

Sygn. akt I ACa 628/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 października 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Mirosława Gołuńska
Sędziowie:	SA Artur Kowalewski SO del. Wojciech Machnicki (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 29 września 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa A. K. (1)

przeciwko Skarbowi Państwa - Nadleśnictwu M.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 27 kwietnia 2016 roku, sygn. akt VIII GC 278/14

I. oddala apelację,

II. zasądza od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Artur Kowalewski Mirosława Gołuńska Wojciech Machnicki

Sygn. akt I ACa 628/16

UZASADNIENIE

Powód A. K. (1) wniósł pozew w postępowaniu upominawczym przeciwko Skarbowi Państwa – Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe Nadleśnictwo M. o zapłatę kwoty 75 845,97 zł z ustawowymi odsetkami od 14 stycznia 2014 r. oraz o zasądzenie kosztów procesu.

Powód wskazał, że Nadleśnictwo M. wybrało w drodze przetargu jego ofertę na budowę leśniczówki z budynkiem gospodarczym na działce nr (...) przy ul. (...) w M., a następnie strony zawarły umowę nr (...), której przedmiot

szczegółowo opisany był w dokumentacji projektowej, a same prace podzielone były na dwa etapy – pierwszy miał zakończyć się do dnia 30 listopada 2012 r., a drugi do dnia 31 sierpnia 2013 r. Wskazał dalej, że od chwili przekazania placu budowy 24 września 2012 r. wnosił zastrzeżenia, że pozwany nie wykonywał swoich zobowiązań określonych umową, m.in. nie wskazał punktów osnowy geodezyjnej, kompletnej dokumentacji inwestycji, nie dostarczył zgody zarządcy drogi wojewódzkiej niezbędnej do wjazdu na teren budowy wraz z projektem tymczasowej organizacji ruchu (powód wskazał, że na własny koszt sporządził taki projekt i przedłożył Komendzie Wojewódzkiej Policji). Znaczny okres trwało też uzgadnianie sposobu wbudowania niektórych materiałów, jak też sposobu otwierania stolarki okiennej. W trakcie budowy ujawniły się błędy projektowe oraz niezgodności między dokumentacją budowlaną zatwierdzoną pozwoleniem na budowę a specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. W związku z tym strony zawierały kolejne aneksy do umowy o roboty budowlane, którymi przesuwaly termin ukończenia robót. Ostatecznie strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...), w którym dokonały zmiany etapowania prac, w ten sposób, że część prac ujęta w etapie drugim, a w zakresie prac, których powód nie mógł dotychczas wykonać z uwagi na niemożność wykonania przyłącza kanalizacyjnego, wyłączona została do etapu trzeciego. Powód oczekiwał, że aneks obejmować będzie także kwestie ustalenia kosztów dozoru budowy i jej ogrzewania, przy czym pozwany poinformował go, że zawarcie tych kwestii w aneksie z uwagi na wymogi prawa zamówień publicznych jest wykluczone i będą one przedmiotem osobnych uzgodnień. Dnia 30 listopada 2013 r. powód zgłosił gotowość odbioru etapu drugiego (odbioru dokonano dnia 9 grudnia 2013 r.), zaś dnia 16 grudnia 2013 r. powód podtrzymał swoje stanowisko, że nie godzi się na finansowanie kosztów dozoru i ogrzewania budynku i oczekuje na ustalenie zasad dokonywania rozliczeń z tego tytułu. Dnia 19 grudnia 2013 r. zażądał od pozwanego przedłożenia kompletnej i uzgodnionej dokumentacji na wykonanie przyłącza kanalizacyjnego wraz z prawomocną decyzją w sprawie zmiany pozwolenia na budowę i zgodą zarządcy na zajęcie pasa drogowego, wyznaczając dodatkowy termin na wykonanie żądania. Dnia 20 grudnia 2013 r. pozwany oświadczył powodowi, że to powód jest zobowiązany do ponoszenia kosztów ogrzewania i dozoru, zaś powód w reakcji - dnia 3 stycznia 2014 r. zaproponował dwa rozwiązania – pierwsze polegające na ograniczeniu zakresu umowy poprzez wyłączenie robót, których powód nie mógł wykonać i odkupienie przez pozwanego zakupionych przez powoda materiałów budowlanych oraz drugie – dalsze realizowanie budowy przez powoda z odrębnym zleceniem mu ogrzewania i dozoru jej za odrębnym wynagrodzeniem. Jednocześnie ponownie wezwał pozwanego do przedłożenia do dnia 8 stycznia 2014 r. kompletnej dokumentacji pozwalającej na realizację robót budowlanych, pod rygorem odstąpienia od umowy. Dalej powód wskazał, że pozwany nie przedłożył powodowi dokumentacji, w związku z czym powód 13 stycznia 2014 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Następnie na żądanie pozwanego 20 stycznia 2014 r. przedłożył wycenę inwentaryzacji robót w toku w oparciu o inwentaryzację sporządzoną przy udziale obu stron 16 stycznia 2014 r. i załączył faktury zakupu materiałów, które nie zostały wbudowane.

W tych okolicznościach faktycznych powód domagał się zapłaty na podstawie § 21 ust. 7 pkt 1 umowy od pozwanego wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia od umowy, oraz na podstawie § 21 ust. 7 pkt 2 odkupienia materiałów i konstrukcji lub urządzeń, które nie mogą być wykorzystane przez powoda przy realizacji innych robót nieobjętych umową (powód utrzymywał bowiem, że odstąpienie nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych). Powód wskazał przy tym, że pozwany nie dokonał, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, odbioru od powoda wykonanych przed odstąpieniem robót, w związku z czym powód dokonał jednostronnego odbioru i wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 75 845,97 zł obejmującą wykonane prace oraz przekazane materiały niewbudowane, z czego 63 544,07 zł brutto stanowi należność za roboty wykonane do czasu odstąpienia od umowy, a kwota 12 301,90 zł brutto stanowi koszt materiałów zakupionych i niewbudowanych.

Pozwany Skarb Państwa Nadleśnictwo M. – reprezentowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa – złożył odpowiedź na pozew, w której wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu podniósł, że powód przed zawarciem umowy mógł dokładnie zapoznać się z całą dokumentacją projektową (a nadto oświadczył, że to uczynił i nie zgłaszał do niej żadnych zastrzeżeń), a na mocy umowy zobowiązany był do zabezpieczenia terenu przed kradzieżą i innymi negatywnymi zdarzeniami oraz ponoszenia skutków finansowych z tego tytułu. Podniósł, też że na mocy § 7 ust. 2 umowy wynagrodzenie powoda było ryczałtowe i nie podlegało waloryzacji lub negocjacji w trakcie realizacji zamówienia. Pozwany podkreślił też, że w okolicznościach

niniejszej sprawy istotne znaczenie ma (z uwagi na podstawę odstąpienia od umowy) jedynie zachowanie się stron w drugim i trzecim etapie realizacji umowy i to tylko w zakresie związanym z wykrytą kolizją przyłącza sanitarnego. Powołując się na art. 17 prawa budowlanego pozwany wskazał, że powód powinien był wcześniej wykryć w dokumentacji błędne rozwiązania i podjąć czynności mające na celu ich wyjaśnienia, co pozwoliłoby znacznie szybciej rozwiązać ten problem. Tymczasem powód zgłosił to pozwanemu dopiero po upływie 10 miesięcy od czasu rozpoczęcia robót. W trakcie realizacji robót okazało się, że powód wyznaczył rzędne dotyczące wytyczenia fundamentu niezgodnie z dokumentacją. Zdaniem pozwanego powód godził się z koniecznością upływu odpowiedniego czasu, aby usunąć błędy i wprowadzić zmiany w dokumentacji projektowej i to dlatego strony zawarły aneks nr (...) do umowy, termin jej ukończenia określając na dzień 31 maja 2014 r. Strony podtrzymały przy tym wówczas postanowienie o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, a za etap trzeci robót powód miał otrzymać kwotę 73.733,58 zł brutto. Powód miał w tym etapie wykonać określone prace, których nie wykonał. Był przy tym powód informowany ile czasu potrwa uzyskanie decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. W konsekwencji pozwany twierdził, że w sprawie nie zostały spełnione żadne z przesłanek ustawowych uprawniających wykonawcę do skorzystania z prawa do odstąpienia od umowy, a zatem jego oświadczenie o odstąpieniu nie może być uznane za skuteczne. Podniósł też, że powodowi nie przysługiwało uprawnienie z § 21 ust. 7 pkt 2 umowy, albowiem zakupione przez niego materiały były standardowymi materiałami wykorzystywanymi w budownictwie i nadawały się do wbudowania na innej budowie, a nadto powód wezwany do ich odbioru nie dokonał go.

Powód w odpowiedzi pismem z dnia 20 stycznia 2015 r. rozszerzył powództwo o zapłatę dalszej kwoty 34 447,05 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 sierpnia 2014 r., tym samym domagał się w procesie od pozwanego zapłaty kwoty 110 293,02 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 75 845,97 zł od dnia 14 stycznia 2014 r. oraz od kwoty 34 447,05 zł od dnia 23 sierpnia 2014 r.

W uzasadnieniu powód wskazał, że zgodnie z § 14 umowy nr (...) wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie 34 447,07 zł poprzez złożenie gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej przez Towarzystwo (...), zaś pismem z dnia 8 sierpnia 2014 r. ubezpieczyciel poinformował powoda, że wypłacił Nadleśnictwu M. kwotę 34 447,07 zł i wezwał powoda do uiszczenia kwoty 34.447,07 zł wypłaconej pozwanemu z tytułu udzielonej gwarancji należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad. Powód twierdził przy tym, że pozwany zażądał wypłaty tejże kwoty, pomimo skutecznego (powoda zdaniem) odstąpienia od realizacji robót budowlanych i bez wezwania powoda do usunięcia wad co do robót, które powód realizował.

W dalszym piśmie przygotowawczym powód podniósł, że ujawnienie kolizji przyłącza sanitarnego nie było błędem projektowym, tylko ujawnieniem okoliczności, której wystąpienia nie mógł przewidzieć ani projektant, ani wykonawca. Podkreślił przy tym, że sam pozwany w odpowiedzi na pozew wskazał, że wystąpienie kolizji było okolicznością, której nie można było przewidzieć, z czym powód się zgodził. Pozwany od zgłoszenia mu stwierdzenia kolizji potrzebował aż dwóch miesięcy na zorganizowanie narady w tym przedmiocie. Powód podniósł też, że decyzja nr (...) z dnia 2 stycznia 2014 r. dotycząca zmiany pozwolenia na budowę mogła uprawomocnić się najwcześniej dopiero dnia 16 stycznia 2014 r., jednak pozwany i tak nie dostarczył, ani nie ustalił terminu przekazania powodowi prawomocnej decyzji dotyczącej pozwolenia na budowę, aktualnej dokumentacji projektowej zatwierdzonej tym pozwoleniem, projektu tymczasowej organizacji ruchu na czas budowy przyłącza oraz decyzji o tymczasowym zajęciu pasa drogowego, do czego był zobowiązany umową i dalszymi pismami. Za niezasadne zatem uznał powód twierdzenia pozwanego o nieskuteczności odstąpienia od umowy. Powód zakwestionował też, ażeby miał możliwość wbudowania zakupionych materiałów budowlanych, albowiem zakupił je na tą konkretną budowę.

Pozwany złożył również odpowiedź na rozszerzenie powództwa wnosząc o oddalenie powództwa w całości. Podniósł, że pismem z dnia 4 lutego 2014 r. wezwał powoda do realizacji umowy oraz wskazał, że roboty w zakresie etapu drugiego nie zostały wykonane. Zdaniem pozwanego przedwczesne było wystawienie faktury VAT nr (...). Dnia 27 lutego 2014 r. pozwany wezwał powoda do zapłaty kary umownej na podstawie § 18 ust. 2 umowy w wysokości 62 820 zł w terminie 7 dni od doręczenia, a dopiero po upływie określonego terminu zapłaty zwrócił się do ubezpieczyciela, aby zaspokoić swoje roszczenie z udzielonej gwarancji. Pozwany skorzystał przy tym jedynie z gwarancji udzielonej na

zabezpieczenie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych, nie realizował zaś gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej na zabezpieczenie usunięcia wad.

Na rozprawie dnia 8 maja 2015 r. powód wyjaśnił, że kwota, której zapłaty się domaga, dotyczy robót rzeczowo objętych trzecim etapem, które zostały przez niego wykonane w etapie drugim w oparciu o umowę. Wartość robót ustalił przy tym w oparciu o umowę, zaś wartość materiałów w oparciu o faktury zakupów, z tym że wartość ogrodzenia nie była określona w umowie i oszacował ją samodzielnie. Wskazał przy tym, że materiały budowlane zostały pozostawione na placu budowy i znajdowały się tam w dniu sporządzenia inwentaryzacji.

Wyrokiem z 27 kwietnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego kwotę 25 357,50 zł z ustawowymi odsetkami od 14 lutego 2014 r. i oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz pozostawił szczegółowe wyliczenie kosztów referendarzowi sądowemu.

Podstawę rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego stanowiły następujące ustalenia faktyczne.

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Las Państwowe Nadleśnictwo M., ogłosił przetarg nieograniczony w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) na budowę budynku leśniczówki wraz z budynkiem gospodarczym na działce nr (...), obręb (...) przy ul. (...) w M..

Zgodnie z zatwierdzoną dnia 31 lipca 2012 r. Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oba budynki miały zostać zbudowane i w pełni wykończone, a nadto zamówienie obejmowało budowę zjazdu z posesji na drogę wojewódzką oraz ogrodzenie. Realizację zamówienia podzielono na dwa etapy, z których pierwszy – obejmujący wykończone zewnętrznie budynek leśniczówki i budynek gospodarczy – miał zostać ukończony do dnia 30 listopada 2012 r., zaś drugi – obejmujący instalacje zewnętrzne i wewnętrzne oraz wewnętrzne wykończenie budynku leśniczówki i budynku gospodarczego, a także budowę zjazdu i ogrodzenie – miał zostać ukończony do dnia 31 sierpnia 2013 r. Zalecano przy tym w SIWZ dokonanie wizji lokalnej terenu objętego zamówieniem.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określały stanowiące załączniki do SIWZ przedmiar robót, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz dokumentacja projektowa.

Ofertę cenową w przetargu na budowę leśniczówki złożył powód A. K. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...). Cenę za etap I określił on na kwotę 300.000 zł netto (powiększoną o VAT wg stawki 8% – 21.600 zł oraz wg stawki 23% – 6.900 zł), zaś za etap II na kwotę 328.200 zł netto (powiększoną o VAT wg stawki 8% – 23.064 zł oraz wg stawki 23% – 9.177 zł). W sumie wykonanie przedmiotu zamówienia wycenił na kwotę 558.300 zł netto (688.941 zł brutto).

W ofercie zawarł też pisemne oświadczenia, m.in., iż zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w tym także ze wzorem umowy i uzyskał informacje niezbędne do przygotowania oferty. Oferta złożona przez A. K. (1) została wybrana w przetargu przez Nadleśnictwo M. jako najkorzystniejsza.

Dnia 14 września 2012 r. Towarzystwo (...) S.A. udzieliło ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania i właściwego usunięcia wad nr (...) na rzecz beneficjenta Nadleśnictwa M. z tytułu jego należności od A. K. (1) jako wykonawcy budowy budynku leśniczówki z budynkiem gospodarczym na terenie działki nr (...), przy ul. (...), obręb(...).

Zgodnie z gwarancją górna granica odpowiedzialności gwaranta (...) S.A. wynosiła 34 447,05 zł, za zastrzeżeniem, że w zakresie odpowiedzialności z tytułu nieusuniętych wad fizycznych ulega ona zmniejszeniu o 70% i wynosi 10 344,12 zł.

Dnia 17 września 2012 r. Skarb Państwa – Nadleśnictwo M. (jako zamawiający) zawarł z A. K. (1), jako wykonawcą, umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie zadania pn.: „Budowa budynku leśniczówki z budynkiem gospodarczym na terenie działki nr (...), ul. (...) obręb (...)”. W § 1 ust. 2 umowy wskazano termin zakończenia wykonania przedmiotu umowy w zakresie etapu I, określonego w § 8 ust. 1 pkt 1, na dzień 30 listopada 2012 r., zaś etapu II, określonego w § 8 ust. 1 pkt 2, na dzień 31 sierpnia 2013 r. W § 1 ust. 3 wskazano, że zakres rzeczowy przedmiotu umowy określa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót,

przedmiar robót, specyfikacja istotnych warunków zamówienia, oferta wykonawcy z załączonym wypełnionym ofertowym kosztorysem opracowanym na podstawie dokumentacji technicznej oraz dokumentacja projektowa (projekt budowlany i wykonawczy). Z kolei w ust. 4 wykonawca oświadczył, że zapoznał się ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, dokumentacją projektową, przedmiarem robót oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznaje je za podstawę do realizacji przedmiotu umowy oraz, że nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń.

