choćby w świetle art. 474 k.c., za zwłokę w oddaniu obiektu określonego umową o roboty budowlane z pozwaną.

Odnosząc się do wniosku o miarkowanie kary umownej, który powódka przedstawiła na wypadek uznania, że pozwanej przysługiwała wierzytelność z tytułu kary umownej określonej § 12 ust. 2 lit. a umowy o roboty budowlane nr (...) potrącona następnie z wynagrodzeniem wykonawcy, Sąd Okręgowy stwierdził, że nałożona przez pozwaną Gminę kara umowna nie może być uznana za rażąco wygórowaną na tle całej wysokości umówionego przez strony wynagrodzenia, bowiem kwota 90.716,85 zł naliczonej kary umownej w stosunku do kwoty 863.971,04 zł brutto określającej wysokość wynagrodzenia powoda za wykonanie umowy. Kwota kary stanowi 10,5% ustalonego przez strony wynagrodzenia za okres zwłoki wynoszący 35 dni. Jednocześnie kara ta została zastrzeżona na wypadek naruszenia przez powoda jako wykonawcę jednego z najważniejszych z punktu widzenia inwestora obowiązków, tj. obowiązku terminowego oddania określonego w umowie o roboty budowlane obiektu. Sąd Okręgowy nadto wskazał, że sama powódka w zawartej ze swoim podwykonawcą umowie w jej § 11 ust. 2 zastrzegła analogiczną karę umowną, jednak nie w wysokości 0,3% za każdy dzień zwłoki, jak to miało miejsce w umowie nr (...), ale w wysokości 0,5% za każdy dzień zwłoki, tj. niemal dwukrotnie wyższej niż w umowie z pozwaną.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy skonstatował, że względu na skuteczne podniesienie przez pozwaną zarzutu spełnienia dochodzonego pozwem w niniejszej sprawie świadczenia w drodze potrącenia z karą umowną przysługującą pozwanej, powództwo jako niezasadne podlegało oddaleniu. Na marginesie Sąd ten stwierdził, że niezasadny był zarzut przedawnienia zgłoszony przez pozwaną, bowiem doszło do przerwania biegu przedawnienia przez zawezwanie pozwanej do próby ugodowej.

W sprawie oceny pozostałych, poza opinią biegłego i dowodami z dokumentów, których treść nie została zakwestionowana przez żadną ze stron Sąd Okręgowy stwierdził, że dał wiarę świadkowi W. K., który na budowie

pełnił funkcję kierownika budowy, a co za tym idzie był silnie związany ze stroną powodową, nadto nadal pozostaje jej pracownikiem, jedynie w takim zakresie, w jakim jego zeznania nie przeczyły opinii biegłego sądowego i nie dotyczyły kwestii wymagających wiadomości specjalnych. Tym samym Sąd ten nie dał wiary świadkowi w zakresie w jakim zeznał, że kolizja z linią napowietrzną nie pozwalała z przyczyn BHP na prowadzenie robót na całym placu budowy, jak również co do kwestii trudnych warunków atmosferycznych.

Rozstrzygając o kosztach postępowania Sąd Okręgowy wskazał na przepisy art. 108 § 1 w zw. z art. 98 § 1 k.p.c. Przyznał kwotę 5.400 złotych zgodnie z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 265).

Powódka wniosła apelację od tego wyroku zaskarżając go w całości. Zarzuciła:

1. nieważność postępowania w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. poprzez pozbawienie powódki możliwości obrony jej praw w ten sposób, że powódce uniemożliwiony został udział w oględzinach przedmiotu umowy pomiędzy stronami, dokonanych przez biegłego F. Z. w dniu 11 października 2018 roku, w trakcie których aktywnie uczestniczył przedstawiciel pozwanej Gminy, w tym okazywał biegłemu dokumenty nieznajdujące się w aktach sprawy, które to oględziny i dokumenty następnie stanowiły podstawę do sporządzenia opinii przez tego biegłego;

2. naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 235 § 1 k.p.c. i w zw. z art. 286 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie oraz przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wynikające z dokonania ustaleń faktycznych mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, z naruszeniem zasady bezpośredniości oraz w oparciu o opinię biegłego sądowego F. Z. z dnia 17 października 2018 roku, podczas gdy w sprawie zachodziła potrzeba powtórzenia czynności oględzin przedmiotu umowy stron z udziałem powódki oraz zażądania przez Sąd Okręgowy dodatkowej opinii od tego samego lub innego biegłego;

3. naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. poprzez pominięcie, że:

a) dokumentacja udostępniona wykonawcom na stronie internetowej pozwanej Gminy przed zawarciem umowy, a w szczególności rysunek Planu Zagospodarowania – A1, wprowadził powódkę w błąd co do przebiegu linii energetycznej, albowiem z dokumentacji tej wynikało, że nie przebiega ona przez budowany kompleks, lecz wskazywała obecny przebieg tej linii, a więc ten, który został zrealizowany już po rozpoczęciu prac przez powódkę;

b) pozwana Gmina dopiero po przejęciu przez powódkę placu budowy (co miało miejsce w dniu 1 lipca 2011 roku), przekazała powódce oryginał pełnej dokumentacji technicznej. Po zapoznaniu się z tą dokumentacją powodowa spółka stwierdziła, że różni się ona od dokumentacji budowlanej zamieszczonej na stronie zamawiającego, w zakresie przebiegu linii 15kV;

c) plan BIOZ został sporządzony przed przystąpieniem do realizacji prac i opracowano go na podstawie dokumentacji technicznej zamieszczonej na stronie zamawiającego (co dodatkowo zostało potwierdzone w oświadczeniu o przejęciu obowiązków kierownika budowy, które zostało dostarczone pozwanej przed podpisaniem protokołu przejęcia placu budowy w dniu 1 lipca 2011 roku);

d) na skutek opóźnienia w ukończeniu przedmiotu umowy pozwanej nie została wyrządzona jakakolwiek szkoda;

podczas gdy powyższe fakty nie tylko wynikały ze zgromadzonych w sprawie dokumentów, ale również zostały przyznane przez pozwaną w sposób konkludentny wobec ich niekwestionowania w toku procesu;

4. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wyrażającej się w odmowie przyznania wiarygodności i mocy dowodowej zeznań świadka W. K. w zakresie, w jakim jego zeznania były niezgodne z opinią biegłego sądowego i dotyczyły kwestii wymagających wiadomości specjalnych, w sytuacji, gdy opinia ta nie nadawała się do rozstrzygnięcia

sprawy, a zeznania tego świadka były logiczne, wzajemnie się uzupełniały i nie stały w sprzeczności z pozostałą częścią materiału dowodowego zebranego w sprawie;

b) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, poprzez wyprowadzenie z zebranego materiału dowodowego wniosków sprzecznych z zasadami doświadczenia życiowego, a także poprzez brak wszechstronnego rozważenia tego materiału, przeprowadzenie dowodów wybiórczo, z pominięciem istotnych dla sprawy faktów, w wyniku czego Sąd Okręgowy błędnie ustalił, że :

- w toku postępowania przetargowego pozwana Gmina udzieliła powódce wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, udostępniając dokumentację geotechniczną opisującą wyniki przeprowadzonych na miejscu inwestycji badań gruntu;

- powodowa spółka, jak i kierownik budowy W. K., w chwili podpisywania umowy mieli wiedzę na temat dotychczasowego zagospodarowania terenu, a w szczególności rzeczywistego przebiegu linii energetycznej, albowiem kabel ten został ujawniony na mapie do celów projektowych 1:500;

- linia napowietrzna przechodziła przez narożnik boiska do piłki nożnej a na pozostałej części boiska nie było przeszkód do prowadzenia robót;

- nie było przeszkód do prowadzenia robót przy zapleczu kontenerowym oraz na części boiska wielofunkcyjnego;

- ruch sprzętu jak i ludzi na całym zadaniu inwestycyjnym nie był niczym ograniczony;

- niezaprojektowanie przełożenia linii kablowej nie obciąża inwestora;

- zostały spełnione wszystkie obowiązki inwestora wynikające z przepisów art. 647 k.c., jak i art. 18 ust. 1 prawa budowlanego;

