

Sygn. akt I ACa 334/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 sierpnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski
Sędziowie	:	SA Jarosław Marek Kamiński SA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 21 sierpnia 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Gminy D.**

przeciwko **Przedsiębiorstwu (...) Spółce z o.o. w O.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 7 grudnia 2012 r. sygn. akt I C 323/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powódki 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

UZASADNIENIE

Powódka Gmina D. wносиła o zasądzenie od pozwanego Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w O. kwoty 322.081,28 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 1 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty, tytułem kary umownej za odstąpienie przez powódkę od umowy o roboty budowlane z dnia 22 sierpnia 2011 roku na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. w związku z brakiem postępu prac przewidzianego harmonogramem płatności. Domagała się także zasądzenia od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwany Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w O. wnosił o oddalenie powództwa na koszt powódki. Wskazywał, że odstąpienie przez powódkę od umowy o roboty budowlane z dnia 22 sierpnia 2011

roku było bezskuteczne. Powódka bowiem podpisała tę umowę i doręczyła ją pozwanemu wraz z dziennikiem budowy dopiero w dniu 12 września 2011 roku. Zgodnie z umową inspektorem nadzoru miał być T. D., który jednak nie pojawił się na terenie robót i który nigdy nie skontaktował się z pozwanym. W dniu 12 września 2011 roku na terenie robót pojawił się J. B. (1), a E. S. - pracownik powódki przedstawiła go jako inspektora nadzoru, choć nie było jakichkolwiek dokumentów to potwierdzających. Częściowe odbiory robót zostały dokonane przy udziale J. B. (1). Wpisy w dzienniku budowy dotyczące tych odbiorów zostały poczynione przez J. W. później, najwcześniej w dniu 23 września 2011 roku. J. W. dokonał wpisu w dzienniku budowy pod datą 12 września 2011 roku (antydatowanego), że jest on inspektorem nadzoru inwestorskiego. Nie stawiał się on jednak na terenie robót, nie kontaktował się też z pozwanym w sprawie robót. Jednocześnie dostarczona przez powódkę dokumentacja inwestycji obarczona była wadami takimi jak: pominięcie w przedmiarze robót konieczności rozbiórki i położenia nawierzchni drogowych różnej technologii, brak jakiegokolwiek dokumentacji geologicznej potrzebnej do określenia parametrów wymiany gruntów, w szczególności pod nawierzchniami dróg (i nieujęcie ich w przedmiarze robót), brak jakiegokolwiek dokumentacji geologicznej potrzebnej do zastosowania wpłukiwania igłofiltrów, przepompowywania wody gruntowej (i nieujęcie ich w przedmiarze robót), przyjęcie w przedmiarze niezgodnej z dokumentacją techniczną metody wykonywania wykopów w zakresie przyłączy (przyjęto wszystkie wykopy mechaniczne, a winno być około 90% wykopów ręcznych), przyjęcie technologii przejścia wykopem (zamiast przeciskiem) przez jedyne drogi dojazdowe do osiedli w sposób wyłączający komunikację samochodową, brak w dokumentacji i przedmiarze robót jakichkolwiek robót związanych z obowiązkowym oznakowaniem przebiegu sieci i posadowienia przepompowni ścieków, zdecydowanie zaniżone podstawowe wielkości określone w przedmiarze robót, przede wszystkim o około 2.000 m³ wykopów. Tak więc rzeczywisty zakres i wartość robót były większe, niż określone przez powódkę w przedmiarze robót. W dniu 4 października 2011 roku pozwany poinformował powódkę o wadach dokumentacji i realnej wartości robót, a także o nieprawidłowościach we wpisach w dzienniku budowy, pozwany zaproponował także zmianę technologii wykonania robót na tańszą, mniej uciążliwą i przyspieszającą wykonanie robót. Początkowo powódka zaakceptowała zmiany, ale następnie zmieniła stanowisko i wezwała pozwanego do wznowienia robót, w odpowiedzi na co pozwany przedstawił propozycję zmian. Zdaniem pozwanego powódka nie miała środków na realizację umowy z dnia 22 sierpnia 2011 roku i dlatego wycofała się z jej realizacji.

Wyrokiem z dnia 7 grudnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 322.081,28 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 1 stycznia 2012 roku i obciążył pozwanego kosztami procesu w kwocie 23.305 złotych.

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 22 sierpnia 2011 roku w wyniku przetargu strony zawarły umowę o roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej we wsi S., zgodnie z dostarczoną dokumentacją techniczną, opisem przedmiotu zamówienia i przedmiarem robót. Roboty zostały podzielone na trzy etapy, przy czym w pierwszym etapie, którego zakończenie przewidziano na dzień 15 października 2011 roku, pozwany miał wykonać roboty stanowiące 44% wartości przedmiotu umowy. W ramach pierwszego etapu pierwsza płatność miała nastąpić do dnia 30 grudnia 2011 roku i miała wynosić nie więcej niż 200.000 złotych, zaś pozostała płatność za pierwszy etap miała nastąpić do dnia 30 czerwca 2012 roku. Pozwany mógł wystąpić o pierwszą zaliczkę nie wcześniej niż w marcu 2012 roku.

W dniu 24 sierpnia 2011 roku powódka przekazała pozwanemu teren budowy. Jednocześnie powódka przekazała pozwanemu dziennik budowy, pozwolenie na budowę i dokumentację projektową. Umowa o roboty budowlane po podpisaniu jej przez strony została zgłoszona do Urzędu Zamówień Publicznych, a jeden jej egzemplarz został niezwłocznie przekazany małżonce pełnomocnika pozwanego M. S. (1).

Pozwany rozpoczął roboty w dniu 12 września 2011 roku i w dniu 13 września 2011 roku wykonał odcinek od studni rozprężnej długości 70 m. W dniu 15 września 2011 roku pozwany wykonał przecisk pod drogą asfaltową.

Pismem z dnia 14 września 2011 roku pozwany zwrócił się do powódki o udzielenie zaliczki w kwocie 80.000 złotych na wykonanie prac z pierwszego etapu. Powódka nie wyraziła jednak zgody na udzielenie pozwanemu zaliczki wskazując, że pierwsza płatność w kwocie 200.000 złotych została przewidziana do dnia 31 grudnia 2011 roku, zaś zaliczka może być udzielona najwcześniej w marcu 2012 roku.

Przy podjęciu robót przez pozwanego powódka wskazała J. B. (1) jako inspektora nadzoru. J. B. (1) faktycznie wizytował budowę i dokonywał odbioru wykonywanych robót. Po dniu 16 września 2011 roku pozwany po uzgodnieniu z J. B. (1) dokonał obustronnego zasypiania wykopu związanego z wykonanym przeciskiem.

W dniu 4 października 2011 roku z inicjatywy pozwanego doszło do spotkania stron, podczas którego pozwany wskazał na możliwość wdrożenia metody przecisków i przewiertu sterowanego w obrębie dróg, a także zaproponował zastosowanie przydomowych przepompowni typu (...), które zostały pozwanemu z wcześniejszych robót. Pozwany miał dostarczyć i zamontować przepompownie w pierwszym etapie robót. Podczas spotkania powódka nie zgodziła się jednak na zastosowanie przepompowni typu (...), zaś co do zastosowania metody przecisków i przewiertów nie podjęto stanowczych decyzji.