W § 2 ust. 1 zamawiający zobowiązał się do przekazania wykonawcy placu budowy w ciągu 10 dni od podpisania umowy. Kolejne obowiązki zamawiającego określono w § 4 umowy i tak, zobowiązany był m.in. do przekazania wykonawcy dokumentacji projektowej nie później niż w dniu przekazania protokolarnego terenu budowy, uzyskania wszelkich niezbędnych, wymaganych obowiązującymi przepisami prawa postanowień lub decyzji właściwych organów niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, z zastrzeżeniem czynności przewidzianych w umowie dla wykonawcy, przekazania wykonawcy terenu budowy, udzielenia wykonawcy bieżących informacji dotyczących obiektu, zapłaty wykonawcy za prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy.

Obowiązki wykonawcy określał § 5 umowy i tak, zobowiązany był m.in. do przejęcia terenu budowy, jego zagospodarowania oraz zabezpieczenia i miejsc prowadzenia robót, zapewnienia należytego ładu i porządku, a w szczególności przestrzegania przepisów BHP na terenie budowy na koszt własny wykonawcy, ponoszenia kosztów za media, zorganizowania we własnym zakresie dozoru mienia i wszelkich wymaganych przepisami zabezpieczeń ppoż. na terenie budowy oraz ponoszenia za nie pełnej odpowiedzialności materialnej, zabezpieczenia terenu budowy przed kradzieżą i innymi negatywnymi zdarzeniami i ponoszenia skutków finansowych z tego tytułu, wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją techniczną, obowiązującymi przepisami, normami i warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót, ze wskazówkami zamawiającego oraz zasadami wiedzy technicznej i sztuką budowlaną, zgłoszenia wykonanych robót do odbioru wpisem do dziennika budowy, realizacji robót w terminie określonym umową, bezzwłocznego powiadomienia na piśmie zamawiającego o wszelkich możliwych zdarzeniach i okolicznościach mogących wpłynąć na opóźnienie robót. W § 6 z kolei wskazano, że wykonawca zobowiązany jest do informowania zamawiającego i nadzoru inwestorskiego o konieczności wykonania robót zamiennych, co nie może pociągnąć zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w terminie 3 dni od daty stwierdzenia konieczności ich wykonania.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określono w § 7 ust. 1 umowy wskazując, iż jest ono ryczałtowe, ustalone w oparciu o złożoną ofertę i wynosi za etap I: 270 000 zł netto za budynek mieszkalny i 30 000 zł za pozostałe roboty budowlane (razem brutto 328 500 zł), w tym za budynek leśniczówki 270 000 zł netto, za budynek gospodarczy 30 000 zł netto; za etap II: 288 300 zł netto za budynek mieszkalny oraz 39 900 zł za pozostałe roboty budowlane (razem brutto 360 441 zł), w tym za budynek leśniczówki 288 300 zł netto za budynek leśniczówki, 11 000 zł netto za budynek gospodarczy, 17 200 zł za zjazd oraz 11 700 zł za ogrodzenie. Razem za etap I i II za budynek mieszkalny netto 558 300 zł, za pozostałe roboty budowlane netto 69 900 zł, razem brutto 688 941 zł. Zgodnie zaś z ust. 2 wynagrodzenie miało nie podlegać waloryzacji lub negocjacji w trakcie realizacji zamówienia.

Podział robót szczegółowo na etapy zawarto w § 8 umowy i tak w ust. 1 wskazano, że etap I obejmuje budynek leśniczówki w zakresie stanu zero, stanu surowego otwartego, prace zewnętrzne wykończeniowe (stolarka okienna, drzwi zewnętrzne, elewacja, tarasy na gruncie) oraz budynek gospodarczy w zakresie stanu zero, stanu surowego otwartego, prac zewnętrznych wykończeniowych (stolarka okienna i drzwi zewnętrzne, elewacja). W ust. 2 wskazano, że etap II obejmuje budynek leśniczówki w zakresie instalacji zewnętrznych, instalacji wewnętrznych, prac wykończeniowych (posadzki, tynki, okładziny ścian i sufitów, wewnętrznych, sufit podwieszany, stolarka i ślusarka wewnętrzna), budynek gospodarczy w zakresie instalacji zewnętrznych, instalacji wewnętrznych, prac wykończeniowych (posadzki, tynki, okładziny ścian i sufitów wewnętrznych), budowę zjazdu oraz ogrodzenie.

Stosownie do § 9 umowy rozliczenia miały być dokonywane częściowo, w oparciu o faktury VAT z 14-dniowym terminem płatności wystawiane na podstawie protokołu częściowego odbioru robót za I etap oraz protokołu końcowego za II etap, w którym nie stwierdzono wad i usterek, zatwierdzony przez kierownika zamawiającego oraz inspektora nadzoru budowlanego.

W § 11 ust. 1 umowy wskazano, że udzielenie zamówienia dodatkowego będzie możliwe tylko i wyłącznie wówczas, gdy w trakcie realizacji zamówienia wystąpią roboty niezbędne do wykonania, nie przewidziane i nie wynikające z dokumentacji projektowej, a których wykonawca i zamawiający, pomimo zachowania należytej staranności, nie mogli przewidzieć. Stosownie do ust. 2 miały być rozliczane na podstawie odrębnej umowy.

Zgodnie z § 13 wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy przy użyciu materiałów własnych, fabrycznie nowych.

Stosownie do § 14 ust. 1 wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 5% wynagrodzenia brutto (34 447,05 zł). Zabezpieczenie to, zgodnie z ust. 2 służyć miało pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, w tym na pokrycie naliczonych kar umownych.

§ 16 umowy regulował kwestię dokonania odbioru robót. Stosownie do ust. 2 wykonawca miał zgłosić zamawiającemu gotowość do odbioru na piśmie oraz potwierdzić wpisem do dziennika budowy, zaś stosownie do ust. 3 zamawiający miał wyznaczyć termin i rozpocząć odbiór w ciągu 14 dni od daty zawiadomienia go o sięgnięciu gotowości do odbioru zawiadamiając o tym wykonawcę.

W § 17 wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji i rękojmi na zrealizowany przedmiot umowy na okres 36 miesięcy od daty odbioru końcowego przedmiotu umowy.

§ 18 umowy regulował kwestie kar umownych, które miały stanowić obowiązującą formę odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy we wskazanych przypadkach i wysokościach: stosownie do ust. 2 zamawiający miał prawo obciążyć wykonawcę karami umownymi z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia netto określonego w § 7 ust. 1.

§ 19 wskazywał okoliczności, w których możliwe było prowadzenie zmian do umowy (np. dotyczących przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy o czas opóźnienia, jeżeli będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu umowy, m.in. w przypadku jakiegokolwiek opóźnienia, utrudnienia, lub przeszkody spowodowanej przez lub dającej się przypisać zamawiającemu na terenie budowy, jak też wystąpienia okoliczności (np. konieczności wykonania robót dodatkowych, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych), których strony nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności, wstrzymania robót przez zamawiającego, konieczności usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej, powstania okoliczności będących następstwem działania organów administracji, w szczególności przekroczenia zakreślonych przez prawo terminów wydawania przez organy administracji decyzji, zezwoleń itp.

Zgodnie z § 21 w przypadku odstąpienia od umowy wykonawcę oraz zamawiającego wykonawca miał sporządzić wykaz tych materiałów, konstrukcji i urządzeń, które nie mogą być wykorzystane przez wykonawcę do realizacji innych robót nie objętych umową, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn niezależnych od niego (ust. 4), zaś zamawiający w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada, zobowiązany był do dokonania odbioru robót przerwanych oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia (ust. 7 pkt 1), odkupienia materiałów, konstrukcji lub urządzeń określonych w ust. 4, których nie da się zagospodarować na innych placach budowy (ust. 7 pkt 2), rozliczenia się z wykonawcą z tytułu nierozliczonych w inny sposób kosztów budowy, obiektów zaplecza, urządzeń związanych z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu budowy, chyba że wykonawca wyrazi zgodę na przyjęcie tych obiektów i urządzeń (ust. 7 pkt 3), przejęcia od wykonawcy pod swój dozór terenu budowy z dniem odbioru robót (ust. 7 pkt 4). Jako załączniki do umowy wymieniono: przedmiar robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, dokumentację projektową, ofertę i SIWZ. Dnia 24 września 2012 r. teren i plac budowy został przekazany A. K. (1) przez Nadleśnictwo M..

Powód A. K. (1) składał zastrzeżenia, że protokół przekazano mu dopiero 24 listopada 2012 r., a nadto zamawiający przy przekazaniu placu budowy nie wskazał punktów geodezyjnych. A. K. (1) ponawiał później prośby o wskazanie

punktów geodezyjnych (m.in., aby ustalić miejsca, w których mają zostać zbudowane budynki), a także podnosił, że nie może rozpocząć robót budowlanych z uwagi na brak wjazdu na teren działki z drogi wojewódzkiej, wskazał też, że sam wykonał projekt tymczasowej organizacji ruchu na czas wykonania wjazdu i przyłącza wody i złożył go w Komendzie Wojewódzkiej Policji w S. oraz w Zarządzie Dróg Wojewódzkich, bowiem bez jego akceptacji nie może rozpocząć prac. 18 października 2012 r. Nadleśnictwo M. zwróciło się do A. K. (1) o wyjaśnienie, dlaczego do tego dnia na placu budowy dokonał jedynie wytyczenia geodezyjnego obiektu w terenie. A. K. (1) z kolei odpowiedział, że do dnia 26 października 2012 r. otrzymał wszystkie uzgodnienia konieczne do zajęcia pasa drogowego i w dniu 29.10.2012 r. rozpocznie wykonanie wjazdu na działkę. Wniósł też o przedłużenie terminu ukończenia I etapu robót o 42 dnia na podstawie § 19 umowy.

Strony dnia 31 listopada 2012 r. zawarły aneks nr (...), którym na podstawie § 19 ust. 1 pkt 3 umowy nr (...) zmieniły § 1 ust. 2 pkt 1 umowy ustalając termin ukończenia etapu I do dnia 2 stycznia 2013 r. Aneks miał obowiązywać od dnia 1 grudnia 2012 r.

W toku budowy strony prowadziły korespondencję, w której ustalały szczegóły i wyjaśniały wątpliwości dotyczące wykonania stolarki okiennej, stropu i ścianek budynku gospodarczego, drzwi budynku gospodarczego, obróbek attyk, ocieplenia styropianowego.

Pismem z dnia 5 czerwca 2013 r. A. K. (1) zgłosił Nadleśnictwu M. gotowość do odbioru I etapu robót oraz zwrócił się o wyznaczenie terminu odbioru. Częściowego odbioru robót (etapu I) dokonano dnia 12 czerwca 2013 r. i sporządzono z niego protokół (...). Komisja odbiorowa stwierdziła, że prace polegające na budowie leśniczówki – etapu I – zostały wykonane pod względem technicznym zgodnie z dokumentacją projektową i obowiązującymi przepisami. Nie stwierdzono usterek, uznano, że roboty objęte odbiorem częściowym są ostatecznie odebrane i przekazane użytkownikowi.

Zjazd również został wykonany już w etapie I, choć nie ujęto go w protokole odbioru, gdyż miał zostać wykonany i rozliczony w etapie II.

A. K. (1) pismem z 17 lipca 2013 r. poinformował, że na ten dzień zaplanował wykonanie przyłącza kanalizacyjnego, jednakże w trakcie prac odkrył rurociąg, którego istnienie uniemożliwia prawidłowe wykonanie przyłącza. Do pisma załączył odręcznie sporządzony schemat. W dalszej korespondencji strony ustalały, w jaki sposób w zaistniałej sytuacji wykonać przyłącze (m. in. dokonywano pomiarów geodezyjnych i wystąpiono o zmianę pozwolenia na budowę). Projektanci złożyli przy tym dwie propozycje, jedną z nich było wykonanie przepompowni, drugim – przydomowa oczyszczalnia. Nadleśnictwu przy tym zależało, żeby była to kanalizacja grawitacyjna, niewymuszona i zmniejszająca koszty eksploatacji. M.in. w e-mailu z 26 lipca 2013 r. złożono propozycję, aby wykonać studnię rozprężną i kanał grawitacyjny.

A. K. (1), z uwagi na niemożność wykonania przyłącza kanalizacyjnego w sposób zaplanowany w projekcie oraz oczekiwanie na przekazanie przez Nadleśnictwo M. nowego rozwiązania zwrócił się o podpisanie aneksu do umowy nr (...), który określiłby nowy termin wykonania robót, oraz podzielił je na etap II i III, w taki sposób, aby etap II obejmował wykonanie wszystkich robót wykończeniowych wewnątrz budynku leśniczówki i garażu oraz wykonanie przyłączy wodociągowego, sieci kanalizacji deszczowej, wjazdu na posesję i ogrodzenia z siatki i opiewał na kwotę: budynek leśniczówki 288.300 zł netto i budynek gospodarczy 11.000 zł netto (razem 299.300 zł netto), zaś etap III, aby składał się z przyłącza kanalizacji sanitarnej, ogrodzenia frontowego i pozostałego zagospodarowania i opiewał na kwotę 21.550,70 zł netto.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2013 r. Nadleśnictwo M. zgodziło się na zawarcie aneksu.

Dnia 11 września 2013 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli Nadleśnictwa i projektantów z A. K. (1), w trakcie którego strony ustaliły, że projektant wystąpi o wydanie pozwolenia na umieszczenie w pasie drogowym studni rozprężającej – elementu instalacji sanitarnej wymuszonej, zaś Nadleśnictwo M. wystąpi do Urzędu Miejskiego w M. o wydanie

decyzji w sprawie zmiany warunków zabudowy leśniczówki – wyrażenia zgody na budowę przydomowej oczyszczalni ekologicznej. Po spotkaniu tym strony nadal uzgadniały sposób wykonania przyłącza kanalizacji sanitarnej.

Dnia 12 września 2013 r. Nadleśnictwo M. zwróciło się do Urzędu Miejskiego w M. o zmianę za zgodą stron decyzji o warunkach zabudowy nr (...) z dnia 30 czerwca 2011 r. oraz nr (...) z dnia 25 października 2011 r. w zakresie punktu 6 decyzji tak, aby w treści punktu 6 decyzji w zakresie odprowadzenia ścieków bytowych dopisać „lub wykonanie biologicznej oczyszczalni ścieków”.

Wniosek uzasadniono tym, że wystąpiła kolizja z istniejącymi instalacjami i nie jest możliwe wykonanie przyłącza narzuconą w uzgodnieniach z zarządcą drogi metodą przecisku, zaś wykonanie biologicznej oczyszczalni ścieków byłoby najkorzystniejsze dla Nadleśnictwa M.. Na podstawie tego wniosku wszczęto i prowadzono postępowanie w sprawie zmiany pozwolenia na budowę.

30 września 2013 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...) z dnia 17 września 2012 r. (z późniejszymi zmianami aneksami nr (...) z 30.11.2012 r., nr (...) z 3.01.2013 r. i nr (...) z 29.08.2013 r.). Wskazały w im, że na podstawie § 19 ust. 1 pkt 1 lit. e umowy nr (...) z 17.09.2012 r. zmieniły § 1 ust. 2 pkt 2 umowy w ten sposób, że etap II miał zostać ukończony do dnia 30 listopada 2013 r., aneks zaś miał obowiązywać od dnia 1 października 2013 r.

Strony prowadziły następnie negocjacje dotyczące zawarcia kolejnego aneksu do umowy nr (...), równolegle nadal uzgadniając sposób wykonania przyłącza kanalizacji sanitarnej.

Decyzją z dnia 7 października 2013 r., wydaną na wniosek Nadleśnictwa M., Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. zezwolił na lokalizację w pasie drogowym drogi wojewódzkiej nr (...) w M. (działka (...)) urządzania w postaci kanalizacji sanitarnej, przy czym nie wyraził zgody na naruszenie konstrukcji jezdni drogi wojewódzkiej przy wykonywaniu robót w pasie drogowym.

Dnia 6 listopada 2013 r. przedłużono gwarancję ubezpieczeniową nr (...) z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania robót do daty podpisania przez wykonawcę i beneficjenta protokołu odbioru końcowego – nie dłużej niż do 30.12.2013 r., a z tytułu nieusuniętych wad fizycznych od dnia 31.12.2013 r. do dnia 14.01.2017 r.