- wyłączenie pasa o szerokości 20 metrów na długości 30 metrów z urządzania na nim stanowisk pracy oraz składowania materiałów nie powodowało wydłużenia czasu wykonania robót;

- warunki pogodowe nie były przyczyną zwłoki powódki;

- zasadniczy wpływ na termin wykonania robót miał brak branżowego podwykonawcy;

co miało istotny wpływ na wynik sprawy, albowiem Sąd Okręgowy uznał, że wyżej opisane okoliczności przemawiały za przyjęciem, że to powódka ponowi wyłączną odpowiedzialność za powstałe opóźnienie, w wyniku czego Sąd Okręgowy błędnie uznał, że pozwana zasadnie naliczyła powódce karę umowną na podstawie § 12 ust. 2 lit. a umowy nr (...);

5. naruszenie przepisu art. 647 k.c. w zw. z art. 3 pkt 10 ustawy Prawo budowlane, poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, w wyniku czego Sąd Okręgowy rozstrzygając sprawę pominął, że przez należyte spełnienie obowiązku przekazania terenu budowy należy rozumieć przekazanie frontu robót w takim stanie, który nie stwarzałby zagrożenia dla pracowników oraz nie spowodowałby po stronie wykonawcy utrudnień w organizacji i prowadzeniu prac, opóźnień, czy też konieczności wykonania dodatkowych prac;

6. naruszenie przepisu art. 22 pkt 3 w zw. z art. 18 ust. 1 Prawa budowlanego poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, w wyniku czego Sąd Okręgowy błędnie uznał, że zostały spełnione wszystkie obowiązki inwestora wynikające z powyższych przepisów, jak również, że konieczność zmiany linii napowietrznej lub jej czasowe wyłączenie powinna być uwzględniona przez kierownika budowy w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ) przed rozpoczęciem robót, podczas gdy odpowiedzialność za przeoczenia i błędy w organizowaniu procesu budowy popełnione przez inwestora, jak i projektanta jeszcze na etapie poprzedzającym wyłonienie wykonawcy robót i zawarcie umowy, nie mogą obciążać wykonawcy;

7. naruszenie przepisu art. 651 k.c. poprzez jego niezastosowanie, w wyniku czego Sąd Okręgowy błędnie przyjął, że to powódka ponosi odpowiedzialność za konieczność uzupełnienia dokumentacji projektowej i dokonania zmiany przebiegu linii 15kV oraz za opóźnienie, jakie to spowodowało w wykonaniu przedmiotu umowy, podczas gdy obowiązkiem powódki było wyłącznie zawiadomienie inwestora o stwierdzonych zagrożeniach w wykonaniu przedmiotu umowy;

8. naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez uznanie, że w niniejszej sprawie brak było podstaw do miarkowania kary umownej, podczas gdy zobowiązanie powódki zostało w całości wykonane, co już samo w sobie daje podstawę do obniżenia kary umownej, a ponadto okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, a przede wszystkim brak szkody po stronie pozwanej, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, należy stwierdzić, że naliczona przez pozwaną kara umowna jest rażąco wygórowana, wobec czego powinna zostać zmniejszona.

Wskazując na powyższe zarzuty powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zasądzenie kwoty wskazanej w pozwie z odsetkami zgodnie z jego treścią i kosztami postępowania, a także zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego. W razie stwierdzenia przez Sąd Apelacyjny nieważności postępowania wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku, zniesienie postępowania dotkniętego nieważnością i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej. Na wypadek stwierdzenia przez Sąd Apelacyjny, że zachodzi potrzeba przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości, powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.

W uzasadnieniu apelacji skarżąca rozwinęła argumentację odnoszoną do wskazanych wyżej zarzutów. Wskazała między innymi, że biegły wystosował zawiadomienie o planowanych oględzinach w dniu 1 października 2018 roku, wzywając jednocześnie do udostępnienia projektu budowlanego oraz projektu drenażu, natomiast pismo to zostało nadane na nieaktualny adres pełnomocnika powódki, choć w aktach sprawy znajduje się informacja o nowym adresie. W wyniku powyższego powódka otrzymała informację o oględzinach już po ich przeprowadzeniu.