Pismem z dnia 5 października 2011 roku powódka wezwała pozwanego do natychmiastowego wznowienia prac. W odpowiedzi pozwany poinformował, że roboty są kontynuowane i jednocześnie zwrócił się z prośbą o zmianę terminu wykonania pierwszego etapu robót do dnia 30 listopada 2011 roku, proponując zmianę technologii wykonywania robót i zmianę przebiegu sieci. Powódka nie wyraziła zgody na przedłużenie terminu wykonania pierwszego etapu robót. Pozwany nie przystąpił do wykonywania robót, a do powódki zaczęli zgłaszać się kontrahenci pozwanego, w stosunku do których pozwany zalegał z płatnościami, w tym również wykonawca przecisku.

W dniu 19 października 2011 roku powódka odstąpiła od umowy o roboty budowlane z dnia 22 sierpnia 2011 roku wskazując, że przyczyną tego odstąpienia jest brak postępu prac przewidzianego harmonogramem płatności, zgodnie z którym do dnia 15 października 2011 roku pozwany winien był wykonać roboty stanowiące 44% wartości całego przedmiotu umowy, podczas gdy faktycznie wykonał roboty stanowiące zaledwie 2% wartości przedmiotu umowy. Nadto powódka podniosła, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w pierwszym etapie robót przewidziano do wykonania montaż 55 przydomowych przepompowni ścieków, zaś do dnia odstąpienia przez nią od umowy pozwany nie zamontował żadnej przepompowni. W związku z odstąpieniem od umowy powódka naliczyła pozwanemu karę umowną w kwocie 339.683,39 złotych i wezwała pozwanego do jej zapłaty w terminie 14 dni od doręczenia wezwania oraz do wykonania obowiązków przewidzianych w § 12 ust. 4 umowy, w szczególności do sporządzenia inwentaryzacji prac wykonanych do dnia odstąpienia przez powódkę od umowy. Termin inwentaryzacji został wyznaczony na dzień 26 października 2011 roku. Pozwany zanegował zasadność i skuteczność złożonego przez powódkę oświadczenia o odstąpieniu od umowy i w związku z tym odmówił udziału w inwentaryzacji. Wobec nie stawienia się pozwanego na placu budowy w terminie wyznaczonym na sporządzenie inwentaryzacji, powódka jednostronnie sporządziła protokół odbioru wykonanych robót, szacując ich wartość na kwotę 14.310,66 złotych netto. Pismem z dnia 26 października 2011 roku powódka zawiadomiła pozwanego o dokonanych czynnościach oraz oświadczyła, że należność za zinwentaryzowane roboty została zarachowana na poczet kary umownej. Pismem z dnia 19 grudnia 2011 roku powódka wezwała pozwanego do zapłaty kwoty dochodzonej pozwem.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Sąd I instancji nie podzielił stanowiska pozwanego, że odstąpienie przez powódkę od umowy było bezskuteczne, bowiem opóźnienie pozwanego z zakończeniem pierwszego etapu robót było wynikiem okoliczności, za które odpowiada powódka.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy zaznaczył, że pozwany nie wykazał, iż późniejsze formalne wyznaczenie inspektora nadzoru miało wpływ na niewykonanie w terminie pierwszego etapu robót. Sąd ten podkreślił, że inspektor nadzoru nie jest osobą, która wspomaga, koordynuje czy kieruje procesem budowlanym. Obowiązki inspektora

nadzoru zostały określone w art. 25 ustawy Prawo budowlane, a z przepisu tego wynika, że inspektor nadzoru jest reprezentantem inwestora. Inspektor nadzoru z założenia jest osobą podporządkowaną potrzebom i interesom inwestora, poddana jego dyspozycjom. Inspektor nadzoru realizuje interesy inwestora sprawdzając jakość robót wykonywanych i wykonanych pod kątem zgodności z wiedzą techniczną. Obowiązki inspektora nadzoru w ramach współpracy z wykonawcą sprowadzają się przede wszystkim do odbioru robót ulegających zakryciu i zanikających, uczestniczenia w próbach i odbiorach, czy potwierdzania robót już wykonanych. Inspektor nadzoru realizując interes inwestora ma prawo, a nie obowiązek wizytowania budowy, a obowiązki inspektora nadzoru w ramach współpracy z wykonawcą aktualizują się w konkretnych przewidzianych ustawowo lub umownie sytuacjach. Sąd I instancji podkreślił, że w dzienniku budowy nie ma jakiegokolwiek wzmianki, by pozwany próbował ustalić osobę inspektora nadzoru i skontaktować się z nim. Nie ma też korespondencji, z której wynikałoby, że pozwany próbował ustalić osobę inspektora nadzoru i nawiązać z nim kontakt. Pozwany nie wskazał konkretnych sytuacji, czy okoliczności, które świadczyłyby o tym, że brak formalnie wyznaczonego inspektora miał wpływ na ukończenie w terminie pierwszego etapu robót. Dalej Sąd I instancji wskazał, że zeznający w sprawie świadkowie, jak i sam pozwany podali, że początkowo na budowie pojawił się J. B. (1), którego powódka przedstawiła jako inspektora nadzoru i który taką rolę faktycznie pełnił. Z twierdzeń pozwanego wynikało, że J. B. (1) dokonał częściowych odbiorów robót w postaci wykonania jednego odcinka 70 m oraz przecisku przez drogę. Pozwany nie podnosił, że J. B. (1) utrudniał procedury, czy też unikał kontaktów z pozwanym. Wprawdzie świadek J. P. zeznał, że przez tydzień po wykonaniu przecisku nikt nie pojawił się na budowie, ale świadek ten nie wskazał, w jaki sposób próbował skontaktować się z J. B. (1), a nadto świadek G. K. podał, że gdy tylko zadzwonił do J. B. (1), to ten wyraził zgodę na zasypanie wykopu. W konsekwencji Sąd Okręgowy stwierdził, że pozwany miał kontakt z osobą wyznaczoną przez powódkę do podejmowania decyzji w zakresie wykonywania robót, a jednocześnie osoba ta podejmowała stosowne decyzje, co pozwoliło pozwanemu zakończyć prace.