W dniu 29 listopada 2013 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...), w którym na podstawie § 19 ust. 1 pkt 2 lit. b umowy dodały do niej § 8 ust. 1 pkt 3, którym wprowadziły etap III realizacji umowy, który miał zostać wykonany do dnia 31 maja 2014 r., a tym samym tego dnia miał upłynąć termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy. Strony zmieniły również § 7 ust. 1 umowy w ten sposób, że wykonawca A. K. (1) miał otrzymać za etap II wynagrodzenie za budynek leśniczówki w kwocie 252.942,06 zł netto (273.177,42 zł brutto) i za budynek gospodarczy w kwocie 11.000 zł netto (13.530 zł brutto), natomiast za etap III miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości 35.357,94 zł netto (38.186,58 zł brutto) za budynek leśniczówki, w wysokości 17.200 zł netto (21.156 zł brutto) za zjazd oraz w wysokości 11.700 zł netto (14.391 zł brutto) za obrodzenie.

Aneksem nr (...) zmieniono również § 8 umowy nr (...) w ten sposób, że etap II miał obejmować co do budynku leśniczówki: instalacje zewnętrzne (roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych, przyłącze ze studnią wodomierzową i zewnętrzna instalacja wodociągowa, zagospodarowanie wód opadowych), instalacje wewnętrzne, prace wykończeniowe (posadzki, tynk, okładziny ścian i sufitów wewnętrznych), inne prace budowlane oraz co do budynku gospodarczego: instalacje zewnętrzne, instalacje wewnętrzne i prace wykończeniowe (posadzki, tynki, okładziny ścian i sufitów wewnętrznych). Etap III miał z kolei obejmować co do budynku leśniczówki instalacje zewnętrzne (roboty elektryczne – montaż w słupku betonowym kasety bramowej, montaż elektromechanicznych elementów blokujących – elektrozaczep w wykonaniu standard, montaż elektromechanicznych elementów blokujących – samozamykacz do bramy i furtki, przyłącze i instalacje sanitarne zewnętrzne kanalizacji sanitarnej), a także inne roboty budowlane; budowę zjazdu oraz ogrodzenia. Płatności miały być dokonywane pod dokonaniu odbioru kolejnych etapów realizacji robót. Aneks miał wejść w życie dnia 1 grudnia 2013 r.

Przed podpisaniem aneksu nr (...) to A. K. (1) przesłał jego pierwotny projekt, który później modyfikowało Nadleśnictwo M.. A. K. (1) składał do nich pewne zastrzeżenia, zgodził się jednak na wersję pozwanego, ponieważ chciał uzyskać zapłatę za już wykonane prace objęte etapem II według aneksu nr (...), a obawiał się o płynność finansową swojego przedsiębiorstwa.

A. K. (1) pismem z dnia 30 listopada 2013 r. dokonał zgłoszenia Nadleśnictwu M. gotowości do odbioru etapu II robót. Wcześniej – dnia 29 listopada 2013 r. – gotowość do dokonania odbioru etapu II wpisał do dziennika budowy. Częściowego odbioru robót obejmującego etap II dokonano dnia 9 grudnia 2013 r. i sporządzono z tej czynności protokół nr (...). Komisja odbiorowa złożona z przedstawicieli Nadleśnictwa M. i przy udziale A. K. (1) i przedstawiciela Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w S.. Komisja stwierdziła, że budowa leśniczówki z budynkiem gospodarczym w etapie II została wykonana pod względem technicznym w sposób właściwy i bez usterek, w związku z czym uznała roboty za odebrane zgodnie z umową. Sporządzono również załącznik do protokołu, w którym wskazano na stwierdzenie usterek takich jak: nieuszczelnione parapety okien z elewacją, gniazdo i włącznik elektryczny za blisko zamontowane zbiornika buforowego instalacji grzewczej, uszkodzona elewacja w ścianie szczytowej okna od salonu oraz nieuszczelniona posadzka w pomieszczeniu kotłowni. Wykonawca miał usunąć te usterki w terminie do 13 grudnia 2013 r. Poza drobnymi usterekami budynek leśniczówki oraz garażu – budynku gospodarczego były wykończone. Ogrodzenie z siatki było wykonane, ale nie w całości. Co do instalacji elektrycznej nie była ona wykonana w zakresie w jakim dotyczyła ogrodzenia – bramy i furtek.

Po dokonaniu odbioru II etapu najważniejszymi pracami do wykonania było przyłącze kanalizacji sanitarnej i utwardzenie terenu, jednak prace nie były prowadzone z uwagi na oczekiwanie na decyzję w sprawie zmiany pozwolenia na budowę.

Dnia 6 grudnia 2012 r. przedłużono gwarancję ubezpieczeniową nr (...) w zakresie odpowiedzialności z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania robót budowlanych do daty podpisania przez wykonawcę i beneficjenta protokołu odbioru końcowego należycie wykonanych robót budowlanych, jednak nie dłużej niż do dnia 30 czerwca 2014 r., zaś w zakresie odpowiedzialności gwaranta z tytułu nieusuniętych wad fizycznych od dnia 1 lipca 2014 r. do dnia 15 lipca 2017 r.

Dnia 9 grudnia 2013 r. A. K. (1) wystawił Nadleśnictwu M. fakturę VAT nr (...) z terminem zapłaty dnia 23 grudnia 2013 r. na łączną kwotę 288.128,34 zł brutto za budowę budynku leśniczówki na terenie działki nr (...), ul. (...), obręb (...) – uzupełnienie etapu I – za kwotę 1.315,66 zł netto (brutto 1.420,91 zł); za budowę budynku leśniczówki na terenie działki nr (...), ul. (...), obręb (...) – etap II zgodnie z aneksem nr (...) – za kwotę 252.942,06 zł netto (brutto 273.177,42 zł); oraz za budowę budynku gospodarczego na terenie działki nr (...), ul. (...), obręb (...) wraz z robotami zewnętrznymi – etap II – za kwotę 11.000 zł netto (13.530 zł brutto). Faktura ta została przez Nadleśnictwo M. zapłacona.

Pismem z dnia 19 grudnia 2013 r. A. K. (1) wezwał, powołując się na art. 647 k.c., Nadleśnictwo M. do przekazania kompletnej i uzgodnionej dokumentacji na wykonanie przyłącza kanalizacyjnego uwzględniającego także zmiany w zagospodarowaniu terenu przekazane mu dnia 22 listopada 2013 r. Wskazał przy tym, że oczekuje dostarczenia mu kompletnej dokumentacji projektowej wraz z prawomocną decyzją pozwolenia na budowę oraz decyzją o zajęciu pasa drogowego na czas wykonywania przyłącza w terminie do dnia 30 grudnia 2013 r. pod rygorem odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Między A. K. (1) a Nadleśnictwem M. pojawił się również spór co do kosztów ogrzewania i dozoru budynków na placu budowy przez dalszy okres budowy, w szczególności przez zimę. Nadleśnictwo M. stało na stanowisku, że to A. K. (1) obciążają te koszty zgodnie z umową nr (...) w ramach ustalonego w umowie tej wynagrodzenia. Na spotkaniu dnia 16 grudnia 2013 r. Nadleśnictwo zaoferowało, że jest skłonne pokrywać 50% kosztów ogrzewania budynku leśniczówki do temperatury 8°C oraz dozoru obiektu do czasu rozpoczęcia prac budowlanych III etapu. A. K. (1) nie zgadzał się z takim stanowiskiem i dnia 2 stycznia 2014 r. zaoferował Nadleśnictwu M. zawarcie kolejnych aneksów do umowy nr (...), którymi ograniczono by zakres robót do wykonania w ramach tej umowy wyłączając z niej budowę przyłącza; złożył także ofertę na dozоровanie placu budowy i ogrzewanie budynku leśniczówki w M. przy ul. (...) w okresie od

10 stycznia 2014 r. do 30 kwietnia 2014 r. (tj. przez 110 dób). Wskazał przy tym, że koszt jednej doby to 1.293,94 zł, a zatem koszt za cały wskazany w ofercie okres wynosiłby 142.333,40 zł powiększone o 2.500 zł kosztu ubezpieczenia budynków oraz 14.233 zł z tytułu jego wynagrodzenia w wysokości 10% kosztów. W sumie zaoferował wykonanie wskazanej usługi dozoru placu budowy i ogrzewania budynku leśniczówki za kwotę 159.000 zł netto.

Dnia 2 stycznia 2014 r. Starosta (...) wydał decyzję nr (...), którą zmienił na wniosek Nadleśnictwa M. decyzję nr (...) z dnia 3 kwietnia 2012 r. o pozwoleniu na budowę budynku mieszkalnego jednorodzinnego – leśniczówki o powierzchni zabudowy 123,20 m² w ten sposób, że na stronie 3 decyzji w wierszu 23 dodaje punkt 5 o następującej treści „5. Aneks do projektu budowlanego”, a zatem dokonał zmiany pozwolenia na budowę zgodnie z wnioskiem strony. Nadleśnictwo uzyskało zezwolenie na zmianę projektu przyłącza kanalizacji sanitarnej, tak by uniknąć kolizji. Rozwiązaniem, na które wyrażono zgodę było zamontowanie kanalizacji ze studnią przęzną.

E-mailem z dnia 7 stycznia 2014 r. projektant przesłał Nadleśnictwu M. skan pozwolenia na budowę dla leśniczówki w M.. Wskazano też, że projekt obejmuje zarówno zmiany przyłącza, jak i dokonane zmiany zagospodarowania terenu, zaś dokumentacja projektowa z oryginałami uzgodnień oraz protokołem przekazania przesłana miała być pocztą. W dniu 9 stycznia 2014 r. skan decyzji przesłany został przez Nadleśnictwo powodowi. Dnia 10 stycznia 2014 r. Nadleśnictwo przesłało również faksem pismo Marszałka Województwa (...), którym przedłużono termin ważności czasowej organizacji ruchu na czas budowy zjazdu przy ul. (...) w M. w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) na warunkach zatwierdzenia z dnia 22 października 2012 r. na okres do 30 czerwca 2014 r.

Pismem z dnia 12 stycznia 2014 r., które doręczono Nadleśnictwu M. dnia 13 stycznia 2014 r., A. K. (1) złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z dnia 17 września 2012 r. na wykonanie zadania „Budowa budynku leśniczówki z budynkiem gospodarczym na terenie działki nr (...), ul. (...), obręb (...)”. Wskazał w nim, że wzywał Nadleśnictwo M. do przekazania kompletnej dokumentacji na wykonanie przyłącza kanalizacyjnego ze zmianami w zagospodarowaniu terenu wprowadzonymi przez zamawiającego, lecz Nadleśnictwo nie dostarczyło tych dokumentów w określonym terminie, powołał się również na nieustosunkowanie się przez Nadleśnictwo do złożonych przez niego ofert zawarcia kolejnych aneksów oraz odrębnej umowy na wykonanie dozoru placu budowy i budynku leśniczówki oraz jego ogrzewanie.

Jednocześnie powód wskazał, że inwentaryzacja będzie wykonana dnia 16 stycznia 2014 r. od godziny 10⁰⁰. Wezwał też zamawiającego do dokonania w ciągu 14 dni od otrzymania oświadczenia odbioru robót przerwanych i zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia od umowy, a także wezwał do odkupienia materiałów, konstrukcji i urządzeń zakupionych do realizacji umowy, przejęcia pod swój dozór przez Nadleśnictwo M. terenu budowy z dniem odbioru oraz niezwłocznego zwrotu, nie później niż w terminie 3 dni od otrzymania oświadczenia, oryginału zabezpieczenia należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad w postaci „Gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad nr (...)” udzielonej w dniu 14 września 2012 r. przez Towarzystwo (...) S.A. wraz z aneksami nr (...).

Nadleśnictwo ustosunkowało się do oferty A. K. (1) na dozór i ogrzewanie leśniczówki oraz do oświadczenia o odstąpieniu pismem z dnia 14 stycznia 2014 r., w którym w pierwszej kolejności wskazało, że w jego ocenie A. K. (1) zawyżył znacznie cenę za usługę dozoru i ogrzewania, a ponadto zaoferowana przez niego kwota znacznie przekracza kwotę 14.000 EUR, a zatem nie podlega zwolnieniu, o którym mowa w art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także, według Nadleśnictwa M., nie stanowi zamówienia dodatkowego.

Odnosząc się do wskazanej przez A. K. (1) podstawy odstąpienia od umowy Nadleśnictwo M. podniosło, że A. K. (1) wiedział o konieczności zmiany dokumentacji i m.in. z tej przyczyny zawierano kolejne aneksy do umowy oraz dokonano nowego etapowania prac, jak również, że A. K. (1) wcześniej oświadczał, że otrzymał wszystkie uzgodnienia i rozpoczął prace dnia 29 października 2012 r. Nadleśnictwo podkreśliło, że gdy to A. K. (1) potrzebował czasu na uzyskanie niezbędnych uzgodnień, to Nadleśnictwo wykazywało wolę współpracy i nie narzucało mu terminów uzyskania tych uzgodnień, podczas gdy teraz A. K. (1) wyznacza nierealny termin dostarczenia dokumentacji, choć ma wiedzę, że postępowanie administracyjne dotyczące uzyskania zmiany dokumentacji i pozwolenia na budowę jest

w toku. Nadleśnictwo podniosło również, że dnia 9 stycznia 2014 r. drogą e-mailową poinformowało A. K. (1), że uzyskało decyzję o pozwoleniu na budowę z dnia 2 stycznia 2014 r., co świadczy o jego woli współpracy. Wskazano też, że termin wyznaczony przez A. K. (1) nie był „odpowiednim dodatkowym terminem” z art. 491 § 1 k.c.

Nadleśnictwo zakwestionowało też, że na gruncie umowy nr (...) A. K. (1) jako wykonawcy przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, nadto, że co do odkupu materiałów na podstawie § 21 ust. 4 umowy potrzebne jest wykazanie, które materiały nie nadają się do wykorzystania przez wykonawcę do realizacji innych robót.

Dnia 16 stycznia 2014 r. dokonano przy udziale przedstawicieli Nadleśnictwa M. oraz A. K. (1) spisu z natury budowy leśniczówki z budynkiem gospodarczym na terenie działki nr (...), przy ul. (...), obręb (...).

Pismem z dnia 17 stycznia 2014 r. Nadleśnictwo M. wezwało A. K. (1) na podstawie § 21 ust. 1 umowy nr (...) do sporządzenia przy udziale zamawiającego szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót w toku na dzień odstąpienia od umowy w terminie do dnia 21 stycznia 2014 r.

Dnia 20 stycznia 2014 r. powód przekazał Nadleśnictwu M. sporządzoną przez siebie wycenę inwentaryzacji robót w toku i materiałów (w oparciu o spis z natury). Wskazał przy tym, że wyceny dokonał opierając się na umowie i aneksach do niej, a także na fakturach zakupu, które dołączył do wyceny.

Zgodnie z wyceną budynek leśniczówki (etap III) miał wartość 35.357,94 zł, budynek garażu (etap III) miał wartość 0 zł, ogrodzenie z siatki (etap III) miało wartość 3.415,85 zł (w oparciu o fakturę VAT powiększoną o 1.200 zł za montaż 60 mb siatki), zjazd na działkę (etap III) miał wartość 17.200 zł. W zakresie zaś materiałów zakupionych brama przesuwana miała wartość 1.785,37 zł, dwie furtki miały w sumie wartość 500,84 zł, 17 sztuk paneli ogrodzeniowych miało wartość w sumie 857,99 zł, 3.360 sztuk cegły klinkierowej miało łącznie wartość 3.528 zł, a 8,4 mb rury fi 273*6,5 miało wartość w sumie 3.329,34 zł. Razem wycena opiewała na kwotę 65.975,33 zł.

Pismem z dnia 28 stycznia 2014 r. Nadleśnictwo M. odwołało termin odbioru robót wyznaczony na dzień 29 stycznia 2014 r. Jednocześnie oświadczyło, że w jego ocenie brak jest podstaw faktycznych i prawnych do odstąpienia przez A. K. (1) od umowy nr (...) z dnia 17 września 2012 r., bowiem zgodnie z postanowieniami umowy prawo odstąpienia od umowy przysługuje wyłącznie zamawiającemu. Z tej też przyczyny Nadleśnictwo odmówiło dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy i przejęcia placu budowy, bowiem przedmiot umowy nie został wykonany w całości, a stanowi to nienależyte wykonanie umowy.