W odpowiedzi na apelację pozwana wniosła o jej oddalenie i obciążenie powódki kosztami postępowania apelacyjnego, uwzględniającymi koszty zastępstwa prawnego według obowiązujących norm. Jej zdaniem wszystkie zarzuty apelacyjne są oczywiście bezzasadne. Wskazała, że powodowa spółka konsekwentnie unika odniesienia się do całkowicie odmiennego stanowiska utrzymywanego w sprawie tożsamyh kar umownych w innym procesie sądowym, z powództwa podwykonawcy powódki, gdzie powódka konsekwentnie obciąża odpowiedzialnością za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy tegoż podwykonawcę.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje***

Mając na uwadze treść art. 382 k.p.c. Sąd II instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Postępowanie apelacyjne polega więc na merytorycznym rozpoznaniu sprawy, co oznacza, że wyrok sądu drugiej instancji musi opierać się na jego własnych ustaleniach faktycznych i prawnych.

Oceniając w tym kontekście materiał procesowy sprawy w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy prawidłowo przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (zawarte w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia zaskarżonego wyroku) znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy czyni więc te ustalenia częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego ich szczegółowego przytaczania.

Odnosząc się do zarzutów apelacji w pierwszym rzędzie należy zająć się oceną, czy doszło do nieważności postępowania w postępowaniu przed Sądem I instancji. Niezależnie od tego, że zarzut nieważności przedstawiła skarżąca, należy zauważyć, że sąd odwoławczy winien nieważność postępowania brać pod uwagę z urzędu (art. 378 § 1 k.p.c.).

Mając na względzie to ostatnie zastrzeżenie Sąd Apelacyjny, dokonując oceny z urzędu, stwierdza, że nie ma podstaw do przyjęcia, że doszło w postępowaniu pierwszoinstancyjnym do nieważności postępowania.

Odnosząc się z kolei do zarzutu nieważności postępowania przedstawionego w apelacji zacząć trzeba od tego, że zarzut ten skarżąca wiąże z niezawinioną nieobecnością podczas oględzin miejsca przedmiotu umowy pomiędzy stronami, przy jednoczesnej aktywności w tych oględzinach strony pozwanej oraz korzystaniu przez biegłego z dokumentów przedstawionych mu przez stronę pozwaną. Już z powyższego wynika, że nie chodzi tu o czynność sądową, a więc przeprowadzenie dowodu na podstawie postanowienia dowodowego w rozumieniu art. 292 k.p.c. Innymi słowy, oględzin tych nie można traktować jako dowodu wskazanego w powołanym przepisie. Powyższe wynika z samego opisu okoliczności ich przeprowadzenia zawartego w uzasadnieniu apelacji – skarżąca przyznała, że przy dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego Sąd Okręgowy wskazał na możliwość dokonania oględzin przez biegłego, przy czym było to pozostawione jego uznaniu. Oględziny te były więc elementem pracy biegłego, której końcowym efektem miała być opinia pisemna. Zwraca uwagę, że nie ma żadnego dokumentu w sprawie przebiegu oględzin, a ich przeprowadzenie zostało określone jako samodzielna czynność biegłego. W postanowieniu dowodowym nie miało miejsca zarządzenie okazania biegłemu przedmiotu oględzin, co czyniłoby oględziny elementem postępowania dowodowego w myśl art. 284 k.p.c., ani obowiązku powiadomienia stron o tych oględzinach. Oględziny przeprowadzone przez biegłego na podstawie postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego na okoliczności, których stwierdzenie wymaga jego spostrzeżeń własnych, miały więc charakter jego czynności przygotowawczych, poprzedzających sporządzenie właściwej opinii, a więc zawierającej oceny i wnioski.