Zdaniem Sądu I instancji nie można też uznać, że umowa o roboty budowlane z dnia 22 sierpnia 2011 roku została podpisana przez powódkę i przekazana pozwanemu ze znacznym opóźnieniem. Sąd ten podkreślił, że świadek J. P. zeznał, iż M. S. (2) otrzymał umowę na 5-6 dni przed rozpoczęciem robót, a więc co najmniej około 6 września 2011 roku. Świadek M. S. (2) zeznał, że umowę otrzymał w dwa tygodnie po jej podpisaniu przez pozwanego. Z kolei świadek M. C. podała, że podpisanie umowy zostało zgłoszone do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 25 sierpnia 2011 roku i że małżonka M. M. S. odebrała egzemplarz tej umowy (...) dni po jej podpisaniu. Sąd Okręgowy uznał, że zeznania świadka M. C. są wiarygodne. W ocenie Sądu świadek nie zawiadomiłaby w dniu 25 sierpnia 2011 roku Urzędu Zamówień Publicznych o zawarciu umowy gdyby nie miało to miejsca, bowiem narażałoby to powódkę i świadka na weryfikowalny zarzut poświadczenia nieprawdy. Pozwany nie wskazał w jaki sposób otrzymał umowę, czy osobiście, czy listownie, czy za pośrednictwem innej osoby, a to uwiarygodnia zeznania świadka M. C., że egzemplarz umowy wręczono małżonce M. S. (2). M. S. (1) zeznała jedynie, że nie przypomina sobie, aby otrzymała egzemplarz umowy, ale zeznania te, wobec stanowczych twierdzeń świadka M. C., Sąd I instancji uznał za mało wiarygodne. Sąd Okręgowy zaznaczył, że z pisma Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w O. wynika, że powódka zawiadomiła o rozpoczęciu robót w dniu 26 sierpnia 2011 roku. Z faktu tego Sąd Okręgowy wyprowadził wniosek, że w dniu 26 sierpnia 2011 roku umowa musiała być już podpisana, a powódka nie zwlekała z podjęciem ciężących na niej obowiązków.

Sąd I instancji zaznaczył przy tym, że rozpoczęcie robót uwarunkowane jest wydaniem pozwolenia i uprzednim zgłoszeniem rozpoczęcia robót, co faktycznie miało miejsce, a nie od posiadania umowy o roboty budowlane. Jeżeli jednak pozwany rozpoczynając roboty chciał mieć egzemplarz umowy, a jak twierdził – nie otrzymał go, to mógł i powinien był jako profesjonalista zwrócić się do powódki o niezwłoczne przekazanie egzemplarza umowy. W sprawie nie ma dowodów, że faktycznie to uczynił. Pozwany mógł też uzyskać stosowną informację o umowie nie tylko od powódki (nawet za pomocą faksu), ale także z Urzędu Zamówień Publicznych, skoro umowa została tam zgłoszona. Niezależnie od tego Sąd I instancji zauważył, że wygranie przetargu stwarza po stronie zwycięzcy roszczenie o zawarcie umowy, jeżeli druga strona uchyla się od jej zawarcia.

Jednocześnie Sąd ten zaznaczył, że skoro powódka zawiadomiła o rozpoczęciu robót w dniu 26 sierpnia 2011 roku, to pozwany mógł rozpocząć roboty najwcześniej w dniu 3 września 2011 roku, co wynika z art. 41 ustawy Prawo budowlane. Tym samym powódka nie może odpowiadać za nierozpoczęcie robót przez pozwanego co najmniej do dnia 3 września 2011 roku.

Sąd Okręgowy nie przychylił się także do stanowiska pozwanego, że powódka przekazała mu dziennik budowy ze znacznym opóźnieniem. Zaznaczył, że przekazanie pozwanemu dziennika budowy jest udokumentowane treścią protokołu przekazania placu budowy, podpisanego także przez pozwanego. Trudno zatem, w ocenie Sądu I instancji, czynić ustalenia przeciwne temu protokołowi, tym bardziej że przekazanie placu budowy zbiegło się w czasie ze zgłoszeniem rozpoczęcia robót. W konsekwencji Sąd ten uznał, że zeznania świadków J. P. i M. S. (2), że dziennik budowy został przekazany pozwanemu w dniu 12 września 2011 roku nie są wiarygodne, w szczególności, że świadek M. C. zeznała, że wraz z przekazaniem placu budowy przekazano pozwanemu wszystkie dokumenty, które wymieniono w protokole przekazania placu budowy, a jednocześnie nie ma dowodów na to, że pozwany interweniował u powódki w sprawie przekazania dziennika budowy.

Dalej Sąd I instancji zaznaczył, że pozwany, poza koniecznością zmiany technologii robót, nie próbował wykazać innych trudności, które opóźniły wykonanie robót przewidzianych w pierwszym etapie. Sąd Okręgowy podkreślił, że jeżeli zmiana technologii robót była konieczna, czy chociażby bardziej racjonalna (np. z punktu widzenia uciążliwości robót), to pozwany wiedząc o tym od początku (nic nie wskazuje bowiem na to, że koncepcja stosowania odwiertów wyłoniła się w sposób nagły i niespodziewany) winien był ustalić, czy powódka wyraża zgodę na metodę przecisku i przewiertu sterowanego. Tymczasem pozwany kontaktując się z powódką nie wspomniał o jakichkolwiek trudnościach technicznych, czy wątpliwościach dotyczących sposobu realizacji umowy. Świadek J. B. (1) zeznał, że odbierając roboty nie był informowany o jakichkolwiek problemach, bądź propozycji zmiany technologii, a zeznania te w ocenie Sądu I instancji są wiarygodne, skoro z dziennika budowy wynika, że w dniu 15 września 2011 roku, tj. w trzecim dniu po wytyczeniu geodezyjnym odcinka sieci wykonano przecisk pod drogą asfaltową, zaś w dniu 16 września 2011 roku przeciągnięto rurę przewodową w rurze osłonowej, zgłaszając ten odcinek do odbioru. Jednocześnie do dnia 23 września 2011 roku zasypano odcinek przejścia – przecisku z obu stron, co także świadczy o braku zakłóceń w robotach. Pozwany wstrzymał roboty w dniu następnym powołując się na konieczność wyjaśnienia technologii wykonania odcinka węzła zlokalizowanego w obrębie drogi prowadzącej do szkoły. Pozwany nie podejmował działań zmierzających do wznowienia robót, choćby na innych odcinkach drogi. Nie przedstawił też szczegółowej propozycji zmiany technologii, a konkretne kroki w tym kierunku poczynił dopiero w odpowiedzi na pismo powódki z dnia 5 października 2011 roku. Pomimo zobowiązania przez powódkę w dniu 5 października 2011 roku do wznowienia robót pozwany nie rozpoczął żadnych prac, wnosząc o podpisanie aneksu z przesunięciem terminu wykonania pierwszego etapu robót do dnia 30 listopada 2011 roku. Sąd I instancji podkreślił przy tym, że opóźnienie pozwanego w wykonaniu pierwszego etapu robót było ogromne. Pozwany nie zaprzeczył, że nie wykonano żadnej przydomowej przepompowni ścieków z planowanych w pierwszym etapie 55. W pierwszym etapie, do dnia 15 października 2011 roku miały być wykonane roboty stanowiące 44% wartości przedmiotu umowy, a wykonano jeden przecisk przez drogę oraz nieznaczny odcinek sieci. Pozwany nie kwestionował, że na dzień 15 października 2011 roku wartość robót faktycznie wykonanych do planowanych była znikoma. Pozwany nie kwestionował wartości robót faktycznie wykonanych, ustalonych przez powoda podczas inwentaryzacji. Zakres prac faktycznie wykonanych, ustalonych w inwentaryzacji podważał jedynie świadek G. K., który nie jest jednak stroną postępowania, a nadto jego twierdzenia nie zostały poparte innymi dowodami.