Z kolei A. K. (1) pismem z dnia 29 stycznia 2014 r. wezwał Nadleśnictwo M. do odbioru robót i przejęcia placu budowy w dniu 31 stycznia 2014 r. o godzinie 11⁰⁰, pod rygorem dokonania jednostronnego odbioru w przypadku niestawiennictwa przedstawicieli Nadleśnictwa. Poinformował też, że z dniem 31 stycznia 2014 r. przestanie pełnić obowiązki kierownika budowy.

Nadleśnictwo odpowiedziało swoim pismem z dnia 29 stycznia 2014 r. doręczonym A. K. (1) dnia 6 lutego 2014 r.), w którym podtrzymało swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 28 stycznia 2014 r., iż nigdy nie zaszła podstawa prawna uprawniająca A. K. (1) do odstąpienia od umowy nr (...), a w związku z tym Nadleśnictwo odmówiło odbioru robót i przejęcia placu budowy.

A. K. (1) dnia 31 stycznia 2014 r. dokonał jednostronnego odbioru robót i przekazania do użytkowania oraz sporządził protokół tej czynności. Wskazał w nim, że budynek mieszkalny został wykonany w całości, a wartość wykonanych robót wynosi 558.300 zł netto, budynek gospodarczy został wykonany w całości, a wartość wykonanych robót wynosi 41.000 zł netto, zjazd na działkę został wykonany w całości, a wartość wykonanych robót wynosi 17.200 zł, ogrodzenie z siatki zostało wykonane wg inwentaryzacji, a wartość wykonanych robót wynosi 3.415,85 zł netto, pozostała brama – materiał o wartości 1.785,37 zł netto, furtki 2 sztuki – materiał o wartości 500,84 zł netto, panele ogrodzenia 17 sztuk – materiał o wartości 857,99 zł netto, cegła klinkierowa 3360 sztuk – materiał o wartości 3.528 zł netto, rura stalowa fi 273 mm*6,5 mm L = 8,4 mb – materiał o wartości 3.329,34 zł netto.

A. K. (1) wskazał przy tym w treści protokołu na okoliczności odstąpienia od umowy oraz o zgłoszeniu gotowości do odbioru, a także, iż inwentaryzacja wykonanych robót z zestawieniem materiałów złożonych na placu budowy została sporządzona dnia 16 stycznia 2014 r. i stanowi załącznik do protokołu. Wykonawca przekazał też tego dnia zamawiającemu dokumentację powykonawczą i klucze.

Wykonane było przez niego ogrodzenie boczne i tylne, nie było wykonanej bramy wjazdowej oraz 7 m ogrodzenia – z uwagi na konieczność wstawienia bramy. Zjazd był wykonany już wcześniej – w 2012 r.

Przedstawiciele Nadleśnictwa M. A. P. (1) i A. Z. oraz Komendant Straży Leśnej Z. W. dokonali dnia 31 stycznia 2014 r. oględzin placu budowy, po czym dnia 3 lutego 2014 r. sporządzili notatkę służbową. Stwierdzili m.in., że wjazd nie był zabezpieczony, ogrodzenie frontowe częściowo było zabezpieczone siatką, a częściowo deskami przeplatanymi taśmą, sprawdzili dostępność pomieszczeń z użyciem zdanych przez A. K. (1) kluczy. Ustalili też, że we wnętrzu leśniczówki była temperatura około 1°C. Stwierdzili też, że wykonawca nie usunął usterek, do których usunięcia był zobowiązany, a na ścianie szczytowej budynku mieszkalnego od strony części mieszkalnej stwierdzili pęknięcie elewacji.

Wskazali też, że w budynku gospodarczym w garażu znajdowały się elementy ogrodzenia: siatka, brama przesuwna, mechanizmy do bramy i elementy ogrodzenia z siatki oraz przęsła (zgodnie ze spisem z natury), na placu przy budynku gospodarczym znajdowało się 8 palet cegły klinkierowej opakowanych folią, przy wjeździe na posesję znajdowała się niekompletna, niezabezpieczona paleta z kostką brukową w ilości 82 sztuk całych i 1 połowa, a także znajdowała się rura metalowa niezabezpieczona przed działaniem warunków atmosferycznych, uniemożliwiająca przejazd w tym miejscu.

Po złożeniu przez A. K. (1) oświadczenia o odstąpieniu od umowy Nadleśnictwo M. występowało jeszcze do niego o wznowienie prac.

A. K. (1) wystawił Nadleśnictwu M. fakturę (...) na łączną kwotę 75.845,97 zł brutto z terminem płatności do dnia 13 lutego 2014 r. za budynek leśniczówki etap III – 35.357,94 zł (brutto 38.186,58 zł), ogrodzenie z siatki etap III – 3.415,85 zł (brutto 4.201,40 zł), wjazd na działkę etap III – 17.200 zł (brutto 21.156 zł), bramę przesuwą – 1.785,37 zł (brutto 2.196,01 zł), furtki 2 sztuki – 500,84 zł (brutto 616,03 zł), panele ogrodzeniowe 17 sztuk – 857,99 zł (brutto 1.055,33 zł), cegły klinkierowe 3.360 sztuk – 3.528 zł (brutto 4.339,44 zł), rurę stalową fi 273 mm x 6,5 mm 8,40 mb – 3.329,34 zł (brutto 4.095,09 zł).

Pismem z dnia 4 lutego 2014 r. Nadleśnictwo M. odmówiło zapłaty za fakturę nr (...) podnosząc, że została wystawiona przedwcześnie, gdyż roboty budowlane w zakresie etapu III nie zostały przez A. K. (1) zakończone. Nadleśnictwo powtórzyło również argumentację dotyczącą braku podstaw do odstąpienia od umowy przez wykonawcę, a także wezwało A. K. (1) do realizacji przedmiotu umowy nr (...) etapu III w terminie do dnia 31 maja 2014 r.

Dnia 11 lutego 2014 r. A. K. (1) skierował do Nadleśnictwa M. przedsądowe wezwanie do zapłaty w terminie 7 dni kwoty 75.845,97 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 lutego 2014 r. z tytułu zapłaty za fakturę (...).

Nadleśnictwo M. pismem z dnia 27 lutego 2014 r. poinformowało A. K. (1), że w związku z zaprzestaniem przez niego realizacji umowy nr (...) z dnia 17 września 2012 r., naliczyło mu karę umowną na podstawie § 18 ust. 2 umowy w wysokości 62.820 zł, uznając, że zaprzestanie wykonania umowy – nazwane przez A. K. (1) odstąpieniem od umowy – nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po jego stronie. Jednocześnie wezwało A. K. (1) do zapłaty kary umownej w terminie 7 dni od doręczenia pisma.

Dnia 30 kwietnia 2014 r. A. P. (2) sporządził na zlecenie Nadleśnictwa M. specyfikację niewykonanych lub nienależycie wykonanych robót etapu III wg aneksu nr (...) do umowy nr (...) z dnia 17.09.2012 r. Wskazał, że co do budynku leśniczówki nie wykonano instalacji zewnętrznych: roboty elektryczne – montaż kaset bramowych w słupkach ogrodzenia, elektromechanicznych elementów blokujących (samozamykacze do bramy i furtki), oraz roboty sanitarne

– zewnętrzna kanalizacja sanitarna wraz z przyłączem. Roboty te miały mieć wartość 35.357,94 zł netto (38.186,58 zł brutto).

Co do zjazdu wskazał, że nienależycie wykonano roboty związane z wykonaniem zjazdu (bowiem wykonawca nie zgłosił odbioru warstw ulegających zakryciu, nie skompletował dokumentacji odbiorowej – brak badań, pomiarów, protokołów odbioru robót wymaganych zgodnie z umową, wykonał nawierzchnię z wadami, które kwalifikują ją do rozbiórki, nie wykonał przepustów kanalizacji teletechnicznej pod zjazdem). Wartość robót określono na kwotę 17.200 zł netto (21.156 zł brutto). W zakresie ogrodzenia wskazał, że nie zostało wykonane co do ogrodzenia frontowego z furkami i osłoną śmietnika, bramą wjazdową oraz ogrodzeniem z siatki na słupkach stalowych (przy czym ogrodzenie z siatki zostało rozpoczęte i niezakończony). Wartość robót określono na 11.700 zł netto (14.391 zł brutto).

Pismem z dnia 7 maja 2014 r. Nadleśnictwo M. wezwało A. K. (1), na podstawie art. 222 k.c., do wydania nieruchomości stanowiącej własność Skarbu Państwa położonej w M. przy ul. (...) na działce nr (...), obręb (...) w stanie wolnym od rzeczy stanowiących jego własność: cegły klinkierowej 3.360 sztuk, rury 8,4 mb fi 273*6,5, dwóch furtek, 17 panelów ogrodzeniowych i bramy przesuwnej, w terminie 14 dni od doręczenia wezwania, pod rygorem naliczenia wynagrodzenia za bezumowne korzystanie z nieruchomości.

Nadleśnictwo wskazało też, że nigdy nie przejęło własności tych rzeczy na podstawie § 21 ust. 4 umowy, bowiem wykonawca nie sporządził wykazu rzeczy, które nie mogą być wykorzystane przez niego przy realizacji innych robót nie objętych umową, a w ocenie Nadleśnictwa są to materiały, które mogą być wykorzystane przy realizacji każdej budowy, gdyż są to materiały typowe. Dodało też, że w jego ocenie odstępienie od umowy nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie A. K. (1).

A. K. (1) nie odebrał stanowiących jego własność rzeczy wskazanych w wezwaniu do wydania z dnia 7 maja 2014 r.

Pismem z dnia 8 maja 2014 r. Nadleśnictwo M. wezwało Towarzystwo (...) S.A. jako gwaranta do zapłaty kwoty 62.820 zł na podstawie pkt. 1-4 gwarancji nr (...) z tytułu kary umownej naliczonej A. K. (1) na podstawie § 18 ust. 2 umowy nr (...). Nadleśnictwo wskazało w uzasadnieniu, że karę naliczono w związku z bezzasadnym odstępieniem wykonawcy od umowy, chociaż w dniu 9 stycznia 2014 r. otrzymał dokumentację niezbędną do kontynuacji robót przewidzianych aneksem nr (...) do umowy, jak również warunki pogodowe w 2014 r. to umożliwiały. Nadleśnictwo wyjaśniło, że stosownie do § 18 ust. 2 umowy mogło jako zamawiający obciążyć wykonawcę karą umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia netto określonego w § 7 ust. 1 umowy. Wynagrodzenie to łącznie miało wynosić 628.200 zł netto, więc kara umowna wynosząca 10% to 62.820 zł, niemniej z uwagi na ograniczenie odpowiedzialności gwaranta do kwoty 34.447,05 zł Nadleśnictwo zażądało zapłaty tej właśnie kwoty.

W marcu i w maju 2014 r. Nadleśnictwo M. poniosło koszty dostarczenia energii elektrycznej do leśniczówki w M. w kwocie 6.480,06 zł w marcu, oraz 4.375,92 zł w maju. Poniosło też koszty składki ubezpieczeniowej budynku mieszkalnego leśniczówki.

Towarzystwo (...) S.A. wypłaciło Nadleśnictwu M. kwotę 34.447,05 zł na podstawie gwarancji nr (...).

Dnia 8 sierpnia 2014 r. Towarzystwo (...) S.A. w związku ze zrealizowaniem na rzecz beneficjenta gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) korzystając z regresu wezwało A. K. (1) do zapłaty kwoty 34.447,05 zł w terminie do dnia 22 sierpnia 2014 r. A. K. (1) dokonał zapłaty żądanej kwoty dnia 21 sierpnia 2014 r.

Pismem z dnia 6 marca 2015 r. Nadleśnictwo wezwało A. K. (1) jako osobę, która pełniła funkcję kierownika budowy, do wyjaśnienia niezgodności wynikających z mapy inwentaryzacji powykonawczej budynku leśniczówki i budynku gospodarczego wraz z przyłączami wykonanej w dniu 24 stycznia 2014 r. oraz doprowadzenia do stanu zgodnego z prawem, bowiem przebieg sieci, wg Nadleśnictwa, jest niezgodny z projektem (...), z dnia 22.02.2012 r. oraz (...) z dnia 27.11.2013 r.

Wezwało też o uzupełnienie dokumentacji powykonawczej m.in. o oświadczenie kierownika budowy potwierdzone przez projektanta i inspektora nadzoru inwestorskiego o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także, w razie korzystania, drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu; przedłożenia świadectwa charakterystyki energetycznej budynku, oraz oświadczenia osób posiadających stosowne kwalifikacje zawodowe i uprawnienia budowlane w zakresie zgodności wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją techniczną, obowiązującymi przepisami, normami i warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót.

Termin zakreślono A. K. (1) na dzień 10 marca 2015 r. o godzinie 10⁰⁰. Pismo doręczono A. K. (1) dnia 10 marca 2015 r. Kolejnym pismem Nadleśnictwo ponowiło wezwanie A. K. (1) na termin 26 marca 2015 r. na godzinę 10⁰⁰, pod rygorem złożenia skargi do rzecznika odpowiedzialności zawodowej. Pismo to doręczono A. K. (1) dnia 16 marca 2015 r. Prace, które nie zostały wykonane przez A. K. (1) zostały następnie wykonane przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy zasądził kwotę 25.357,50 zł z odsetkami od 14 lutego 2014 r. i oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Ustalając stan faktyczny sprawy Sąd Okręgowy oparł się przede wszystkim na dowodach z dokumentów przedłożonych przez strony, w szczególności umowy nr (...), a także aneksie nr (...). Sąd stan faktyczny ustalił również w oparciu o zeznania świadków. Najważniejsze znaczenie miały przy tym w zakresie w jakim pozwoliły ustalić, które z robót nie ujętych w protokołach odbioru I i II etapu w rzeczywistości zostały przez powoda wykonane, a które wykonane nie zostały. Znaczenie miało tu m.in. to, że zarówno powód jak i reprezentantka pozwanego zgodnie twierdzili, że strony umówiły się co do tego, że ogrodzenie zostanie wykonane poza 7 m z uwagi na niezamontowanie bramy wjazdowej, jak również co do tego że wjazd na posesję (określany zamiennie słowem „zjazd”) został wykonany jeszcze w trakcie realizacji etapu I – na początku budowy w 2012 r., jednakże z uwagi na to, że do wykonania przewidziany był pierwotnie w II, a ostatecznie w III etapie, nie został wcześniej rozliczony. Zeznania świadków, w połączeniu z dokumentami pozwoliły również na ustalenie jakie materiały budowlane i w jakiej ilości powód pozostawił na gruncie – działce nr (...) – należącym do pozwanego, jak też pozwoliły na ustalenie faktów dotyczących procedury uzyskania decyzji w sprawie zmiany pozwolenia na budowę oraz decyzji w sprawie wyrażenia zgody na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej.

Sąd Okręgowy wskazał, że powód dochodził w niniejszym procesie ostatecznie (po rozszerzeniu powództwa) trzech roszczeń.

Pierwsze z nich opiewało na kwotę 63.544,07 zł brutto i stanowiło roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty wykonane do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy nr (...), które dotychczas nie zostało przez pozwanego zapłacone. Roszczenie to stricte związane było z wykonywaniem umowy o roboty budowlane, a zatem podstawę prawną tego roszczenia stanowi art. 647 k.c. zmodyfikowany przez strony na mocy § 21 ust. 7 pkt 1 umowy nr (...).

Drugie roszczenie było roszczeniem o zapłatę kwoty 12.301,90 zł brutto za przeniesienie na pozwanego własności materiałów budowlanych zakupionych przez powoda i pozostawionych na terenie budowy. Podstawę prawną tego roszczenia stanowi art. 354 § 1 k.c., zaś skonkretyzowaną treść zobowiązania pozwanego określał § 21 ust. 7 pkt 2 umowy nr (...).

Trzecie roszczenie – o zapłatę kwoty 34.447,05 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 sierpnia 2014 r. – powód wywodził z niezasadnego, jego zdaniem, zaspokojenia się przez pozwanego z gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) udzielonej na zabezpieczenie roszczeń pozwanego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez powoda. W ocenie Sądu należało wziąć w tym miejscu pod uwagę przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, tj. art. 405 k.c.

Dla oceny wskazanych wyżej roszczeń powoda podstawowe znaczenie miała okoliczność, czy dokonał on skutecznego odstąpienia od umowy nr (...) oświadczeniem z dnia 12 stycznia 2014 r., które dotarło do adresata – pozwanego – dnia 13 stycznia 2014 r., a w szczególności, czy zaistniały podstawy do odstąpienia.