Powyższe oczywiście nie oznacza, że skoro biegły uznał za potrzebne dokonanie oględzin z udziałem stron, to nie miał obowiązku obu stron zawiadomić. Z korespondencji pomiędzy pełnomocnikiem powódki a biegłym w aktach sprawy wynika, że biegły wysłał stronom zawiadomienia o oględzinach planowanych na dzień 11 października 2018 roku w dniu 2 października 2018 roku na adresy, na które Sąd wysyłał pisma w ostatnim czasie. Powyższe biegły zawarł w odpowiedzi na pismo pełnomocnika powódki z żądaniem powtórzenia oględzin przez biegłego (wynika to z treści wzmiankowanego pisma biegłego – k. 141).

Powódka nie przedłożyła pisma kierowanego do biegłego, natomiast w apelacji stwierdziła, że zawiadomienie biegłego o oględzinach zostało wysłane powódce na nieaktualny adres jej pełnomocnika, znała też treść powiadomienia. Powódka nie potrafiła podczas rozprawy apelacyjnej wyjaśnić, skąd ma wiedzę na temat powyższych okoliczności, skoro o oględzinach nie wiedziała. Odnosząc się jeszcze do twierdzenia w sprawie nieaktualnego adresu pełnomocnika powódki, na który rzekomo biegły wysłał zawiadomienie o oględzinach, należy zauważyć, że począwszy od złożenia pozwu adres biegłego był niezmienny, natomiast biegły oświadczył, że wysłał powiadomienie na adres używany przez Sąd Okręgowy, nie sposób więc uznać za choćby uprawdopodobnione, że zawiadomienie biegłego zostało wystosowane na inny adres.

Jak widać, nawet gdyby uznać, że nieobecność powódki naruszyło jej prawo do obrony, jak twierdzi powódka, ku czemu jak wskazano wyżej, nie ma podstaw, to powódka nie wykazała, że nie została prawidłowo o tych oględzinach powiadomiona. Warto dodać, że biegły był przesłuchiwany na rozprawie w dniu 11 marca 2019 roku, a powódka miała i wykorzystwała możliwości zadawania pytań biegłemu, także w sprawach, w których się z biegłym nie zgadzała, toteż możliwe było wyjaśnienie wszystkich wątpliwości związanych z opinią pisemną i uzyskanie uzupełnienia opinii. Tym samym niezasadny był zarzut nieważności postępowania.

Trzeba też stwierdzić, już w aspekcie zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., że Sąd Okręgowy w istotnej części należycie ocenił opinię biegłego F. Z., jako przydatną i obejmującą odpowiedzi na istotne zagadnienia dla rozstrzygnięcia sprawy, a w szczególności przyczyny opóźnienia robót powódki. Trafnie także Sąd Okręgowy skonfrontował tę opinię z zeznaniem świadka W. K., którego zeznanie z pewnością nie może być podstawą uzyskania wiadomości specjalnych, a tego dotyczyły w znacznej części oceny przedstawiane przez tego świadka, Trafnie także Sąd Okręgowy podniósł sprawę powiązania tego świadka z powódką oraz osobistego interesu, z uwagi na zajmowane stanowisko, w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść powódki.

Strona powodowa ma rację, że biegły nie miał posługiwać się dokumentami uzyskanymi od żadnej ze stron, a więc powoływanie się na ich treść nie może uzyskać aprobaty, toteż w sądowej ocenie opinii biegłego należało pominąć te jej wątki które odnoszą się wyłącznie do dokumentów, które nie są dowodami zebranymi w toku czynności sądowych. Tym samym powoływanie się na te dokumenty również przez Sąd Okręgowy nie było właściwe.