W dalszych rozważaniach Sąd I instancji zaznaczył, że powódka odstąpiła od umowy o roboty budowlane na podstawie art. 635 k.c., który to przepis z mocy art. 656 k.c. stosuje się do umowy o roboty budowlane. Wskazał przy tym, że roboty budowlane stanowią świadczenie podzielne. Według art. 635 k.c. zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym. Powołując się na poglądy doktryny, a także orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych Sąd I instancji podkreślił, że dla realizacji uprawnienia zamawiającego do odstąpienia od umowy na

podstawie art. 635 k.c. istotne jest, aby opóźnienie nie wynikało z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W świetle art. 635 k.c. nie są istotne przyczyny, dla których przyjmujący zamówienie opóźnia się z wykonaniem robót, co oznacza, że możliwe jest skorzystanie przez przyjmującego zamówienia z uprawnienia do odstąpienia od umowy nawet wtedy, gdy przyjmujący zamówienie nie popada w zwłokę. Odstąpienie przez zamawiającego od umowy na podstawie art. 635 k.c. jest przy tym dopuszczalne także po upływie terminu do wykonania umowy. W konsekwencji Sąd Okręgowy stwierdził, że dla skutecznego odstąpienia od umowy przez powódkę z przyczyn leżących po stronie pozwanego wystarczyło, aby pozwany pozostawał w opóźnieniu z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła, o jakim mowa w art. 635 k.c., a opóźnienie to nie wynikało z przyczyn leżących wyłącznie po stronie powódki. W ocenie Sądu Okręgowego pozwany nie wykazał, by do opóźnień w wykonaniu umowy doszło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie powódki. Pozwany bowiem nie wskazywał od początku na stanowczą konieczność wdrożenia innej technologii robót, czy zmian projektowych, precyzując stanowisko w tym zakresie dopiero w piśmie, które wpłynęło do powódki w dniu 13 października 2011 roku o godzinie 12:58, kiedy praktycznie upływał termin zakończenia pierwszego etapu robót. Sąd I instancji podkreślił jednocześnie, że pozwany nie wykazał, iż opóźnienie, w które popadł nie było przez niego zawinione.

Sąd I instancji stwierdził, że skoro w § 9 umowy strony przewidziały karę umowną za odstąpienie przez powódkę od umowy z przyczyn zależnych od pozwanego (a za taką przyczynę należy uznać opóźnienie, o jakim mowa w art. 635 k.c.), to powódka mogła naliczyć stosowną karę umowną. Zaznaczył przy tym, że strony mogą przewidzieć w umowie karę umowną na wypadek odstąpienia jednej strony od umowy niezależnie od stopnia winy drugiej strony. Powódka mogła przy tym dochodzić kary umownej po potrąceniu wartości robót wykonanych przez pozwanego, a wynikających z dokonanej przez powódkę inwentaryzacji.

Sąd Okręgowy wskazał również, że nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosków o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu pisma ręcznego i z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa zgłoszonych przez pozwanego w odpowiedzi na pozew.

W tej części rozważań Sąd I instancji wyjaśnił, że jeżeli pozwany faktycznie rozpoczął roboty budowlane bez stosownego oświadczenia inspektora nadzoru, to nie ma związku pomiędzy brakiem oświadczenia inspektora nadzoru, a także nie złożeniem stosownego podpisu w dzienniku budowy, a postępowaniem robót. Sąd I instancji zaznaczył, że wyznaczenie inspektora nadzoru nie było obligatoryjne i to zarówno z uwagi na rodzaj inwestycji, jak i brak nałożenia takiego obowiązku odrębnym orzeczeniem władz budowlanych. Podkreślił też, że choć art. 41 ust. 4 ustawy Prawo budowlane nakłada na inwestora nadzoru obowiązek zawiadomienia właściwego organu o terminie rozpoczęcia robót budowlanych, jednakże niedopełnienie tego obowiązku w ogóle lub w przewidzianym terminie zagrożone jest jedynie sankcją z art. 93 ustawy Prawo budowlane. Nie wywołuje natomiast bezpośrednio skutków prawnych w sferze oceny legalności budowy. O legalności budowy przesądza posiadanie pozwolenia na budowę (zgłoszenia) oraz prowadzenie robót zgodnie z tym pozwoleniem (zgłoszeniem). Także brak załączników do zawiadomienia, wymienionych w art. 41 ust. 4 ustawy Prawo budowlane nie czyni zawiadomienia bezskutecznym. Zobowiązuje natomiast organ nadzoru budowlanego do żądania ich uzupełnienia i dopiero gdy inwestor, prawidłowo wezwany, tego nie uczyni, to powstaną skutki, o których mowa w art. 93 ustawy Prawo budowlane. Nieuprawniony jest zatem wniosek, że rozpoczęte roboty nie mogły być kontynuowane z uwagi na brak oświadczenia inspektora nadzoru. Z zebranych w sprawie dowodów wynika zresztą, że pozwany w żaden sposób nie sygnalizował powódce tego braku, nie domagał się bądź uzupełnienia dziennika budowy w tym zakresie, nie żądał kopii oświadczenia inspektora nadzoru, które musi być odrębnie dostarczone do władz budowlanych. Jednocześnie Sąd I instancji wskazał, że to, iż J. W. został formalnie zgłoszony jako inspektor nadzoru pod koniec września 2011 roku wynika choćby z informacji pozyskanej z Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego. Natomiast to, czy stosowne wpisy w dzienniku budowy zostały naniesione z datą wcześniejszą z jednej strony badane jest w postępowaniu karnym, z drugiej strony – nie ma znaczenia dla oceny przyczyn opóźnienia pozwanego w wykonaniu pierwszego etapu robót.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że pozwany w sposób niewymuszony i planowy podjął się realizacji robót budowlanych według harmonogramu i na określonych zasadach finansowania. W ocenie tego Sądu trudno doszukiwać się winy w działaniach lub zaniechaniach powódki, która dawała pozwanemu pełną swobodę w realizacji robót budowlanych,