Umowa nr (...) nie określała przypadków, w których powodowi przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, niemniej uprawnienie takie po stronie powoda istniało na mocy art. 491 § 1 k.c. Aby zaktualizowała się norma kompetencyjna odczytywana z tego przepisu niezbędne jest kumulatywne spełnienie trzech przesłanek: po pierwsze jedna ze stron dopuszcza się zwłoki (zawinionego opóźnienia) w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, po drugie druga strona wyznaczyła jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania, pod rygorem odstąpienia od umowy w przypadku jego bezskutecznego upływu i po trzecie – ten dodatkowy termin bezskutecznie upłynął.

W niniejszej sprawie zobowiązaniem, którego wykonania w ramach umowy nr (...) domagał się od pozwanego powód, było dostarczenie przez pozwanego (jako inwestora), decyzji w sprawie zmiany pozwolenia na budowę, dokumentacji niezbędnej do wykonania przyłącza kanalizacji sanitarnej, decyzji w sprawie zgody na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej, do czego pozwany zobowiązany był na mocy umowy o roboty budowlane nr (...).

W ocenie sądu opóźnienia po stronie pozwanego w zakresie obowiązków związanych z dostarczeniem wskazywanej dokumentacji nie sposób uznać za zawinione, a zatem za dopuszczenie się przez niego zwłoki. Data wydania przez organy administracji publicznej decyzji administracyjnych była bowiem niezależna od pozwanego. Pozwany nie miał zatem żadnego wpływu – dopóki trwała ona w okresie przewidzianym przez przepisy procedury administracyjnej – na szybkość tego postępowania.

Sąd I instancji podkreślił, że obie strony zgodziły się na zmianę umowy nr 2012/29 aneksem nr (...), którym termin zakończenia robót objętych etapem III ustalono na dzień 31 maja 2014 r. Tym samym termin zakończenia wszystkich robót ustalono na ten dzień. W samym aneksie nie przewidziano terminu do złożenia decyzji o zmianie pozwolenia na budowę, decyzji w sprawie tymczasowej organizacji ruchu i zezwolenia na zajęcie pasa drogowego. Ta obopólna zgoda na przedłużenie terminu sprawia, że nie można rozpatrywać pod kątem ewentualnej zwłoki w wykonywaniu zobowiązań przez którąkolwiek ze stron zdarzeń zaistniałych przed tą datą. Skoro bowiem obie strony godziły się na zmianę terminu, to w konsekwencji godziły się, że terminowość ich wywiązywania się z wzajemnych zobowiązań należy rozpatrywać przez pryzmat treści tego aneksu nr (...). Wtórne zatem znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miało to, czy pozwany przed zawarciem aneksu nr (...) w odpowiednim terminie podejmował właściwe czynności, aby rozwiązać problem kolizji zaprojektowanego przyłącza kanalizacji sanitarnej z istniejącymi, a ujawnionymi dopiero w chwili wykonania wykopu, rurociągami. Istotne jest, że aneks ten został podpisany już po wystąpieniu o zmianę pozwolenia na budowę. Pozwany zaś niezwłocznie po uzyskaniu wiedzy o treści, nieprawomocnej jeszcze, decyzji powiadomił powoda.

Nadto, skoro została wydana decyzja o zmianie pozwolenia na budowę zgodna z wnioskiem o wydanie takiej decyzji, to musiały być już sporządzone odpowiednie projekty pozwalające na wykonanie przyłącza kanalizacji sanitarnej, którego ta decyzja dotyczyła. Z e-maila projektanta z dnia 7 stycznia 2014 r. wynikało, że dokumentacja ta zostanie niezwłocznie przekazana Nadleśnictwu.

Powyższe wnioskowanie prowadzi do konkluzji, że jeszcze przed dniem 13 stycznia 2014 r., a zatem przed dniem, w którym powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...), istniała potrzebna do wykonania przyłącza kanalizacji sanitarnej dokumentacja projektowa, jak również decyzja umożliwiająca wykonanie tego przyłącza. Powód powinien był zatem zdawać sobie sprawę, że kontynuacja robót będzie wkrótce możliwa; nie sposób bowiem zasadnie twierdzić, że pozwany stawiałby przeszkody w wydaniu powodowi sporządzonej w tym celu dokumentacji projektowej.

Przed złożeniem przez powoda dnia 13 stycznia 2014 r. oświadczenia o odstąpieniu od umowy nr (...) został on również poinformowany o treści decyzji dotyczącej zgody na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej. Powód znał zatem wynik postępowań administracyjnych i mógł się z dozą prawdopodobieństwa graniczącą z pewnością spodziewać się, że

wskazane decyzje administracyjne uprawomocnią się i wkrótce będzie mógł przystąpić do dalszego wykonywania robót III etapu, w szczególności dotyczących przyłącza kanalizacji sanitarnej.

Powód kwestionował wprawdzie przydatność decyzji dotyczącej wyrażenia zgody na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej, przekazanej mu przez pozwanego w dniu 10 stycznia 2014 r., jednakże weryfikacja twierdzeń powoda w tym zakresie wymagała wiadomości specjalnych, a zatem przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Zgłoszony w piśmie z dnia 4 grudnia 2015 r. (k. 831) wniosek powoda o przeprowadzenie takiego dowodu Sąd oddalił, uznając go za spóźniony. W tym też zakresie okoliczności podnoszone przez powoda uznać należało za nieudowodnione stosownie do art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c.

Niezależnie jednak od tego, czy decyzja dotycząca przedłużenia decyzji o zezwoleniu na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej była przydatna dla wykonania przyłącza kanalizacji, dopiero po otrzymaniu takiej decyzji powód powinien był wskazać na taki fakt i dostrzeżone wady, czy braki, oraz wyznaczyć odpowiedni dodatkowy termin na uzyskanie i dostarczenie właściwej decyzji. Powód jednak tego nie uczynił, a jak wynikało z zeznań świadków, pozwany był przekonany, że wykonał prawidłowo swoje zobowiązanie w tym zakresie.

Także rozpatrując motywację powoda w zawarciu aneksu nr (...) należy wskazać, iż o ile zgoda na nadanie mu takiej, a nie innej, treści, mogła być spowodowana przede wszystkim potrzebą uzyskania zapłaty za już wykonane roboty budowlane, to ostatecznie na treść aneksu nr (...) powód się godził, a w sprawie nie wykazano, ażeby jego oświadczenie woli dotknięte było wadami. Z zasad doświadczenia życiowego wynika również, co potwierdził świadek A. P. (2), że powód zgadzając się na tak znaczne przedłużenie terminu robót – aż do dnia 31 maja 2014 r. – zdawał sobie sprawę z tego, że w toku są procedury administracyjne dotyczące przyłącza kanalizacji sanitarnej (zmiany pozwolenia na budowę), które muszą trwać określony czas, lecz później pozwolą na wykonanie pozostałych robót objętych etapem III. Trudno by było wyobrazić sobie motywację kontrahenta, który zgadza się na przedłużenie umowy o okres obejmujący kilka miesięcy, gdyby nie widział, że jego kontrahent rzeczywiście dąży do wykonania swoich zobowiązań, a w dalszej perspektywie całej umowy. W przeciwnym razie właśnie wtedy – gdy strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...) – spodziewać by się można wyznaczenia odpowiedniego dodatkowego terminu pod rygorem odstąpienia od umowy, nie zaś w okresie przypadającym już po zawarciu takiego aneksu.

Niezależnie od braku zwłoki po stronie pozwanego, warunkującej skuteczne odstąpienie od umowy, również sposób określenia terminu uniemożliwiał skorzystanie przez powoda z możliwości odstąpienia od umowy.

Nie budziło wątpliwości, że powód pismem z dnia 19 grudnia 2013 r., w którym domagał się dostarczenia kompletnej i uzgodnionej dokumentacji, powołując się na art. 647 k.c. wyznaczył pozwanemu na dzień 30 grudnia 2013 r. dodatkowy termin do wykonania spoczywającego na nim – jako na inwestorze – obowiązku. Wyznaczonego przez powoda terminu liczącego 11 dni (nadto przypadającego w okresie świąt Bożego Narodzenia) nie można, zdaniem sądu, uznać za termin odpowiedni w rozumieniu art. 491 § 1 k.c. Powód zdawał sobie sprawę z tego, że procedury administracyjne dotyczące wydania decyzji w sprawie zmiany pozwolenia na budowę są w toku. Powód musiał mieć świadomość, wyznaczając dodatkowy termin na dzień 30 grudnia 2013 r., że najprawdopodobniej pozwany w terminie tym nie zdoła wykonać ciężącego na nim jako na inwestorze zobowiązania. Dodatkowy termin wyznaczony przez powoda w niniejszej sprawie nie może zatem uznany za termin odpowiedni, o którym mowa w art. 491 § 1 k.c.

Powodowi zatem jako wykonawcy przysługiwało wynagrodzenie przewidziane umową o roboty budowlane nr (...), płatne na podstawie faktury wystawianej po dokonaniu odbioru kolejnych etapów robót. § 21 ust. 7 pkt 1 umowy nr (...) z kolei pozwalał powodowi na domaganie się zapłaty od pozwanego za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia, w przypadku gdy odstąpienie to nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Sąd nie uwzględnił żądania wynagrodzenia za wykonanie budynku leśniczówki wskazanego w pozycji nr 1 faktury nr (...), albowiem niezależnie od tego, jakie były pobudki towarzyszące powodowi przy podpisaniu aneksu nr (...), to zawarte w nim postanowienia są wiążące między stronami. Skoro zatem część prac przewidzianych pierwotnie w umowie wyodrębniono do etapu III i przypisano im określoną kwotę wynagrodzenia, to może być ona zapłacona

dopiero po wykonaniu tych właśnie prac. Tymczasem prace przewidziane w aneksie nr (...) do wykonania i rozliczenia w etapie III, faktycznie nie zostały wykonane, czego zresztą powód nie kwestionował.

Sąd nie znalazł przy tym podstaw do uznania postanowień aneksu w tym zakresie za nieważne, co zarzucał powód, niezależnie od tego, czy wykraczały one poza zakres robót przewidziany w ofercie złożonej przez powoda w postępowaniu przetargowym o udzielenie zamówienia publicznego. Należało w tym miejscu wziąć pod uwagę art. 140 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164), zgodnie z którym umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z przepisu tego nie wynika, ażeby postanowienia umowy, które wykraczają poza zakres oferty, były nieważne ex lege, a jedynie, że podlegają one unieważnieniu. Wprawdzie w poprzednim stanie prawnym – przed dniem 29 stycznia 2010 r., gdy brzmienie art. 140 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało zmienione ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), przepis ten przewidywał nieważność takich postanowień z mocy samego prawa, jednakże, biorąc pod uwagę datę ogłoszenia przetargu, złożenia oferty, rozstrzygnięcia przetargu i zawarcia w jego wyniku umowy nr (...), przepis ten w poprzednim brzmieniu nie miał zastosowania w niniejszej sprawie. Obecnie zatem sytuacja wskazywana przez powoda wymaga unieważnienia takich postanowień umowy w postępowaniu sądowym o ustalenie i dopiero prawomocne orzeczenie sądu mogłoby w niniejszej sprawie doprowadzić do nieuwzględnienia takiego postanowienia umowy, które wykracza poza zakres złożonej w postępowaniu przetargowym oferty.

W sytuacji jednak, gdy nie zostało takie postępowanie przeprowadzone, Sąd był związany postanowieniami aneksu nr (...), z których wprost wynika, które prace za kwotę 35.357,54 zł miały być wykonane przez powoda w etapie III jako prace dotyczące budynku leśniczówki. Nie było między stronami sporu co do tego, że roboty polegające na montażu kaset bramowych, elektrozaczepek, samozamykacza, jak również przyłącza kanalizacji sanitarnej, nie zostały wykonane przez powoda i z tych też względów jego roszczenie w tym zakresie okazało się niezasadne, niezależnie od tego, że sam budynek leśniczówki (co zostało wykazane) został odebrany już w drugim etapie. Kwota przyporządkowana w aneksie nr (...) budynkowi leśniczówki, w istocie dotyczyła prac zewnętrznych jedynie w zakresie swojej funkcjonalności, czy podłączenia związanych z budynkiem leśniczówki. Prace te zatem, co oczywiste, nie mieściły się w obrysie budynku, a zatem nie można było uznać, że wykazano, ażeby zostały wykonane (choć nie było sporu co do tego, że powód wszystkie prace w obrysie budynku wykonał).

Uwzględnieniu przez Sąd podlegało natomiast w tym zakresie roszczenie dotyczące ogrodzenia oraz zjazdu. Jak bowiem zeznała reprezentantka pozwanego i co wynikało ze zgromadzonych w sprawie dokumentów, obie strony zgodziły się na to, że ogrodzenie zostanie wykonane bez około 7 m z uwagi na brak możliwości wykonania bramy i frontowego ogrodzenia z powodu wymaganych wcześniej prac przy przyłączy kanalizacji sanitarnej. Jednocześnie pozwany nie zakwestionował sposobu wyceny dokonanej przez powoda, który domagał się jedynie części należności za ogrodzenie, a nadto co do kosztów materiałów wykazał je dołączoną fakturą. Z tych powodów należało uwzględnić roszczenie powoda w tym zakresie co do kwoty 4.201,50 zł brutto.

Na podobnej zasadzie uwzględniono wynagrodzenie za prace określone jako „wjazd na działkę etap III” (zwany przez strony zamiennie „zjazdem”). Reprezentantka pozwanego przyznała bowiem, że wjazd został wykonany prawie na samym początku robót, jeszcze w 2012 r. przed dokonaniem odbioru etapu I. Wprawdzie strona pozwana zarzucała, że zjazd ten został wykonany wadliwie, jak też podnosiła, że trzeba było usuwać usterki w wykonaniu tego zjazdu, niemniej z przedłożonego na ostatniej rozprawie kosztorysu dotyczącego dokończenia robót przez inny podmiot wynika, że faktycznie w tym zakresie żadne prace naprawcze nie były prowadzone.

Sąd miał przy tym na uwadze, że co prawda w specyfikacji niewykonanych robót również powołano się na istniejące wady zjazdu, niemniej były to inne wady, niż te, które zostały wymienione w spisie z natury i notatce służbowej, co budziło wątpliwości co do zgodności twierdzeń zawartych w tym dokumencie z rzeczywistym stanem rzeczy. Z tej też przyczyny Sąd uznał, że strona pozwana nie wykazała, że wjazd dotknięty był wadami, których powód nie usunąłby; powód utrzymywał bowiem, że po zgłoszeniu wadliwości w zakresie zapadania się kostki, poprawił ten element, a

jedynie nie dokonano formalnego odbioru poprawionych robót. Pozwany nie wykazał też, by skorzystał z jakichkolwiek uprawnień z tytułu rękojmi (w szczególności do obniżenia wynagrodzenia), ani wielkości ewentualnej obniżki z uwagi na ewentualne wady zjazdu. Z tej też przyczyny roszczenie powoda dotyczące zapłaty za wykonanie wjazdu zostało uwzględnione w całości, tj. w kwocie 21.156 zł brutto.

W konsekwencji od pozwanego na rzecz powoda w punkcie I sentencji zasądzono kwotę 25.357,50 zł, która wyczerpuje zasadną część pierwszego z roszczeń powoda wskazanych na początku rozważań prawnych.

Przechodząc do drugiego z roszczeń powoda, a zatem roszczenia o zapłatę kwoty 12.301,90 zł brutto należy wskazać, iż zgodnie z brzmieniem art. 354 § 1 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. Treść zobowiązania konkretyzował przy tym wskazany § 21 ust. 7 pkt 2 umowy nr (...), zgodnie z którym w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy – powoda – mógł się on domagać odkupienia materiałów, konstrukcji lub urządzeń, których nie da się zagospodarować na innych placach budowy.

Aby norma kompetencyjna odczytywana ze wskazanego przepisu oraz postanowienia umownego znajdowała zastosowanie wymagane było kumulatywne spełnienie dwóch przesłanek: pierwszą z nich było odstąpienie od umowy z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy (powoda), zaś drugą brak możliwości zagospodarowania materiałów zakupionych przez wykonawcę (powoda) na innych placach budowy.

Z uwagi na ustalenie, że powód nie dokonał skutecznego odstąpienia od umowy nr (...) na podstawie art. 491 § 1 k.c., należało uznać, że nie została spełniona pierwsza ze wskazanych przesłanek, a było to wystarczające do oddalenia w całości powództwa co do omawianego roszczenia o zapłatę kwoty 12.301,90 zł – będącej sumą kwot za bramę przesuwną, furtki, panele ogrodzeniowe, cegły klinkierowe i rurę stalową wskazane przez powoda w fakturze nr (...).