Trzeba jednak od razu stwierdzić, że podstawowe wnioski biegłego w istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy aspektach, a więc możliwości prowadzenia robót przez powódkę, czy jej własnych zaniedbań w prowadzeniu robót, nie były uzależnione od treści dokumentów, które biegły wskazał jako udostępnione przez pozwaną, bowiem opierały się na wiedzy i doświadczeniu biegłego co do technologii i organizacji prowadzenia robót budowlanych, do czego wystarczające było uwzględnienie charakterystyki obiektu wykonywanego przez powódkę, treść umowy co do zakresu i terminu robót, wreszcie dokumentacja przebiegu robót. Powyższe wymagało wyłącznie zapoznania się z aktami sprawy i do akt sprawy w istotnej części biegły nawiązywał.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że powódka dochodziła zapłaty kwestionując potrącenie kary umownej za zwłokę w oddaniu robót. Zgodnie z art. 476 k.c. ciężar udowodnienia, że opóźnienie w wykonaniu umowy nie jest zwłoką, a więc nie jest zawinione, obciąża dłużnika. Dopóki więc nie przeprowadzi on dowodu, że było inaczej, istnieje możliwość kwalifikowania każdego uchybienia jakiego dłużnik dopuścił się w terminowym wykonaniu zobowiązania, jako jego zwłoki (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 stycznia 2019 roku, I AGa 155/18), której konsekwencje regulują dalsze przepisy Kodeksu cywilnego o odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania, w tym przepisy o możliwości i skutkach zastrzeżenia kary umownej.

Wracając więc jeszcze na chwilę do opinii biegłego, istotne w omawianym obecnie aspekcie ciężaru dowodzenia, było dokonanie oceny, czy przyczyną opóźnienia robót powódki były jakiegokolwiek okoliczności leżące po stronie pozwanej, bądź inne niezależne od powódki. Nie wystarczało stwierdzenie uchybień po tej stronie w zakresie wykonywania obowiązków inwestora, lecz wykazanie - co leżało po stronie powódki - że te uchybienia pozostawały w normalnym związku przyczynowym z opóźnieniem robót przez powódkę. Powyższe czyni bezzasadnym zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. w tych elementach, które zostały przedstawione w punkcie 3 a-c zarzutów apelacji, W sprawie zarzutu pod literą d) ocena zostanie przedstawiona niżej.

Pozostając jeszcze przy omawianej kwestii należy zauważyć, że umowa pomiędzy stronami została zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadą w tych umowach jest jawność (art. 139 ust. 3 p.z.p.). Zasada jawności umowy w sprawie zamówienia publicznego jest uzupełnieniem generalnej zasady jawności postępowania, wyrażonej w art. 8 p.z.p. Przejawami tej zasady są też jawność wszelkich dokumentów sporządzanych przez zamawiającego oraz jawność ofert (art. 96 ust. 3 p.z.p.). Odpowiednikiem tej zasady jest możliwość uzyskania wiedzy o wszystkich istotnych danych dla wykonawcy. Powódka w pozwie nie podniosła naruszenia wskazanej zasady, toteż nie można przyjąć, że nie miała możliwości ustalenia uwarunkowań podejmowanych robót oraz uzyskania wyjaśnień w wątpliwych dla niej kwestiach. Warto przy tym zauważyć, że przedsięwzięcie, którego podjęła się powódka, nie należało do skomplikowanych w porównaniu do wielu innych objętych postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego. Powódka mogła więc z łatwością przygotować się, zarówno w sferze uzyskania wiedzy, jak i organizacyjnie, do wykonania powierzonych jej robót w umownym terminie.

W świetle powyższych rozważań w dotychczasowych wątkach, to nie pozwana miała wykazać, że powódka dopuściła się błędów wykonawczych, czy to w sposobie prowadzenia robót, czy w poszczególnych czynnościach organizacyjnych, jak choćby czas zawarcia umowy z podwykonawcą branżowym, lecz powódka miała wykazać, że przyczynami opóźnienia były okoliczności leżące po stronie pozwanej, albo inne, które świadczą o braku winy powódki (zwłoki). Mając na uwadze powyższe nie mają istotnego znaczenia zarzuty apelacji wskazujące na rzekome uchybienia powódki w zakresie udostępnienia dokumentacji projektowej, czy technicznej. Powódka z pewnością posiadała taką dokumentację już na początku lipca 2011 roku, natomiast jej aktywność na placu budowy była nadzwyczaj niska przez ponad miesiąc, co odpowiada czasowi opóźnienia w oddaniu robót.