nie narzucając żadnych ścisłych i niezmiennych rygorów technologicznych, technicznych i organizacyjnych. Sąd I instancji zauważył, że skoro wykonany przecisk był zaakceptowany bez jakichkolwiek zastrzeżeń, to można domniemywać, że co do zasady nie byłoby też zastrzeżeń co do wdrożenia podobnej metody, tj. przewiertu sterowanego, chyba że pociągnęłyby to bardziej lub mniej dotkliwie skutki finansowe dla powódki. Jeśli uznać, że umówione przez strony wynagrodzenie w zakresie podstawowego obmiaru było ryczałtowe, wyłącznym rozwiązaniem byłoby posiłkowanie się przepisami dotyczącymi zmiany umowy w oparciu o art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli strony do porozumienia w tej mierze by doszły lub skorzystanie przez pozwanego z możliwości domagania się dodatkowego wynagrodzenia w oparciu o art. 357¹ k.c. Jeśli zaś uznać, iż przewidziane umową wynagrodzenie było kosztorysowe, co strony zgodnie twierdziły, to wtedy pozwany winien niezwłocznie wskazać zakres robót zamiennych lub dodatkowych związanych z realizacją umowy, bowiem byłoby to niezbędne dla właściwego jego wykonania. Nie zostało jednak dowiedzione by zmiana technologiczna była jedynym sposobem wykonania umowy zgodnie z jej treścią. Zmiana technologiczna co najwyżej mogłaby wyeliminować pewne uciążliwości tak dla pozwanego, jak i dla powódki, a właściwie dla faktycznych użytkowników drogi dojazdowej. W sprawie brak jest jednak dowodów na to by powódka swymi niedbałymi, opieszalymi, czy wprost nielojalnymi w tym zakresie działaniami wobec pozwanego spowodowała przewleczenie robót. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że pozwany rozważał możliwość zastosowania metody mniej pracochłonnej, czy mniej uciążliwej, lecz nie złożył żadnej konkretnej propozycji zmiany sposobu prowadzenia sieci. Skoro pozwany traktował ową zmianę technologii wykopów jako istotną z punktu widzenia realizacji umowy i wymagającą odrębnego aneksu lub innego rodzaju oświadczenia, to winien ową zmianę technologii niezwłocznie przedstawić powódce celem uzyskania jej stanowiska, pozwalającego na przedsięwzięcie konkretnych działań i zmian. W tej mierze Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom świadków E. S., M. C. i J. B. (2), którzy wskazali, że ze strony pozwanego przez pierwszy okres inwestycji nie było konkretnych propozycji (nawet w korespondencji pomiędzy stronami brak jest odwołania się do wcześniejszych prób uzgodnień w tym zakresie). Zeznania te o tyle zasługują na wiarę, że w przypadku profesjonalnego obrotu, przy ogromnej skali inwestycji oraz takiej samej skali zaangażowanych środków, wydaje się rzeczą nieprawdopodobną, przynajmniej z punktu widzenia pozwanego, by decyzję w tym przedmiocie pomijano. Pozwany kontaktował się z powódką na piśmie, a we wniosku o wypłatę zaliczki nie ma jakiegokolwiek wzmianki o brakach w projekcie i technologicznych niemożnościach bądź utrudnieniach w realizacji projektu. Sąd Okręgowy uznał przy tym, że zgłoszone przez pozwanego w odpowiedzi na pozew wnioski o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego odnoszące się do projektu nie mogły być uwzględnione, bowiem odpowiedź na zadane przez pozwanego pytania byłaby nieprzydatna dla rozstrzygnięcia sprawy. Podobnie jeśli chodzi o wadliwie określony przedmiarem robót zakres prac. Wadliwie określony przedmiarem robót zakres prac mógł być skorygowany w trybie przewidzianego umową ustalenia prac dodatkowych, jeśli konieczność ta miałaby być oczywistą konsekwencją wadliwego przedmiaru. Jeżeli przedmiar robót byłby wadliwy i przez to stał się zawinioną przez powódkę przyczyną błędnej oceny przez pozwanego skali robót i zawarcia przez niego umowy pod wpływem błędu wywołanego przez powódkę, pozwany mógłby skorzystać z różnych przysługujących mu środków, jak choćby uchylić się od skutków oświadczenia woli z racji błędu co do treści czynności prawnej obejmującej zakres robót. W każdym razie to, że faktyczny zakres robót np. ziemnych, bądź rozbiórkowych byłby większy, a w konsekwencji wynagrodzenie za te roboty byłoby wyższe niż przewidziane obmiarem robót, jest nieistotne dla sprawy o tyle, że tak sformułowana teza nie odpowiada na pytanie, czy zaniżenie zakresu robót stało się przyczyną niewykonania w terminie pierwszego etapu robót. Taka teza nie została w ogóle sformułowana przez pozwanego. Ewentualnie większy zakres robót niezbędnych dla wykonania zadania nie miał wpływu na ocenę tego, że pozwany zadania tego (w zakresie pierwszego etapu) nie wykonał i to praktycznie w całości. Na marginesie Sąd Okręgowy wskazał, że zakres robót niezbędnych dla realizacji projektu mógł być skontrolowany na każdym etapie umowy. Jeżeli zatem projekt i SIWZ zawierały w tej mierze rażące błędy, to winny być one być wychwycone. Z pewnością natomiast nie zachodzi związek pomiędzy wadliwością zakresu przewidzianych umową robót, a popadnięciem pozwanego w znaczące opóźnienie. Zdaniem Sądu I instancji nie ma też związku pomiędzy wyższym wynagrodzeniem za większy zakres robót, a popadnięciem pozwanego w znaczące opóźnienie. Sąd Okręgowy zauważył przy tym, że warunki umowne były identyczne dla wszystkich przystępujących do przetargu i pozwany po otrzymaniu SIWZ miał możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy odpowiadają mu one. Pozwany składając ofertę musiał liczyć się z warunkami umowy, a więc także z koniecznością zakupu przydomowych przepompowni

ścieków, a tym samym z wyłożeniem środków na ich zakup. W ocenie Sądu I instancji nieuzasadniony jest zatem argument pozwanego, że powódka nie miała środków na realizację inwestycji. Do końca 2011 roku powódka była co najwyżej obowiązana do wypłaty nieznannej części wynagrodzenia, zaś pozwany by móc domagać się wynagrodzenia winien był wykonać określony zakres prac (44% wartości kontraktu). Jeżeli niespełna kilka dni po rozpoczęciu robót pozwany zwrócił się do powódki o zaliczkę, to należy domniemywać, że to pozwany nie zabezpieczył stosownych środków. Stąd Sąd I instancji uznał, że powódka nie odstąpiła od umowy z uwagi na brak środków na realizację umowy.

Nadto Sąd Okręgowy podkreślił, że choć od dnia 23 września 2011 roku dziennik budowy czasowo był w posiadaniu powódki, bowiem trzeba było dokonać wpisu J. W. jako inspektora nadzoru, to nie wpłynęło to na tok robót, skoro pozwany konsekwentnie nie podejmował prac nawet po dniu 5 października 2011 roku. Odnosząc się do zapisu w dzienniku budowy o braku postępu robót od dnia 16 września 2011 roku, Sąd I instancji zaznaczył, że po tym dniu mogło dojść do zasypania obu końców przecisku, ale zasypanie obu końców przecisku stanowi pojedynczą pracę, a zapis o braku postępu robót oznacza, że nie rozpoczęto żadnego kolejnego odcinka sieci i nie zamontowano wchodzących w zakres zadania urządzeń np. przepompowni przydomowych. Zasypanie przecisku stanowi jedynie pacę o charakterze zakrywającym wykonany przecisk i nie stanowi postępu w zakresie budowy sieci. Stan robót po zasypaniu obu końców przecisku stał się zresztą podstawą wezwania pozwanego przez powódkę do natychmiastowego wznowienia prac i nie wnosi nic do oceny zakresu prac faktycznie wykonanych na dzień wezwania oraz odstąpienia od umowy.