Niezależnie od tego, w ocenie Sądu, powód nie wykazał również, ażeby spełniona była druga ze wskazanych wyżej przesłanek, a mianowicie, że materiały te nie nadawały się do zagospodarowania przez niego na innym placu budowy. Jak wskazywali bowiem w swoich zeznaniach świadkowie materiały te były materiałami standardowymi, typowymi, które można nabyć na rynku materiałów budowlanych. Świadczą o tym również – przedstawione przez powoda jako dowody – faktury VAT wystawiane za te materiały przez przedsiębiorców prowadzących wielkopowierzchniowe sklepy trudniące się sprzedażą typowych materiałów budowlanych.

Przechodząc do trzeciego z roszczeń wskazanych przez powoda w piśmie rozszerzającym powództwo, tj. o zapłatę kwoty 34.447,05 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 sierpnia 2014 r. należy wskazać, że również ono okazało się niezasadne i zasługiwało na oddalenie. Powód wywodził bowiem, że pozwany niezasadnie zaspokoił swoje roszczenie z gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) udzielonej przez Towarzystwo (...) S.A. na zabezpieczenie roszczeń pozwanego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez powoda. Za podstawę prawną roszczenia powoda należało uznać art. 405 § 2 k.c. W kontekście rozważanego roszczenia należało zatem ustalić, czy pozwanemu przysługiwało uprawnienie do zaspokojenia się z gwarancji ubezpieczeniowej, co w konsekwencji doprowadziło to tego, że powód zaspokoił roszczenie regresowe ubezpieczyciela w kwocie, w jakiej ubezpieczyciel zaspokoił pozwanego.

Analiza treści gwarancji ubezpieczeniowej nr (...) oraz § 14 umowy nr (...) prowadzi do wniosku, że poprzez gwarancję ubezpieczeniową miały zostać zabezpieczone roszczenia pozwanego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez powoda. Roszczenia te z kolei obejmowały również kary umowne, o których mowa w § 18 ust. 2 umowy nr (...), zgodnie z którym zamawiający miał prawo obciążyć wykonawcę karami umownymi z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia netto określonego w § 7 ust. 1 umowy, tj. 10% z kwoty 628.200 zł. Taką karę umowną (w kwocie 62.820 zł) pozwany powodowi naliczył i wezwał go do jej zapłaty.

Uznać przy tym należy, że użyte przez strony sformułowanie „odstąpienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” stanowi swoisty skrót myślowy, pod którym kryje się niewykonanie umowy w związku z odstąpieniem od umowy, co

przesądza o dopuszczalności takiego ukształtowania przesłanek kary umownej. Stanowisko, że skutek odstąpienia od umowy na podstawie upoważnienia ustawowego powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, a to z kolei pozwala na dochodzenie kary umownej z tytułu niewykonania zobowiązania jest przy tym aprobowane w judykaturze [por. wyrok SA w Warszawie z 13.11.2015 r. w sprawie I ACa 324/15; wyrok SA w Gdańsku z 28.05.2015 r. w sprawie I ACa 9/15].

Podstawa naliczenia kary umownej wskazana w § 18 ust. 2 umowy rozumiana w wyżej przedstawiony sposób zgodna jest z art. 483 § 1 k.c. Kara z § 18 ust. 2 umowy została zastrzeżona bowiem na wypadek niewykonania zobowiązania niepieniężnego powoda, jakim było wykonanie umowy nr (...) – jej przedmiotu określonego w jej § 1, którego ostatecznie powód nie wykonał. Biorąc natomiast pod uwagę, że kara umowna ma charakter zryczałtowanego odszkodowania pozwany nie musiał wykazywać, że rzeczywiście poniósł szkodę i w jakiej wysokości. Ubocznie zatem należy wskazać, że pozwany złożył na ostatniej rozprawie kosztorys dotyczący kosztów pozwanego związanych z dokończeniem robót, których powód w ramach umowy nr (...) nie wykonał.

Jak wykazano zatem w niniejszym postępowaniu powód umowy nie wykonał w całości. Nadto powód niezasadnie i nieskutecznie odstępując od umowy wyraźnie wyraził brak woli wykonania pozostałej części umowy. Prowadzi to do wniosku, że umowa nr (...) nie została wykonana z przyczyn leżących po stronie powoda. Pozwany był zatem na podstawie § 18 ust. 2 umowy uprawniony do naliczenia powodowi kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy .

Tym samym pozwany uprawniony był jako beneficjent do zaspokojenia swojego roszczenia z tytułu kary umownej do wysokości 34.447,05 zł z udzielonej na zabezpieczenie tego roszczenia przez ubezpieczyciela (...) S.A. gwarancji ubezpieczeniowej nr (...). Skoro zatem pozwanemu przysługiwało takie uprawnienie, z którego skutecznie skorzystał, to nie zachodzi przesłanka bezpodstawności wzbogacenia po stronie pozwanego kosztem powoda.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 108 § 1 w zw. z art. 100 k.p.c., rozdzielając je stosunkowo między stronami, albowiem powództwo zostało uwzględnione w części stanowiącej 23%, zaś oddalone w części stanowiącej 77%. Szczegółowe wyliczenie tych kosztów Sąd pozostawił referendarzowi sądowemu.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód A. K. (1).

Powód zarzucił wyrokowi:

1. naruszenie art. 491 § 1 k.c. poprzez uznanie, że strona pozwana nie pozostawała w zwłoce w zakresie dostarczenia powodowi dokumentacji niezbędnej do wykonania przyłącza kanalizacyjnego, a nadto, że termin określony przez powoda w wezwaniu z dnia 19 grudnia 2013 r. nie był odpowiedni w rozumieniu tegoż przepisu, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że powód nie odstąpił skutecznie od umowy ze stroną pozwaną,
2. naruszenie art. 405 k.c. będące konsekwencją uznania, że powód nie odstąpił skutecznie od umowy, a tym samym strona pozwana (mogła zaspokoić swoje roszczenia odszkodowawcze z gwarancji ubezpieczeniowej),
3. naruszenie art. 40 ust. ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych poprzez uznanie, że pismo Marszałka Województwa (...) z dnia 10 stycznia 2014 r. o przedłużeniu terminu ważności czasowej organizacji ruchu na czas budowy zjazdu w ciągu drogi wojewódzkiej stanowiło decyzję o zgodzie na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej, w sytuacji, gdy zgody na zajęcie pasa drogowego w celu realizacji robót nie związanych z budową, przebudową, remontem i ochroną dróg udziela zarządca drogi tj. (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. w formie decyzji administracyjnej,
4. naruszenie art. 647 k.c. poprzez uznanie za niezasadne żądania przez powoda zapłaty pozostałej części wynagrodzenia za realizację budynku leśniczówki, pomimo ustalenia, że powód wykonał wszystkie prace w obrębie tego budynku,
5. naruszenie art. 354 § 1 k.c. w zw. z zapisem § 21 ust. 7 pkt 2 umowy nr (...) poprzez błędną wykładnię prowadzącą do uznania, że fakt zakupu materiałów budowlanych standardowych, które można nabyć na rynku

materiałów budowlanych wyklucza możliwość uznania, że materiały te nie nadawały się do zagospodarowania na innych budowach, a tym samym aby powód miał możliwość żądania zapłaty za te materiały,

6. naruszenie art. 227 k.p.c. w zw. z art. 207 § 6 k.p.c. poprzez uznanie, że wniosek dowodowy powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie rozliczenia wykonanych prac na dzień odstąpienia od umowy był spóźniony, mimo, że został on zgłoszony w piśmie przygotowawczym z dnia 10 lutego 2015 r. złożonym w terminie zakreślonym przez Sąd.

Podnosząc powyższe zarzuty powód wnosi o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej punktu II i III, poprzez zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwa M. na rzecz powoda A. K. (1) dalszej kwoty 84.935,52 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 50.488,47 zł od dnia 14 stycznia 2014 r. i od kwoty 34.447,05 zł od dnia 23 sierpnia 2014 r. oraz kosztów procesu według norm przepisanych,
2. zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

ewentualnie

3. uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy w tym zakresie Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu apelacji powód zawarł rozwinięcie zarzutów stawianych zaskarżonemu orzeczeniu.

W ocenie powoda kwestia oceny skuteczności odstąpienia przez powoda od umowy ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu pomiędzy stronami. Wywody Sądu I instancji w tym zakresie uznać należy jednak za wadliwe.

Powód podkreśla, że zgodnie z § 4 umowy łączącej strony pozwany zobowiązany był dostarczyć dokumentację oraz niezbędne do realizacji umowy decyzje, przy czym termin przekazania tych dokumentów miał nastąpić nie później niż w dniu przekazania terenu budowy. Konieczność dostarczenia nowej dokumentacji, objętej wezwaniem powoda z dnia 19 grudnia 2013 r. wynikała z faktu stwierdzenia w trakcie realizacji robót kolizji uniemożliwiającej realizację robót w zakresie przyłącza sieci kanalizacyjnej. Powód poinformował o tym pozwanego pismem z dnia 17 lipca 2013 r., wnosząc o rozwiązanie tego problemu. Od tego dnia zatem zaistniał obowiązek pozwanego do przygotowania niezbędnej dokumentacji umożliwiającej realizację prac budowlanych w zakresie przyłącza kanalizacyjnego. Podpisując w dniu 29 listopada 2013 r. aneks nr (...) strony nie zmieniły treści przywołanego powyżej § 4 umowy. Powód mógł zatem oczekiwać, że w dniu wejścia w życie aneksu otrzyma niezbędną do realizacji prac dokumentację budowlaną, obejmującą zmienione pozwolenie na budowę jak i zezwolenie na zajęcie pasa drogowego, zwłaszcza, że od dnia poinformowania pozwanego o konieczności rozwiązania problemu kolizji, sprowadzającej się w istocie rzeczy do przygotowania zmiany projektu, zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę i uzyskania zgody na zajęcie pasa drogowego upłynęło blisko 4,5 miesiąca, a od spotkania z udziałem powoda 2 miesiące i 19 dni.

Po wykryciu kolizji uniemożliwiającej realizację przez powoda prac w zakresie przyłącza kanalizacyjnego strony z tej przyczyny podpisały aneksy nr (...) w dniu 29 sierpnia 2013 r. i nr 3 w dniu 30 września 2013 r. przedłużając termin realizacji umowy do dnia 30 listopada 2013 r., z pierwotnego terminu określonego na dzień 31 sierpnia 2013 r. Aneks nr (...) został podpisany w przeddzień upływu terminu do realizacji robót budowlanych ustalonego aneksem nr (...), a więc z uwzględnieniem faktu wykrycia kolizji, a tym samym konieczności zmiany projektu budowlanego, zmiany pozwolenia na budowę oraz uzyskania wszelkich niezbędnych uzgodnień i decyzji koniecznych do realizacji robót.

Nie sposób nie zauważyć, że spotkanie z udziałem powoda miało miejsce w dniu 11 września 2013 r. i już wówczas wskazywano na to, że projektant wystąpi o wydanie pozwolenia na umieszczenie w pasie drogowym studni rozprężnej. Tymczasem jak wynika z treści decyzji nr (...) r. z dnia 2 stycznia 2014 r., której odpis przedłożyła strona pozwana, decyzja ta została wydana na wniosek strony pozwanej o jej zmianę z dnia 9 grudnia 2013 r. Zatem oczekiwanie na

decyzję organu administracji budowlanej nie przekroczyło ustawowego miesięcznego terminu wynikającego z art. 35 § 4 k.p.a. i to w okresie obejmującym Święta Bożego Narodzenia i Nowy Rok.

Nie sposób zatem uznać, że strona pozwana nie pozostawała w zwłoce z dostarczeniem niezbędnej do prowadzenia prac dokumentacji, jak to przyjął Sąd Okręgowy, zwłaszcza, że sam aneks do projektu budowlanego został sporządzony w sierpniu 2013 r., a zgoda na umieszczenie studni rozprężnej w pasie drogowym została wydana w dniu 7 października 2013 r. i doręczona pozwanemu w dniu 9 października 2013 r. Okoliczność powyższa wynika z treści tejże decyzji stanowiącej załącznik do nr 18 do odpowiedzi na pozew. Z chwila doręczenia przedmiotowej decyzji nic już nie stało na przeszkodzie, aby złożyć wniosek o zmianę decyzji o pozwoleniu na budowę, a tymczasem pozwana zwlekała z tym aż dwa miesiące do dnia 9 grudnia 2013 r., w sytuacji gdy oczywistym było, że brak dokumentacji uniemożliwiał powodowi kontynuację robót wynikających z umowy łączącej strony. Powyższy wywód stanowi również kontrargumentację do stanowiska Sadu Okręgowego w Szczecinie, że czas wyznaczony stronie pozwanej przez powoda był niewystarczający.

Powód wskazywał na konieczność rozwiązania problemu kolizji w lipcu 2013 r., strony dwukrotnie przedłużały termin realizacji robót z powodu braku wymaganej dokumentacji przed sporządzeniem aneksu nr (...), we wrześniu 2013 r. powód na naradzie z inwestorem i projektantem dowiedział się o podjęciu działań zmierzających do rozwiązania tego problemu, co w istocie rzeczy sprowadzało się do konieczności uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę oraz do uzyskania pozwolenia na zajęcie pasa drogowego w celu wykonania robót. Uzyskanie zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę w rzeczywistości zajęło 24 dni i trudno uznać, że powód, żądając dostarczenia dokumentacji na koniec grudnia 2013 r. musiał wyznaczać stronie pozwanej dłuższy termin i dalej oczekiwać na dostarczenie dokumentacji budowlanej. Powód wyznaczył jeszcze jeden termin na dzień 10 stycznia 2014 r., który również nie został dotrzymany. W sumie zatem było pięć dodatkowych terminów na przekazanej dokumentacji - trzy terminy wynikały z faktu podpisania aneksów nr (...), dwa wynikały z wezwań powoda po podpisaniu aneksu nr (...).

Powód wskazuje na ewidentny błąd Sadu Okręgowego, który przyjął, że pismo Marszałka Województwa (...) z dnia 10 stycznia 2014 r. o przedłużeniu terminu ważności czasowej organizacji ruchu na czas budowy zjazdu w ciągu drogi wojewódzkiej stanowiło decyzję o zgodzie na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej w celu wykonania przyłącza kanalizacji sanitarnej. Powód wskazał na treść art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych.

W toku postępowania dowodowego przeprowadzony został dowód z decyzji nr (...) wydanej dnia 26 października 2012 r. przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w K.. Z jej treści wynikało, że (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w K. zezwolił na zajęcie pasa drogowego w celu prowadzenia robót określa powierzchnie zajęcia robot na okres do 31 października 2012 r. w celu włączenia się do drogi wojewódzkiej (budowa zjazdu i przyłącza wodociągowego).

Z treści tejże decyzji wynika, że została ona wydana tego samego dnia, kiedy wpłynął wniosek, co warte jest odnotowania z uwagi na stanowisko Sądu Okręgowego uzasadniające brak dokumentacji nie zwłoką w działaniu strony pozwanej, ale długotrwałością procedur administracyjnych .

Z decyzji tej wynika również, że jej wydanie było poprzedzone zatwierdzeniem projektu tymczasowego organizacji ruchu z dnia 22 października 2012 r. Po ujawnieniu kolizji wykluczającej realizację przyłącza w sposób pierwotnie zaprojektowany, strona pozwana uzyskała decyzję na umieszczenie studni rozprężnej w pasie drogowym w dniu 9 października 2013 r., nie przedłożyła jednak decyzji na zajęcie pasa drogowego w celu samego wykonania robót.

Powód podnosi, że uzyskanie zezwolenia na umieszczenie w pasie drogowym studni rozprężnej i uzyskanie zezwolenia na zajęcie pasa drogowego w celu samego prowadzenia robót to dwie odrębne kwestie. NSA w W. w wyroku z dnia 9 grudnia 2011 r. II GSK 1302/10 wskazał wręcz, że sprawa zezwolenia na zajęcie pasa drogowego w celu prowadzenia robót w pasie drogowym oraz sprawa zezwolenia na umieszczanie w pasie drogowym urządzeń infrastruktury technicznej niezwiązanych z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego nie są oparte na tej samej podstawie prawnej oraz odmiennie kształtują prawa i obowiązki strony, zatem nie powinny być przedmiotem jednego postępowania administracyjnego.

Uzyskanie przedłużenia uzgodnienia organizacji ruchu na czas budowy zjazdu nie zastąpiło decyzji zezwalającej na zajęcie pasa drogowego w celu wykonania przyłącza kanalizacji sanitarnej, w której to decyzji ustala się jednocześnie wysokość opłat za zajęcie pasa drogowego.