Powódka w pozwie powołała się na dziennik budowy, z którego treści wynika, że choć powódce udostępniono zgodnie z umową teren budowy i przekazano dokumentację wykonawczą, a wpis z 1 lipca 2011 roku wskazuje na zapoznanie się kierownika budowy z placem budowy, pierwszy wpis dotyczący konkretnych prac został dokonany dopiero w dniu 13 lipca 2011 roku, przy czym wskazuje on na ograniczenie robót z uwagi na kolizję z linią energetyczną. Zwraca uwagę, że do 12 sierpnia 2011 roku ilość wpisów na temat postępu robót jest nieliczna, choć wskazana przeszkoda, o ile faktycznie utrudniała roboty, choć z pewnością ich nie uniemożliwiła, została usunięta w dniu 5 sierpnia 2011 roku (zwraca uwagę brak jakichkolwiek wpisów do dziennika budowy od dnia 21 lipca do dnia 12 sierpnia 2011 roku). Dokumentowanie prac, co świadczy o ich zintensyfikowaniu, nastąpiło dopiero po zawarciu przez powódkę umowy z podwykonawcą.

Wracając do kwestii kolizji z linią energetyczną, wskazywanej w toku postępowania jako podstawowa przyczyna opóźnienia robót, zwraca uwagę, że powiadomienie o przeszkodzie w prowadzeniu prac w związku z tą linią zostało wystosowane dopiero w dniu 18 lipca 2011 roku. Również powyższe wskazuje na opieszałość powódki, skoro powiadomienia takiego można było dokonać co najmniej w dniu 1 lipca 2011. Może powyższe oznaczać również to, że istnienie tej kolizji w istocie nie stanowiło przeszkody w kontynuacji robót, przynajmniej w innej części obiektu, na co może też wskazywać, powołane wszak przez powódkę, pismo pozwanej z dnia 26 lipca 2011 roku (k. 55). Powódka nie wykazała, że było inaczej, zaś możliwość niekępowanego wykonywania innych prac, niezbędnych do wykonania umowy podobnie jak te, które być może musiały być czasowo wstrzymane z uwagi na notyfikowaną przez powódkę kolizję. Przewidziany czas trwania robót był na tyle długi, że można było prowadzić roboty w różnych częściach terenu robót w różnym czasie i nie ma podstaw do przyjęcia, że akurat te roboty, których dotyczyło owo utrudnienie, miały poprzedzać roboty, które powódka mogła wykonywać bez przeszkód. Na powyższe wyraźnie wskazuje opinia biegłego.

Jak widać, powódka nie wykazała, że jej opóźnienie w oddaniu robót nie było zawinione, a więc, że nie zachodzi domniemanie zwłoki powódki w niedotrzymaniu terminu umownego z umowy z pozwaną nr (...). Zwraca przy tym uwagę, że sama powódka zdawała się uważać, że okoliczność kolizji z linią energetyczną nie spowoduje niemożliwości dotrzymania terminu umownego, a ponadto nie było żadnych innych niezależnych od niej przyczyn opóźnienia oddania przedmiotu umowy. Wskazuje na to nie tylko jej stanowisko w postępowaniu sądowym zainicjowanym przeciwko niej przez jej podwykonawcę, którego powódka obciążyła karą umowną za jego opóźnienie w tożsamy okolicznościach, ale też zgoda w istniejących już warunkach robót budowlanych na przedłużenie terminu wykonania robót określone w aneksie do wymienionej umowy, zawartym dnia 12 sierpnia 2011 roku. Po tej dacie nie istniały już żadne z powoływanych przez powódkę przeszkód w wykonaniu robót w terminie.

Nie można też przyjąć, że opóźnienie powódki w oddaniu przedmiotu umowy wywołane zostało w jakiegokolwiek części trudnymi warunkami atmosferycznymi. Należy w tym miejscu przywołać precyzyjną ocenę powyższej okoliczności przeprowadzoną przez Sąd Okręgowy, w tym odnoszącą się do treści wpisów do dziennika budowy w konfrontacji z danymi o wielkości opadów podanymi przez Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej. Niezależnie od tego należy zauważyć, że powódka jest profesjonalistą, toteż prowadząc kalkulacje w sprawie możliwego dla niej do przyjęcia terminu wykonania robót budowlanych winna uwzględnić możliwe utrudnienia wynikające z warunków atmosferycznych. Dane w sprawie wielkości opadów podane w zestawieniu Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej nie wskazują na istotne odstępstwa od średnich wielkości na przestrzeni poprzednich lat w okresie robót powódki.