Końcowo Sąd I instancji wskazał, że umówione przez strony wynagrodzenie, wbrew zgodnym twierdzeniom stron, nie miało charakteru czysto kosztorysowego, a co najwyżej mieszany, tj. w zakresie robót podstawowych objętych kosztorysem, czy kalkulacją przedstawioną przez pozwanego było ono ryczałtowe, co wynika z określenia ceny zamówienia w umowie oraz SIWZ, a nadto z uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast w zakresie robót dodatkowych lub zamiennych było ono kosztorysowe. Sąd Okręgowy podkreślił jednak, że charakter umówionego przez strony wynagrodzenia nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a co najwyżej osłabia pozycję pozwanego, wobec ograniczeń w zakresie możliwości domagania się wynagrodzenia dodatkowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym.

Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd Okręgowy wskazał art. 98 k.p.c.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył apelacją pozwany, zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 65 k.c. poprzez nieprawidłowe zastosowanie w sprawie polegające na wadliwej wykładni zawartej przez strony umowy nr (...) w szczególności:

- pominięciu § 14 umowy przy ocenie, czy zawarta przez strony umowa reguluje w sposób wyczerpujący przesłanki odstąpienia od niej przez strony,
- pominięciu § 12 umowy przy ocenie przesłanek odstąpienia od tej umowy,
- pominięciu § 9 umowy przy ocenie przesłanek naliczenia kary umownej,
- pominięciu § 3, § 4 i § 5 umowy przy ocenie, czy ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego było istotne do celów zmiany technologii wykonania robót,

b) art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. poprzez nieprawidłowe zastosowanie w sprawie polegające na przyjęciu, że przepis ten ma zastosowanie do określenia praw i obowiązków stron przedmiotowej umowy,

2. naruszenie prawa procesowego, tj.:

a) art. 217 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 248 § 1 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nieprawidłowe zastosowanie w sprawie polegające na pominięciu zawnioskowanych przez pozwanego dowodów (wniosków dowodowych) istotnych dla rozpoznania przedmiotowej sprawy, tj. wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, wniosku o zobowiązanie powódki do przedłożenia informacji, jaka kwota przeznaczona była w jej budżecie na realizację przedmiotowego zamówienia, wniosku o zobowiązanie powódki do przedłożenia dokumentacji technicznej przedmiotowych robót oraz pełnej dokumentacji przetargu, w tym dokumentacji technicznej przetargu na zamówienie nr (...) dotyczące wykonania tych samych robót,

b) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieprawidłową ocenę zgromadzonych w sprawie dowodów.

Domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Olsztynie oraz zasądzenia od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalenia faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy poczynione przez Sąd Okręgowy są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Zasadniczych zastrzeżeń Sądu Apelacyjnego nie budzi też dokonana przez Sąd I instancji ocena prawna.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny był zarzut naruszenia art. 65 k.c. przez dokonanie wadliwej wykładni łączącej strony umowy, jak i zarzut błędnego zastosowania art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.

W kontekście tego zarzutu przypomnieć trzeba, że swoboda kształtowania treści umowy przy uwzględnieniu art. 353¹ k.c. oznacza, że strony mogą zawrzeć umowę nazwaną uregulowaną w kodeksie cywilnym lub innym akcie; mogą też zawrzeć umowę nazwaną z wprowadzeniem do niej pewnych odmienności polegających na uzupełnieniu unormowania ustawowego dodatkowymi postanowieniami w postaci klauzul, zastrzeżeń, a także na umieszczeniu w umowie postanowienia regulującego niektóre zagadnienia inaczej niż ustawa bądź wyłączającego zastosowanie niektórych przepisów - w takiej sytuacji swobodę ograniczają jednak przepisy dotyczące danego rodzaju umowy o charakterze iuris cogentis; strony mogą również zawrzeć umowę nienazwaną, której treść ukształtują wedle swego uznania; mogą także połączyć cechy dwóch lub więcej umów nazwanych - tzw. umowy mieszane, negotium mixtum (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2002 roku, I CKN 1144/00, LEX nr 74505).

Strony niniejszego postępowania zawarły umowę o roboty budowlane. W § 12 ust. 1 tej umowy postanowiono, że zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy gdy wykonawca z nieuzasadnionych przyczyn nie rozpoczął robót w ciągu 14 dni kalendarzowych od podpisania umowy pomimo wezwania wystosowanego przez zamawiającego złożonego na piśmie (pkt 1), gdy wykonawca z nieuzasadnionych przyczyn przerwał realizację prac i przerwa ta trwa dłużej niż 14 dni pomimo wezwania wystosowanego przez zamawiającego złożonego na piśmie (pkt 2), w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy (pkt 3), gdy wykonawca nie przekaze zamawiającemu umowy z podwykonawcą przed wprowadzeniem podwykonawcy na teren budowy (pkt 4). Treść powyższych postanowień wskazuje, że przewidziane przez strony w umowie prawo do odstąpienia od umowy przez zamawiającego dotyczy innych sytuacji niż przewidziana w art. 635 k.c., który to przepis poprzez art. 656 § 1 k.c. stosuje się także do umowy o roboty budowlane. Według art. 635 k.c. zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym. Natomiast żadna z przewidzianych umową sytuacji, w których możliwe było odstąpienie od umowy, nie odnosi się do niemożliwości terminowego oddania dzieła.

Skoro w umowie strony nie uregulowały odstąpienia od umowy przez powódkę w sytuacji, w której pozwany opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem robót tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, to nie można zgodzić się ze skarżącym, że odstąpienie od umowy przez powódkę na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. wyłącza § 14 umowy. W § 14 umowy strony postanowiły bowiem, że w sprawach w niej nieuregulowanych będą miały zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy Prawo budowlane. Treść łączącej strony umowy nie wskazuje, by wymienione w niej przypadki odstąpienia od umowy przez zamawiającego miały charakter zamknięty, wyłączający stosowanie regulujących takie odstąpienie przepisów k.c. Dlatego § 14 umowy należy rozumieć jako odesłanie także do tych przepisów, w tym art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Przepis art. 635 k.c. nie ma charakteru *iuris cogentis* i strony mogły wyłączyć jego zastosowanie. Wyłączenie to nie wynika jednak wprost z treści umowy, zatem ciężar wykazania, że w umowie strony wyłączyły zastosowanie art. 635 k.c., zgodnie z regułą z art. 6 k.c., spoczywał na pozwanym. Tymczasem przed Sądem I instancji pozwany w ogóle nie podnosił kwestii wykładni zawartej przez strony umowy, a w postępowaniu apelacyjnym, choć zarzucił naruszenie art. 65 k.c. przez wadliwą wykładnię tej umowy, to nie zaoferował żadnych dowodów na okoliczność rozumienia przez strony umowy w zakresie prawa powódki do odstąpienia od umowy. Zgodnie z art. 232 k.p.c. strony mają obowiązek wskazywania dowodów koniecznych dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Strona, która nie przytoczyła wystarczających dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ponosi ryzyko niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, a Sąd musi wyciągnąć ujemne konsekwencje z braku udowodnienia faktów przytoczonych na uzasadnienie żądań lub zarzutów.