Sąd Okręgowy w tym zakresie zasłonił się koniecznością sięgnięcia po wiadomości specjalne, w sytuacji, gdy wystarczyła szczegółowa analiza treści decyzji nr (...) z dnia 26 października 2012 r. (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich oraz pisma z dnia 10 stycznia 2014 r. w kontekście zapisów ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych.

Już chociażby z faktu, że oba dokumenty zostały wydane przez inny organ, trudno uznać, że weryfikacja twierdzeń powodła kwestionującego przydatność pisma z dnia 10 stycznia 2014 r. jako zastępującego decyzję o zezwoleniu na zajęcie pasa drogowego wymagała wiadomości specjalnych, jak to wskazał Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wywodząc, że powód złożył spóźniony w tym zakresie wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Całkowicie niezrozumiałym jest wyartykułowane w uzasadnieniu stanowisko Sądu, że powód po otrzymaniu decyzji winien był wskazać na jej braki i dostrzeżone wady, a tego nie uczynił. Decyzji zezwalającej na zajęcie pasa drogowego po pierwsze nie było, a po drugie trudno oczekiwać, aby powód miał pouczać stronę pozwaną odnośnie wymagań formalnych prowadzenia procesu inwestycyjnego. Strona pozwana miała odpowiednie służby w tym zakresie, a nawet gdyby służb tych nie miała, to mogła zawrzeć umowę o inwestorstwo zastępcze i zlecić profesjonalnemu podmiotowi prowadzenie inwestycji, czy wreszcie w umowie z wykonawcą określić jego obowiązki w szerszy sposób, co z pewnością miałyby przełożenie na wysokość wynagrodzenia.

Powyższa argumentacja - w ocenie apelującego - daje podstawę do uznania, że powód miał podstawy do odstąpienia od umowy i uczynił to skutecznie w świetle wymogów określonych w art. 491 § 1 kc. A skoro tak, to pozwana nie miała podstaw do zaspokojenia się z gwarancji ubezpieczeniowej i czyniąc to została bezpodstawnie wzbogacona kosztem powoda.

Uznanie, że powód skutecznie odstąpił od umowy dawało mu również uprawnienie do żądanie zapłaty za materiały budowlane zakupione z przeznaczeniem na budowę realizowaną w ramach umowy łączącej strony. Trudno uznać za zasadne stanowisko Sądu Okręgowego, że powód nie wykazał możliwości zagospodarowania tych materiałów na innych budowach. Wprawdzie panele ogrodzeniowe, brama przesuwna, cegły klinkierowe i rura stalowa wskazane w fakturze (...) były materiałami typowymi, nabytymi na rynku materiałów budowlanych, jednakże nie są to materiały, które można wykorzystać na każdej budowie, jak piach, cement, czy zwykłe cegły.

Ostatnią kwestią, do której należy odnieść się w niniejszej apelacji jest stanowisko Sądu Okręgowego odnośnie zapłaty za roboty objęte etapem III.

Bezsprzecznie powodowi należy się wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane. W umowie określone zostało wynagrodzenie ryczałtowe, jednakże określono wartość robót obejmująca poszczególne etapy, w tym odrębnie za roboty obejmujące budynek leśniczówki, budynek gospodarczy, zjazd i ogrodzenie.

W umowie łączącej strony określono wprost wartość robót obejmujących budynek leśniczówki na kwotę 558.300 zł, od których to robót stawka podatku VAT wynosiła 8% i zamykała się kwotą 44.664 zł.

Stawka podatku VAT 8% wynikająca z art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług i w § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku dotyczy wyłącznie obiektów budownictwa mieszkaniowego i nie może mieć zastosowania do robót wykonywanych poza obrysem budynku.

Takie stanowisko jest utrwalone w orzecznictwie i praktyce, i było wyartykułowane wprost w uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 czerwca 2013 r. sygn. akt I FPS 7/12. Okoliczność powyższa z pewnością była znana

stronie pozwanej skoro w druku oferty cenowej w dokumentacji przetargowej wyodrębniono budynek mieszkalny określając stawkę podatku VAT w kwocie 8%.

Zauważyć należy również, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 11.5 i 5 wskazano, że oferta musi być sporządzona przez wykonawcę ściśle według postanowień specyfikacji i na formularzu stanowiącym załącznik do tejże specyfikacji.

Analizując ustalenie wynagrodzenia objętego poszczególnymi etapami i zmiany wynikające z podzielenia etapu II na etap III i III zauważyć należy, iż zgodnie z aneksem (...) etap III obejmować zapłatę za trzy elementy, a mianowicie: 38.186,58 zł brutto za budynek leśniczówki objęty podatkiem VAT w wysokości 8%, 21.156 zł brutto za zjazd, objęty podatkiem 23 %, 14.391 zł brutto za ogrodzenie objęte podatkiem VAT 23 %. Jeżeli kwota 38.186,58 zł dotyczyła budynku leśniczówki jako budynku mieszkalnego, na co wskazuje przyjęta przez strony w umowie 8% stawka podatku VAT, to roboty w tym zakresie dotyczyły wyłącznie prac w obrębie budynku .

Jeżeli zatem bezspornym jest, że powód wykonał w całości prace w zakresie zrealizowania budynku mieszkalnego (leśniczówki), to zasadnym jest żądanie powoda zapłaty kwoty 38.186,58 zł wskazanej w punkcie 1 faktury (...) za wykonanie budynku leśniczówki.

Fakt niewykonania przez powoda montażu kaset bramowych w słupkach ogrodzenia, samozamykaczy do bramy i furtki nie daje podstawy do uznania, że powód nie wykonał robót w zakresie realizacji leśniczówki, skoro były to elementy ogrodzenia i bramy i furtki, położone poza obrysem budynku, a zatem nie objęte stawką podatku VAT 8%.

Nawet gdyby przyjąć stanowisko odmienne, a zatem wliczyć wskazane prace do zakresu prac obejmujących leśniczówkę, a więc mieszczących się w wartości prac określonych w umowie w odniesieniu do budynku mieszkalnego, to wskazać należy, że w kosztorysie robót złożonym przez pozwaną w dniu 15 kwietnia 2016 r. instalacje zewnętrzne w budynku leśniczówki do wykonania zostały ujęte w pozycji 16 i wycenione zostały na kwotę netto 129,18 zł. W konsekwencji więc przy przyjęciu powyższego założenia należałoby od kwoty 38.186,58 zł odjąć kwotę 139,51 zł (129,18 + 8% VAT) .

Dla wyczerpania zarzutów dotyczących odmowy zasądzenia kwoty 38.186,58 zł ujętej w punkcie 1 faktury VAT (...) przeanalizować należy zapisy dotyczące pierwotnie etapu II , podzielonego następnie - zgodnie z aneksem (...) na dwa etapy II i III. I tak zgodnie z zapisem § 8 ust. 1 pkt 2 umowy etap II w zakresie leśniczówki obejmował - instalacje zewnętrzne, instalacje wewnętrzne i prace wykończeniowe - posadzki, tynki, okładziny ścian i sufitów wewnętrznych, sufit podwieszany, stolarka i ślusarka wewnętrzna.

W aneksie nr (...) etap II został podzielony na dwa etapy II i III. W zakresie leśniczówki etap II nie obejmował już w zakresie prac wykończeniowych sufitu podwieszanego, stolarki i ślusarki wewnętrznej. Można zatem przyjąć, że w tym zakresie roboty powoda ujęto w etapie III obejmującym w odniesieniu do budynku leśniczówki poza instalacjami zewnętrznymi także roboty budowlane inne .

Zgodnie z ofertą cenową i umową za realizację budynku mieszkalnego powód miał uzyskać wynagrodzenie w kwocie 602.964 zł brutto (558.300 zł+ 8% VAT 44,664 zł)

Za I i II etap powód uzyskał zapłatę w kwocie łącznej 564.777,42 zł brutto, a zatem w III etapie do zapłaty pozostało 38.186,58 zł, pomniejszone ewentualnie o koszt wykonania robót elektrycznych obejmujących montaż kasy bramowej i montaż elektromechanicznych elementów blokujących (139,51 zł).

Pozwany wniósł odpowiedź na apelację.

W ocenie pozwanego apelacja strony powodowej nie zasługuje na uwzględnienie i winna zostać oddalona.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa procesowego wskazać należy, że zgodnie z art. 162 k.p.c. strona zachowuje prawo do powoływania się w dalszym toku postępowania na uchybienia sądu przepisom postępowania,

o ile wniesie o wpisanie zastrzeżenia do protokołu w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecna, na najbliższym posiedzeniu. W orzecznictwie wskazuje się, że zachowanie uprawnienia do powoływania się na uchybienia przepisom postępowania wymaga, poza dochowaniem terminu do zgłoszenia zastrzeżenia, wskazania spostrzeżonego przez stronę uchybienia z wyczerpującym przytoczeniem naruszonych przepisów postępowania wraz z wnioskiem o wpisanie tak sformułowanego zastrzeżenia do protokołu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2006 r., VCSK 237/06).

W niniejszej sprawie pełnomocnik powoda na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2016 r. w związku z oddaleniem przez Sąd wniosku dowodowego wskazanego w apelacji, nie zgłosił na podstawie art. 162 k.p.c. właściwego zastrzeżenia do protokołu.

Nie ulega wątpliwości, że obowiązek wyczerpującego przytoczenia naruszonych przepisów postępowania ciąży na profesjonalnym pełnomocniku, z którego pomocy powód korzystał w niniejszym postępowaniu. W związku z nieskutecznym zgłoszeniem zastrzeżenia do protokołu, w ocenie pozwanego strona powodowa utraciła uprawnienie do powoływania się na oddalenie przedmiotowego wniosku. Nadto wskazany wniosek należało uznać za spóźniony, na co pozwany zwracał uwagę w toku procesu w pismach procesowych.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych uprawniająca Wykonawcę do skorzystania z prawa do odstąpienia od Umowy. Zwłoka w rozumieniu art. 491 § 1 i 2 k.c. jest kwalifikowanym opóźnieniem i należy ją rozumieć jako opóźnienie zawinione będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 r. III CSK 161/10). Skuteczność oświadczenia o odstąpieniu zależy także od wyznaczenia odpowiedniego dodatkowego terminu do spełnienia świadczenia. W orzecznictwie przyjmuje się, że aby uchronić dłużnika przed wyznaczeniem mu terminów nierealnych, w których nawet przy dołożeniu należytej, usilnej staranności nie mógłby wywiązać się ze swego obowiązku, ustawodawca stanowi, że chodzi tu o termin odpowiedni, realny w sensie obiektywnym. Termin ten powinien umożliwić drugiej stronie realizację świadczenia, w spełnieniu którego pozostaje w zwłoce (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 5 stycznia 2000 r. I ACa 817/99).

O trwających procedurach i czasie niezbędnym do uzyskania wymaganych decyzji powód wiedział. O powyższym świadczy wpis z dnia 3 grudnia 2013 r. Kierownika Budowy (powoda) w Dzienniku Budowy, że „wstrzymuje roboty do czasu uzyskania przez inwestora aneksu do pozwolenia na budowę i decyzji o zajęciu pasa drogi wojewódzkiej w celu wykonania przyłącza kanalizacji sanitarnej. Podpisania aneksu nr (...) do Umowy przez powoda i przedłużenia czasu na wykonanie prac objętych 3 etapem do dnia 31 maja 2014 r. było dobrowolne. Nadto przed złożeniem przez niego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy została mu doręczona decyzja w przedmiocie zmiany pozwolenia na budowę.

Sąd I instancji prawidłowo zatem uznał, że pozwany nie dopuścił się zwłoki w przekazaniu dokumentacji na wykonanie przyłącza kanalizacji sanitarnej. Jak słusznie wskazano w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku jeszcze przed dniem 13 stycznia 2014 r., przed złożeniem przez powoda oświadczenia o odstąpieniu od umowy, istniała potrzebna wykonania przyłącza kanalizacji sanitarnej dokumentacja projektowa, jak również decyzja umożliwiająca wykonanie tego przyłącza. Powód powinien zatem zdawać sobie sprawę, że kontynuacja robót będzie wkrótce możliwa. Przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy został również poinformowany o decyzji dotyczącej zgody na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej. Jeśli w ocenie powoda decyzja ta była nieodpowiednia, powinien na taki fakt zwrócić uwagę pozwanemu oraz wyznaczyć dodatkowy odpowiedni termin dostarczenia właściwej, zwłaszcza, że to on pełnił funkcję Kierownika Budowy. Jak wyjaśnił Sąd Apelacyjny w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 września 2011 r., sygn. akt: V ACa 373/11, wykonawca ma obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane, w tym informowania o wadliwej dokumentacji.

W kontekście powyższych okoliczności, a zwłaszcza dobrowolnego podpisania w dniu 29 listopada 2013 r. Aneksu nr (...), argumentację strony powodowej w przedmiocie rzekomej zwłoki Inwestora należy uznać, za stworzoną jedynie na potrzeby niniejszego postępowania, zwłaszcza mając na uwadze fakt, że roboty objęte 2 etapem zostały zgłoszone do odbioru dopiero w dacie 30 listopada 2013 r., a ich odbiór nastąpił w dniu 9 grudnia 2013 r.

Niezależnie od powyższego oświadczenie powoda o odstąpieniu z dnia 13 stycznia 2014 r. nie może być uznane za skuteczne także z innego względu. Należy wskazać, że w piśmie z dnia 3 stycznia 2014 r. powód określił stronie powodowej pięciodniowy termin (do dnia 8 stycznia) na przekazanie dokumentacji, w tym prawomocnej decyzji o zmianie pozwolenia na budowę (mając świadomość, że pozwany nią jeszcze nie dysponuje) oraz siedmiodniowy termin (do dnia 10 stycznia) na złożenie zlecenia dozoru terenu budowy wraz z niezbędnym i ogrzewaniem budynku mieszkalnego w okresie do 30 kwietnia 2014 r. (znając dotychczasowe stanowisko pozwanego w tym zakresie). Terminy te, mając na względzie już same tylko zasady doświadczenia życiowego, należy uznać za nieodpowiednie. Stanowiska tego nie zmienia również uprzednie pismo powoda z dnia 19 grudnia 2013 r., bowiem i przewidziany w nim termin należy uznać za obiektywnie niewystarczający do uzyskania ostatecznej decyzji w przedmiocie pozwolenia na budowę.

Z uwagi na nieskuteczność złożonego oświadczenia i niewykonanie umowy w związku z odstąpieniem od umowy, strona pozwana była uprawniona do skorzystania z zabezpieczenia wniesionego na podstawie § 14 Umowy. Niewątpliwie służyło ono zabezpieczeniu roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy, w tym na pokrycie naliczonych kar umownych.

Pozostawione na placu budowy przez powoda materiały zostały według faktur załączonych do pozwu zakupione w ogólnobudowlanych marketach i stanowią standardowe materiały wykorzystywane w budownictwie. W samej apelacji podniesiono, że są to materiały typowe. Powód miał i nadal ma możliwość ich wbudowania na innych prowadzonych przez siebie budowach, albowiem jak wynikało z jego zeznań prowadził i prowadzi roboty na wielu inwestycjach. W świetle powyższych uwag nie można zasadnie twierdzić, że zaktualizowały się przewidziane w Umowie przesłanki uprawniające powoda do uzyskania zapłaty za pozostawione na placu budowy materiały.

Za niezasadny należy również uznać zarzut naruszenia art. 647 k.c. Wynika z niego obowiązek zapłaty, ale tylko za wykonane roboty budowlane. W toku procesu strona pozwana nie wykazała, by roboty budowlane dotyczące budynku leśniczówki zostały wykonane w zakresie wynikającym z Aneksu nr (...) do Umowy. Wykonawca w tej fazie inwestycji zobowiązał się w zakresie „Budynku leśniczówki” do wykonania instalacji elektrycznej - montażu w słupku betonowym kasety bramowej, montażu elektromechanicznych elementów blokujących.

Sąd I instancji prawidłowo uznał, że skoro część prac pierwotnie przewidzianych w umowie wyodrębniono do etapu 3 i przypisano im konkretną kwotę wynagrodzenia, to może być ona zapłacona dopiero po wykonaniu tych właśnie prac. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że wykraczały one poza zakres prac przewidzianych w ofercie, to z przyczyn szczegółowo omówionych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie mogą one zostać uznane za nieważne.

W świetle szczegółowego wskazania w Aneksie nr (...) robót, za które przewidziano wynagrodzenie w wysokości 38.186,58 zł, trudno zatem uznać za przekonującą argumentację strony powodowej, że to stawka podatku VAT, a nie to co explicite zostało wyrażone w jego postanowieniach, miałyby determinować zakres prac nim objętych.