Wszystkie powyższe racje przemawiają za bezzasadnością zarówno zarzutów naruszenia procedury cywilnej, jak i zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego wskazanych w apelacji. Należy nadto powtórzyć, w kontekście oceny materialnoprawnej, że choćby doszukać się po stronie inwestora niedopatrzeń w szczegółach informacyjnych wobec powódki, co jednak nie powinno utrudnić, wobec zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oferentowi uzyskania pełnej wiedzy na temat istotnych okoliczności zamówienia, to nie sposób przyjąć, że doprowadziły one do opóźnienia powódki w wykonaniu robót. Należy ponownie przywołać opieszałość powódki w ich wykonywaniu, wynikającą już tylko z dokumentów przez nią przedłożonych oraz fakt uzgodnienia terminu zakończenia robót w dniu 12 sierpnia 2011 roku, a więc w chwili, gdy już jakiegokolwiek przeszkody wynikające z



rzekomych uchybień powódki, nie miały miejsca. Sąd Apelacyjny podziela więc oceną prawną dokonaną przez Sąd Okręgowy, w tym odnoszoną do art. 474 k.c.

Reasumując, pozwana miała prawo obciążyć powódkę przewidzianą w umowie stron karą umowną za zwłokę w oddaniu robót, a naliczoną karę umowną potrącić z wynagrodzenia powódki, zgodnie z treścią § 12 ust. 2 lit. e umowy stron. Nie ma znaczenie okoliczność podnoszona przez powódkę o braku szkody pozwanej. Po pierwsze, samo opóźnienie w udostępnieniu obiektu, mającego, z uwagi na jego charakterystykę, służyć miejscowej społeczności, stanowi o szkodzie poniesionej przez pozwaną Gminę, bez potrzeby jej kwotowego wymierzenia, Po wtóre, nawet brak szkody (co w niniejszej sprawie nie występuje) nie stanowi podstawy uwolnienia dłużnika od obowiązku jej zapłaty w razie istnienia pomiędzy stronami zastrzeżenia umownego o jej uzgodnieniu (por. uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 roku, III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69).

Słusznie też Sąd Okręgowy uznał, że nie ma podstaw do miarkowania kary umownej w świetle art. 484 § 2 k.c. Co prawda Sąd ten odniósł się jedynie do przesłanki jej rażącego wygórowania, należyte argumentując brak uzasadnienia do miarkowania z tej przesłanki, natomiast powódka powołała się w pozwie także na wykonanie zobowiązania niepieniężnego w całości, jednak i ta przesłanka nie uzasadniała żądanego miarkowania.

Należy zauważyć, że kwestia miarkowania kary umownej należy do sfery sędziowskiego uznania, a więc objęta jest daleko idącą dyskrejonalnością. Tym samym nie można przyjąć, że każdy przypadek wykonania zobowiązania uzasadnia miarkowanie kary umownej. Jeśli chodzi o karę umowną za opóźnienie, to właśnie wykonanie zobowiązania wskazuje na rozmiar opóźnienia i pozwala precyzyjnie ustalić karę umowną, toteż przy zastrzeżeniu tego typu kary umownej przesłanka wykonania zobowiązania w całości powinna mieć zastosowanie wyjątkowo. Miarkowanie kary umownej z tej przyczyny sprzeciwiałoby się realności kary umownej, gdy ustalenie podstawy kwotowej jej obliczenia zostało określone na niskim poziomie, na co słusznie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, że zaskarżony wyrok odpowiada prawu, toteż należało oddalić apelację na podstawie art. 385 k.p.c., jako bezzasadną.

Orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny uwzględnił zasadę odpowiedzialności stron za wynik sprawy, wynikającą z art. 98 § 1 k.p.c. Koszty pozwanej obejmują wynagrodzenie zastępującego pozwaną radcy prawnego, ustalone na podstawie § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Krzysztof Górski Leon Miroszewski Halina Zarzeczna