Ostatecznie przychylić się zatem należy do stanowiska Sądu I instancji, że powódka mogła odstąpić od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Sąd Okręgowy trafnie też wskazał, że inwestor może odstąpić od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. niezależnie od tego, czy opóźnienie z rozpoczęciem lub wykończeniem robót jest zawinione, czy niezawinione przez wykonawcę, przy czym skuteczność odstąpienia od umowy przez inwestora na tej podstawie uwarunkowana jest tym, aby opóźnienie wykonawcy nie wynikało z przyczyn leżących po stronie inwestora (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2006 roku, I CSK 129/06, LEX nr 395223). Dla kreowania przez powódkę roszczenia o zapłatę kary umownej związanego z odstąpieniem przez nią od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., w szczególności w świetle § 9 ust 2 pkt c umowy, niezbędne jest jednak także wystąpienie zawinienia po stronie pozwanego. W § 9 ust 2 pkt c umowy strony postanowiły bowiem, że pozwany zapłaci powódce karę umowną za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn zależnych od pozwanego. Postanowienie to wyraźnie łączy odstąpienie od umowy z przyczynami, za które odpowiedzialność ponosi pozwany. Zastrzeżona przez strony w umowie kara umowna stanowi odzwierciedlenie regulacji z art. 483 § 1 k.c. W myśl tego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej określonej w art. 483 § 1 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c. i nast.), co wynika tak z celu kary umownej – kara umowna stanowi bowiem surogat odszkodowania mającego kompensować negatywną dla wierzyciela konsekwencję wynikającą z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, jak i z umiejscowienia przepisów jej dotyczących w kodeksie cywilnym wśród przepisów działu stanowiącego o skutkach niewykonania zobowiązania. Kara umowna należy się wówczas, gdy poza przesłankami z art. 483 k.c. spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności *ex contractu* (z wyłączeniem wykazywania szkody - por. uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 6 dnia listopada 2003 roku, III CZP 61/83, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69). Dłużnik może zatem uwolnić się od zapłaty kary umownej na ogólnych zasadach wykazując, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest przez niego zawinione.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zgodzić się należy z Sądem I instancji, że zebrane w sprawie dowody dawały podstawy do ustalenia, że kwalifikowane opóźnienie pozwanego z zakończeniem pierwszego etapu robót, o jakim mowa w art. 635 k.c., nie wynikało z przyczyn leżących po stronie powódki, a pozwany nie zdołał wykazać, że nie wykonał

umowy z przyczyn przez niego niezawinionych. Sąd Okręgowy dokonując pod tym kątem oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c. Podkreślenia wymaga, że art. 233 § 1 k.p.c. przyznaje sądowi swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zarzut naruszenia tego uprawnienia tylko wtedy może być uznany za usprawiedliwiony, jeżeli sąd zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki, z zasadami wiedzy, bądź z doświadczeniem życiowym. Sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału zachodzi bowiem jedynie wtedy, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie, a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Ze sprzecznością mamy do czynienia wówczas, gdy z treści dowodu wynika co innego niż przyjął sąd, gdy pewnego dowodu nie uwzględniono przy ocenie, gdy sąd przyjął pewne fakty za ustalone, mimo że nie zostały one w ogóle lub niedostatecznie potwierdzone, gdy sąd uznał pewne fakty za nieudowodnione, mimo że były ku temu podstawy oraz, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego rozumowania, co oznacza, że sąd wyprowadza błędny logicznie wniosek z ustalonych przez siebie okoliczności. Należy przy tym mieć na względzie, iż w granicach swobodnej oceny dowodów sąd zobowiązany jest również do przeprowadzenia selekcji dowodów, tj. dokonania wyboru tych, na których się oparł i ewentualnego odrzucenia innych, którym odmówił wiarygodności. Ponadto, jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, chociażby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Pozwany wskazywał, że przyczyną jego opóźnienia z zakończeniem pierwszego etapu robót była niewłaściwa metoda wykonania tych robót. Zdaniem pozwanego należało bowiem przyjąć technologię przejścia przeciskiem, a nie technologię przejścia wykopem przez drogi dojazdowe do osiedli. Niewłaściwa, w ocenie pozwanego, metoda wykonania robót nie jest wadą dokumentacji projektowej. Dokumentacja projektowa ma wady, jeżeli na skutek zastosowania przewidzianego w niej sposobu wykonania robót, czy zastosowania przewidzianych w niej materiałów roboty nie zostaną wykonane prawidłowo. Tymczasem pozwany nie podnosił, że technologia przejścia wykopem nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, a jedynie wskazywał, że technologia przejścia przeciskiem będzie mniej uciążliwa i pracochłonna, niż technologia przejścia wykopem. Większa uciążliwość i pracochłonność technologii przejścia wykopem niż technologii przejścia przeciskiem nie uprawniała pozwanego do wstrzymania się z robotami. Zawierając z powódką umowę, w której przewidziano technologię przejścia wykopem pozwany powinien był stosować tę technologię. Chcąc zaś zastosować technologię przejścia przeciskiem musiał uzyskać zgodę powódki na zmianę metody wykonania robót. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, jak trafnie wskazał Sąd I instancji, że pozwany zwrócił się do powódki z konkretną propozycją zmiany metody wykonania robót dopiero w odpowiedzi na pismo powódki z dnia 5 października 2011 roku wzywające pozwanego do natychmiastowego wznowienia prac. Skarżący nie wykazał, że na spotkaniu w Urzędzie Gminy w D. złożył powódce konkretną propozycję w zakresie zmiany metody wykonania robót, a powódka wyraziła zgodę na tę zmianę.

Pozwany nie mógł także wstrzymać się z robotami powołując się na to, że powódka pominęła pewne roboty, a w konsekwencji nieprawidłowo wyceniła wartość faktycznych robót. Wynagrodzenie pozwanego za roboty dodatkowe i zamienne było wynagrodzeniem kosztorysowym, a zatem pozwany mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia za dodatkowe roboty.

Skoro pozwany nie mógł wstrzymać się z robotami z uwagi na to, że przewidziana w umowie metoda wykonania robót była bardziej uciążliwa i pracochłonna od innej metody, czy z uwagi na to, że powódka pominęła pewne roboty, a w konsekwencji nieprawidłowo wyceniła wartość faktycznych robót, to dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa, który na podstawie oględzin i pomiarów miejsca robót miał ustalić rzeczywisty zakres robót objętych zamówieniem i umową nr (...), wartość robót objętych umową i zamówieniem według tego obmiaru, różnicę kosztów oraz przeanalizować inne skutki wykonania umowy w razie przyjęcia metody wykopowej (jak w dokumentacji wykonanej przez powódkę) i metody przecisku sterowanego (proponowanej przez pozwanego) do wykonania w ramach umowy instalacji sanitarnej, należało oddalić jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Wniosek o dopuszczenie tego dowodu, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy, nie mógł być uwzględniony z uwagi na to, że okoliczności, na które dowód ten miał być przeprowadzony nie były przydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dla jej rozstrzygnięcia

znaczenie miało bowiem to, czy przewidziana umową stron technologia robót, zaniżenie rzeczywistego zakresu robót i ich wartości było przyczyną opóźnienia pozwanego z zakończeniem pierwszego etapu robót. Tym samym należy podzielić stanowisko Sądu I instancji co do oddalenia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność wad dokumentacji projektowej. Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne było to, czy wady dokumentacji projektowej były przyczyną opóźnienia pozwanego z zakończeniem pierwszego etapu robót. Tymczasem pozwany domagając się dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa nie sformułował tezy dowodowej w tym kierunku.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 217 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 248 § 1 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa musiał upaść.