W odpowiedzi na twierdzenia apelacji należy również podkreślić, że sam budynek leśniczówki został odebrany w drugim etapie i w całości rozliczony na podstawie faktury VAT (...).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna i podlega oddaleniu (art. 385 k.p.c.). Sąd I instancji na podstawie przedstawionego przez strony materiału dowodowego w sposób prawidłowy ustalił stan faktyczny w sprawie. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne oraz wnioski Sądu Okręgowego, które przyjmuje za własne, bez potrzeby ich powtarzania oraz ponownej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów.

Odnosząc się szczegółowo do zarzutów apelacji należy wskazać, że brak jest podstaw do uznania, że Sąd pierwszej instancji naruszył art. 491 § 1 k.c. poprzez uznanie, że strona pozwana nie pozostawała w zwłoce w zakresie dostarczenia powodowi dokumentacji niezbędnej do wykonania przyłącza kanalizacyjnego, a nadto, że termin

zakreślony przez powoda w wezwaniu z dnia 19 grudnia 2013 r. nie był odpowiedni w rozumieniu tegoż przepisu, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, że powód nie odstąpił skutecznie od umowy ze stroną pozwaną.

Niewątpliwie niewykonanie przez stronę istotnego obowiązku umownego, niemającego charakteru świadczenia, może być podstawą ustawowego odstąpienia od umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2014 r., I CSK 392/13, LEX nr 1532770). Skuteczność takiego odstąpienia została jednak uzależniona od spełnienia dodatkowych przesłanek, w szczególności przesłankami odstąpienia są zwłoka w wykonaniu zobowiązania oraz wyznaczenie dodatkowego terminu do wykonania, który będzie terminem odpowiednim (art. 491 § 1 k.c.).

Obowiązkiem wykonawcy, który zamierza skorzystać z odstąpienia od umowy na podstawie art. 491 § 1 k.c. jest wyznaczenie takiego dodatkowego terminu wykonania zobowiązania, który będzie terminem odpowiednim. Odpowiedniość terminu należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca powinien dać inwestorowi czas w którym, przy zachowaniu należytej staranności oraz przy uwzględnieniu specyfiki danego obowiązku, będzie mógł się z niego wywiązać. W przeciwnym wypadku, zwłaszcza w złożonych umowach, których realizacja trwa dłuższy okres czasu i które nakładają na inwestora liczne obowiązki, wyznaczenie zbyt krótkiego terminu mogłoby służyć wykonawcy wyłącznie jako instrument pozwalający na odstąpienia od umowy w dowolnym momencie i tym samym wywieranie nacisku dla osiągnięcia celów, które w umowie nie zostały przewidziane. Z uwagi na daleko idące skutki oraz obowiązek lojalnego (zgodnego z zasadami współżycia społecznego) współdziałania stron w wykonaniu umowy (art. 354 k.c.), odstąpienie od umowy powinno być traktowane jako swego rodzaju ostateczność, do której można sięgać dopiero wtedy, kiedy powstałych w trakcie realizacji umowy problemów nie można rozwiązać w inny sposób.

Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny skuteczności odstąpienia mają postanowienia aneksu nr (...) z 29 listopada 2013 r. (k. 411-415). Argumentacja strony powodowej jest chybiona przede wszystkim dlatego, że nie uwzględniła zawartych w tym aneksie postanowień.

Aneks nr (...) jest elementem łączącego strony stosunku zobowiązaniowego. W aneksie strony przedłużyły termin zakończenia robót z 30 listopada 2013 r. do 31 maja 2014 r. Strony jednak nie uzgodniły terminu dostarczenia dokumentacji wskazanej przez powoda w jego wezwaniu z 19 grudnia 2013 r. (tj. prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę, decyzji o zajęciu pasa drogowego na czas wykonania przyłącza: k. 429-430), w szczególności nie uzgodniły, że jej niedostarczenie będzie wystarczającą przesłanką odstąpienia od umowy. Strony tego nie uczyniły, pomimo że w ocenie powoda obowiązek pozwanego do przygotowania niezbędnej dokumentacji umożliwiającej realizację prac budowlanych w zakresie przyłącza kanalizacyjnego istniał od dnia 17 lipca 2013 r. Prawidłowo zatem przyjął Sąd pierwszej instancji, że ta obopólna zgoda na przedłużenie terminu sprawia, że nie można rozpatrywać pod kątem ewentualnej zwłoki zdarzeń zaistniałych przed zawarciem aneksu.

Oceniając, że czy wyznaczony termin był odpowiedni należy uwzględnić uzgodniony w aneksie termin zakończenia robót, tj. 31 maja 2014 r. Przede wszystkim powód nie wyjaśnił, dlaczego w piśmie z 19 grudnia 2013 r. zażądał dostarczenia dokumentacji do 30 grudnia 2013 r. pod rygorem odstąpienia od umowy, skoro termin zakończenia robót upływał dopiero pięć miesięcy później. Odpowiedniość terminu wyznaczonego przez powoda na podstawie art. 491 § 1 k.c. należy oceniać także w odniesieniu do terminu realizacji umowy uzgodnionego przez strony, w szczególności czy niedostarczenie dokumentacji do 30 grudnia 2013 r. uniemożliwi bądź utrudni zachowanie terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy. W pozwie powód wskazał, że w dniu 19 grudnia 2013 r. zażądał dokumentacji dlatego, że chciał w jak najszybszym czasie zrealizować ostatni etap budowy (k. 9), ale ten argument nie wytrzymuje krytyki dlatego, że 29 listopada 2013 r. powód uzgodnił, że ten ostatni etap (III) zostanie zakończony dopiero 31 maja 2014 r. W ocenie Sądu Apelacyjnego brak związku pomiędzy terminem dostarczenia dokumentacji, a terminem zakończenia robót nie pozwala na uznanie, że niedostarczenie dokumentacji pozwala na odstąpienie od umowy. Wyznaczonego w piśmie z 19 grudnia 2013 r. terminu do 30 grudnia 2013 r. do dostarczenia decyzji administracyjnych, nawet jeżeli został on następnie przedłużony do 10 stycznia 2016 r. nie można zatem uznać za odpowiedni, mając na uwadze okres świąteczny, fakt, że inwestor nie miał bezpośredniego wpływu na datę wydawania decyzji oraz ich treść oraz odległy termin zakończenia robót uzgodniony w aneksie, co Sąd pierwszej instancji prawidłowo ocenił.

Przesłanką wyznaczenia dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania z umowy wzajemnej jest zwłoka po stronie kontrahenta. Prawidłowo uznał Sąd Okręgowy, że działania pozwanego nie sposób uznać za zawinione, albowiem data wydania przez organy administracji publicznej decyzji administracyjnych (oraz ich uprawnomocnienia) była od niego niezależna. Polemika powoda sprowadzająca się do argumentu, że potrzeba uzyskania dodatkowej dokumentacji była znana od lipca 2013 r. nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem już po tej dacie - w aneksie nr (...) strony uzgodniły nowy termin zakończenia robót i nie przewidziały możliwości odstąpienia w razie niedostarczenia dokumentacji w jakimś konkretnym terminie. Strony miały pełną swobodę w ustaleniu przesłanek odstąpienia od umowy (art. 353¹ k.c.) i powód mógł uzależnić zawarcie aneksu od dokonania odpowiednich ustaleń w tym zakresie, czego jednak nie uczynił i nie wykazał, że nastąpiło to z przyczyn mających wpływ na ocenę skutków prawnych aneksu nr (...). Wprawdzie z decyzji nr (...) wynika, że pozwany wystąpił o zmianę pozwolenia na budowę 9 grudnia 2013 r. (k. 622), ale w świetle uzgodnienia w aneksie nr (...) terminu zakończenia robót do 31 maja 2014 r. nie sposób uznać tego za działanie uprawniające do skorzystania z uprawnień przewidzianych w art. 491 § 1 k.c. Tym bardziej, że złożenie tego wniosku wymagało czasu na przygotowanie odpowiedniej dokumentacji, a decyzja nr (...) została wydana już 2 stycznia 2014 r., tj. 3 dni po upływie terminu wyznaczonego przez powoda w piśmie z 19 grudnia 2013 r. W związku z powyższym należy uznać, że apelujący nie wykazał, iż zostały spełnione przesłanki odstąpienia od umowy takie jak zwłoka w wykonaniu zobowiązania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu.

Sąd Okręgowy nie naruszył również art. 405 k.c., co miało być konsekwencją uznania, że powód nie odstąpił skutecznie od umowy, a tym samym strona pozwana mogła zaspokoić swoje roszczenia odszkodowawcze z gwarancji ubezpieczeniowej. Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił, że na skutek braku podstaw do odstąpienia od umowy przez powoda doszło do niewykonania umowy, co pozwala na dochodzenie kary umownej z tytułu niewykonania zobowiązania. Stanowisko powoda dotyczące naruszenia art. 405 k.c. opiera się wyłącznie na tym, że skutecznie odstąpił od umowy, co jednak nie znalazło potwierdzenia w trafnych ustaleniach Sąd pierwszoinstancyjnego i tym samym ten zarzut należy ocenić jako bezzasadny.

Chybiony jest zarzut naruszenia art. 40 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych poprzez uznanie, że pismo Marszałka Województwa (...) z dnia 10 stycznia 2014 r. o przedłużeniu terminu ważności czasowej organizacji ruchu na czas budowy zjazdu w ciągu drogi wojewódzkiej stanowiło decyzję o zgodzie na zajęcie pasa drogi wojewódzkiej. Wśród przesłanek wyroku było ustalenie, że powyższym pismem (k. 627) Marszałek Województwa przedłużył termin ważności czasowej organizacji ruchu na czas budowy oraz, że niezależnie od tego, czy ta decyzja rzeczywiście pozwalała na wykonanie przyłącza dopiero po jej otrzymaniu powód powinien wskazać na ten fakt i wyznaczyć odpowiedni termin do dostarczenia prawidłowej decyzji (str. 17 i 28 uzasadnienia). Pozwany był przekonany, że ta decyzja jest wystarczająca. Kluczowe jest jednak ustalenie, że wyznaczony przez powoda termin do dostarczenia takiej decyzji nie był odpowiedni w rozumieniu art. 491 § 1 k.c. w związku z czym jest oczywiste, że po jej otrzymaniu powód powinien wskazać na ten fakt pozwanemu, tak żeby pozwany mógł odpowiednio zareagować i w razie potrzeby, w szczególności w razie stwierdzenia przeszkód w realizacji umowy, uzyskać właściwą decyzję. Takie działanie mieści się w ogólnych zasadach współpracy przy wykonywaniu umów wynikających z art. 354 k.c. Tym bardziej, że uzgodniony termin zakończenia robót upływał dopiero 31 maja 2014 r., a termin wydania decyzji administracyjnej zależał przede wszystkim od organu administracji publicznej. W kontekście tego zarzutu podstawowe znaczenie ma zatem ustalenie, że powód w ogóle nie był uprawniony do odstąpienia od umowy ze względu na niedostarczenie decyzji o zgodzie na zajęcie pasa ruchu w wyznaczonym przez siebie terminie, a zatem badanie czy decyzja Marszałka z 9 stycznia 2014 r. rzeczywiście pozwalała na wykonanie przyłącza w świetle art. 40 powyższej ustawy nie jest okolicznością istotną dla rozstrzygnięcia.

Zarzut naruszenia art. 647 k.c. poprzez uznanie za niezasadne żądania przez powoda zapłaty pozostałej części wynagrodzenia za realizację budynku leśniczówki, pomimo ustalenia, że powód wykonał wszystkie prace w obrębie tego budynku nie jest trafny. Powód otrzymał wynagrodzenie za wykonane prace, a ustalenia Sądu pierwszej instancji w tym zakresie okazały się prawidłowe. Należy podkreślić, że aneks nr (...) wprowadził III etap inwestycji przy zachowaniu takiego samego wynagrodzenia w wysokości 688.941 zł. Część prac została przeniesiona do III etapu, co wobec bezspornego faktu, że powód części robót przewidzianych do wykonania w tym etapie nie wykonał musiało

spowodować obniżenie wynagrodzenia. Powód domagał się z tytułu wynagrodzenia za roboty wykonane do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy zapłaty 63.544,07 zł, na którą składają się wynagrodzenia za budynek leśniczówki etap III (38.186,56 zł), ogrodzenie z siatki II etap (4.201,50 zł) i wjazd na działkę etap III (21.156 zł), wskazane na fakturze (...) (k. 471). Sąd Okręgowy zasądził wynagrodzenie za wykonanie ogrodzenia oraz wjazdu na działkę (25.357,50 zł). Sąd odmówił wynagrodzenia za budynek leśniczówki etap III, ponieważ zgodnie z aneksem nr (...) r. (k. 414) budynek leśniczówki w tym etapie obejmował już tylko instalacje zewnętrzne, które – co jest bezsporne – nie zostały wykonane. Stanowisko powoda zasadza się na twierdzeniu, że o zakresie prac przewidzianych do wykonania w etapie III ma decydować przyjęta przez strony 8 % stawka podatku VAT. Wobec jednak szczegółowych, przejrzystych i jednoznacznych uzgodnień zawartych w aneksie nr (...) brak jest podstaw do uznania, że to stawka podatku VAT decydowała o podziale robót na poszczególne etapy. Rozważania powoda w tym zakresie są nieprzejrzyste i całkowicie nieprzekonywujące. Argumenty podnoszone w apelacji dotyczą w istocie prawidłowości wyboru stawki 8 %, albowiem powód twierdzi, że ta stawka ma zastosowanie wyłącznie w obiektach budownictwa mieszkaniowego i nie może mieć zastosowania do robót wykonywanych poza obrysem budynku. Sąd zwraca jednak uwagę, że przedmiotem rozpoznawanej sprawy nie była ocena prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, a uzgodnienia co do zakresu robót przewidzianych w III etapie. W rezultacie brak jest podstaw do uznania za zasadne twierdzenia powoda, że wynagrodzenie za prace przewidziane do wykonania w etapie III dotyczyło prac, które faktycznie zostały już wykonane na wcześniejszych etapach.

Uznanie, że odstąpienie od umowy było bezskuteczne prowadzi do wniosku, że powód nie był uprawniony do żądania zapłaty za materiały budowlane. Zarzut apelacyjny naruszenia art. 354 § 1 k.c. w zw. z § 21 ust. 7 pkt 2 umowy nr (...) polega na zakwestionowaniu uznania przez Sąd Okręgowy, że powód nie wykazał możliwości zagospodarowania tych materiałów na innych budowach. Umowa przewidywała jednak obowiązek odkupienia od wykonawcy materiałów budowlanych tylko w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada. Sąd I instancji prawidłowo uznał, że powód nie dokonał skutecznego odstąpienia od umowy, a zatem powyższa przesłanka nie została spełniona, co było wystarczające do oddalenia powództwa o zapłatę kwoty 12.301,90 zł. Ustalenia Sądu pierwszej instancji co do braku możliwości zagospodarowania tych materiałów (wskazanych w pozycjach 4-8 faktury (...): k. 471) na innych budowach miały zatem charakter uboczny i nie decydowały o wyniku postępowania. W rezultacie należy uznać, że zarzuty skierowane przeciwko tym ustaleniom, które nie mogą skutecznie podważyć ustaleń co do okoliczności mających wpływ na treść rozstrzygnięcia, są chybione.

W związku z powyższym za chybiony należy uznać zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 207 § 6 k.p.c. poprzez uznanie, że wniosek dowodowy powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie rozliczenia wykonanych prac na dzień odstąpienia od umowy był spóźniony, mimo, że został on zgłoszony w piśmie przygotowawczym z dnia 10 lutego 2015 r. złożonym w terminie zakreślonym przez Sąd. W ocenie Sądu Apelacyjnego w rozpoznawanej sprawie nie występują okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, których stwierdzenie wymagałoby wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy wydał wyrok w oparciu o ustalenia, które nie wymagały przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. W rezultacie nieuwzględnienie wniosku o przeprowadzenie tego dowodu nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia i tym samym nie może być podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego.

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny uznał, że zaskarżony wyrok jest trafny oraz zgodny z prawem i na podstawie art. 385 k.c. apelację oddalił.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 i art. 99 k.p.c. ustalając koszty zastępstwa procesowego strony pozwanej w stawce minimalnej określonej w § 6 ust. 6 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jednolity: Dz.U. poz. 461 z 2013 r.) w zw. z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r., poz. 1800).

SSA A. Kowalewski SSA M. Gołuńska SO del. W. Machnicki