W konsekwencji trzeba też uznać, że nieprzydatna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy była dokumentacja techniczna robót objętych umową stron, czy dokumentacja techniczna na zamówienie nr (...).

Przechodząc do kolejnej wskazywanej przez pozwanego przyczyny jego opóźnienia z zakończeniem pierwszego etapu robót w postaci opóźnionego ustanowienia przez powódkę inspektora nadzoru wskazać trzeba, że powódka rzeczywiście ustanowiła inspektora nadzoru z opóźnieniem. Oświadczenie o podjęciu obowiązków inspektora nadzoru przez J. W. pochodzi bowiem z dnia 27 września 2011 roku, a z twierdzeń pozwanego wynika, że J. W. wykonywał obowiązki inspektora nadzoru najwcześniej od dnia 23 września 2011 roku. Przez zbyt późne ustanowienie inspektora nadzoru powódka uchybiła obowiązkowi umownemu. Obowiązek ustanowienia przez powódkę inspektora nadzoru wynikał bowiem z § 4 ust. 1 pkt 4 umowy, a nie z przepisów ustawy, czy z decyzji o pozwoleniu na budowę (k. 151-152). Nie można jednak uznać, że to uchybienie powódki było przyczyną opóźnienia pozwanego z zakończeniem pierwszego etapu robót. Pozwany nie powoływał się na to, że zbyt późne ustanowienie przez powódkę inspektora nadzoru uniemożliwiło dokonanie odbioru jakiejś części robót i kontynuowanie prac. Zdaniem pozwanego ustanowienie inspektora nadzoru miało znaczenie dla zmiany metody wykonania robót. Zmianę technologii robót, jak wskazano powyżej, pozwany winien był jednak uzgodnić z powódką. Inspektor nadzoru nie może podejmować decyzji w przedmiocie zmiany metody wykonania robót, w szczególności gdy zmiana ta pociągała za sobą wzrost kosztów, a technologia przejścia przeciskiem jest droższa niż technologia przejścia wykopem, co przyznał sam pozwany.

Podzielić należy także stanowisko Sądu I instancji, że przyczyny opóźnienia pozwanego z zakończeniem pierwszego etapu robót nie sposób upatrywać w zbyt późnym dostarczeniu pozwanemu przez powódkę umowy i dziennika budowy. Ustalając, że powódka przekazała pozwanemu dziennik budowy w dniu 24 sierpnia 2011 roku Sąd Okręgowy trafnie oparł się przede wszystkim na protokole przekazania terenu budowy. Protokół ten został podpisany także przez pozwanego. Jednocześnie brak dokumentacji wskazującej na zwracanie się przez pozwanego do powódki o wydanie dziennika budowy. Zbieżne z protokołem przekazania terenu budowy są zeznania świadka M. C. i dlatego zeznaniom tym, w przeciwieństwie do zeznań świadków J. P. i M. S. (2), należało dać wiarę. Zebrany w sprawie materiał dowodowy dawał również podstawy do ustalenia, że powódka podpisała i przekazała pozwanemu umowę bez istotnego opóźnienia. Świadek M. C. zeznała, że podpisanie umowy zostało zgłoszone do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 25 sierpnia 2011 roku, a małżonka pełnomocnika pozwanego M. S. (1) odebrała egzemplarz umowy w 2-3 dni po jej podpisaniu. Zeznaniami świadka M. C. należy dać wiarę nie tyle z uwagi na to, że świadek ta nie zawiadomiłaby Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 25 sierpnia 2011 roku o zawarciu umowy gdyby tej umowy rzeczywiście nie zawarto, bowiem narażałoby to powódkę i świadka na weryfikowalny zarzut potwierdzenia nieprawdy – jak wskazał Sąd I instancji, ale właśnie z uwagi na stanowczość zeznań tego świadka i zbieżność wskazywanych przez nią dat zawarcia umowy i jej doręczenia pozwanemu z datą zawiadomienia Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego o rozpoczęciu robót. Sąd Okręgowy trafnie uznał, że skoro w dniu 26 sierpnia 2011 roku powódka zawiadomiła Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego o rozpoczęciu robót, to w tym dniu umowa musiała być już podpisana.

Jednocześnie nie można przychylić się do stanowiska skarżącego, że powódka odstąpiła od umowy, bowiem wynagrodzenie pozwanego za roboty, które faktycznie musiał wykonać przekraczało środki zarezerwowane na ten cel w budżecie powódki. Zgodnie z umową pierwszy etap robót miał zakończyć się do dnia 15 października 2011 roku, a za roboty wykonane w pierwszym etapie powódka miała zapłacić pozwanemu do 30 grudnia 2011 roku kwotę

200.000 złotych, zaś pozostałą kwotę do dnia 30 czerwca 2012 roku. W momencie odstąpienia od umowy przez powódkę budżet Gminy D. na 2012 rok nie był jeszcze uchwalony. Powódka nie była zatem w stanie stwierdzić, że należne pozwanemu wynagrodzenie przekroczyło środki zarezerwowane na ten cel w budżecie na 2012 rok. Nie sposób też uznać, że powódka odstąpiła od umowy w październiku 2011 roku z uwagi na to, że nie była w stanie zapłacić pozwanemu wynagrodzenia w kwocie 200.000 złotych do dnia 30 grudnia 2011 roku. W konsekwencji nie można uznać, że informacja, jaką kwotę powódka przeznaczyła w budżecie na realizację umowy była istotna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Skoro kwalifikowane opóźnienie pozwanego z zakończeniem pierwszego etapu robót, o jakim mowa w art. 635 k.c., nie wynikało z przyczyn leżących po stronie powódki, a pozwany nie zdołał wykazać, że nie wykonał umowy z przyczyn przez niego niezawinionych, to roszczenie powódki o zapłatę kary umownej związane z odstąpieniem przez nią od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. zasługiwało na uwzględnienie. Końcowo wskazać tylko należy, że pozwany nie kwestionował wysokości żądanej przez powódkę kary umownej i dlatego zaniechano rozważań w tym przedmiocie. Skarżący nie powoływał się też na przesłanki miarkowania kary umownej, a Sąd Apelacyjny nie doszukał się w materiale dowodowym sprawy okoliczności, które mogły uzasadniać zastosowanie art. 484 § 2 k.c.

Z tych względów apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono mając na uwadze wynik tego postępowania oraz treść art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 109 k.p.c. Pozwany przegrał sprawę w postępowaniu odwoławczym i dlatego zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. powinien zwrócić powódce poniesione przez nią koszty postępowania odwoławczego, na które składa się wynagrodzenie pełnomocnika, którego wysokość ustalono w oparciu o § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490).