

Sygn. akt I ACa 443/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński
Sędziowie	:	SA Irena Ejsmont - Wiszowata (spr.) SA Elżbieta Bieńkowska
Protokolant	:	Sylwia Radek - Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 11 października 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Syndyka masy upadłości Zakładu(...)** w Z.

przeciwko **Gminie M. Z.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łomży

z dnia 26 marca 2013 r. sygn. akt I C 420/11

- zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I o tyle, że zasądza od pozwanej Gminy M. Z. na rzecz powoda Syndyka masy upadłości Zakładu (...)** w Z. kwotę 304.288,60 (trzysta cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt osiem 60/100) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 lipca 2011 r. oraz kwotę 24.701 (dwadzieścia cztery tysiące siedemset jeden) zł tytułem zwrotu części kosztów procesu;
- oddala apelację w pozostałym zakresie;**
- zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2.767 zł tytułem zwrotu części opłaty od apelacji;**
- znosi wzajemnie między stronami pozostałe koszty procesu w drugiej instancji.**

Sygn. akt I A Ca 443/13

## UZASADNIENIE

Powód - Zakład(...) w Z. wniósł o zasądzenie od pozwanej Gminy M. Z. kwoty 355.662 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 11 czerwca 2011 r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu stanowiska wskazywał, że łączyła go z pozwaną umowa o roboty budowlane zawarta w dniu 13 sierpnia 2010r., w wyniku przetargu przeprowadzonego w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W trakcie realizacji prac okazało się, że istnieją niezgodności terenu z projektem oraz konieczność wykonania odwodnienia terenu objętego zamówieniem. Inwestor zaakceptował konieczność wykonania tych prac, które nie były przewidziane w projekcie i strony zawarły umowę na wykonanie przyłącza kanalizacji deszczowej. Jednak finalnie Gmina nie uznała tych prac za roboty dodatkowe, ani też nie zgodziła się na zmianę terminu zakończenia prac wskazanego w umowie z dnia 13 sierpnia 2010r., a następnie bezpodstawnie, zdaniem powoda, naliczyła kary umowne za 180 dni opóźnienia i potrąciła je z należnego wykonawcy wynagrodzenia. Z ostrożności procesowej powód wniósł też o obniżenie wysokości naliczonej kary umownej, będącej jego zdaniem rażąco wygórowaną do kwoty stanowiącej 1%.

Postanowieniem z dnia 8 października 2012r. Sąd Rejonowy w Łomży ogłosił upadłość powoda z możliwością zawarcia układu; syndyk masy upadłości poparł powództwo, potwierdził czynności dokonane do tej daty przez upadłego i w dalszym postępowaniu występował jako strona powodowa.

Pozwana - Gmina M. Z. nie uznała powództwa i wносиła o jego oddalenie. Wywodziła, że kara umowna została naliczona prawidłowo, ponieważ powód opóźnił się z wykonaniem umowy i bez znaczenia jest przyczyna nie wywiązania się wykonawcy z umowy. Konieczność wykonania dodatkowych prac kanalizacyjnych nie jest istotna, ponieważ przyczyną opóźnienia było rozpoczęcie robót budowlanych dopiero w dniu 15 października 2010r. Pozwana przyznała, że zgłoszona przez wykonawcę propozycja zmiany kanalizacji była uzasadniona, ale podniosła, że nie była umową o roboty dodatkowe w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyrokiem z dnia 26 marca 2013 roku Sąd Okręgowy w Łomży zasądził od Gminy M. Z. na rzecz Syndyka masy upadłości Zakładu (...) kwotę 355.622 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 lipca 2011r. do dnia zapłaty oraz kwotę 28.701 zł tytułem kosztów procesu i nakazał ściągnąć od Gminy M. Z. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łomży kwotę 552,19 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sąd ustalił, że Gmina M. Z. działając w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych ogłosiła i przeprowadziła przetarg na wykonanie zagospodarowania terenu parku przy Szkole Podstawowej nr (...) w Z.. W dniu 2 sierpnia 2010r. dokonano wyboru oferty złożonej przez Zakład (...) w Z. i w dniu 13 sierpnia 2010 r. została zawarta z tym podmiotem umowa nr (...). W projekcie wykonawczym, który był podstawą realizacji inwestycji, zamawiający przewidział odprowadzenie wód opadowych za pomocą odwodnienia powierzchniowego, częściowo do istniejącego wpustu ulicznego zlokalizowanego przy budynku wielorodzinnym przy ul. (...). Za wykonanie umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.975.904,64 zł brutto, które miało obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost z dokumentacji w części opisowej i rysunkowej. Termin realizacji umowy określono na trzy miesiące od dnia przekazania placu budowy. Strony w umowie przewidziały możliwość przesunięcia terminu zakończenia zadania z powodu: 1) siły wyższej, 2) wystąpienia konieczności wykonania robót, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a od ich wykonania uzależnione jest zrealizowanie przedmiotu umowy, 3) wstrzymania robót przez zamawiającego, w przypadku wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej, 4) sytuacji innych zawartych w rozdz.3 pkt III SIWZ (§4 umowy). Nadto łącząca strony umowa stanowiła, że w przypadku udzielenia wykonawcy robót zamówień dodatkowych, nie objętych zamówieniem podstawowym i nie przekraczających 50% wartości zamówienia podstawowego, będą zastosowane przepisy art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych (§5 umowy). Umowa przewidywała nadto, że w przypadku opóźnienia w wykonaniu umowy wykonawca zobowiązuje się zapłacić zamawiającemu karę umowną stanowiącą 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na wykonanie zamówienia do dnia faktycznego odbioru oraz że kary te mogą zostać potrącone przez zamawiającego z faktur wystawionych przez wykonawcę (§12 umowy).

W dniu 26 sierpnia 2010 r. pozwana protokolarnie przekazała wykonawcy plac budowy - park przy Szkole Podstawowej nr (...) w Z.. Już 25 sierpnia 2010 r. wykonawca zamówił niezbędny do wykonania zleconych prac kamień biały i czarny (dostarczony w dniu 11 października 2010 r.), w dniu 1 września 2010 r. płyty betonowe (dostarczone w dniach 15 października i 15 listopada 2010 r), natomiast w dniu 8 września 2010 r. zamówił różnego rodzaju kostkę granitową (dostarczoną 1, 7, 8, 11, 12, 18, 27 października 2010 r.). Pod koniec września 2010r. wykonawca przystąpił do prac geodezyjnych, tj. wytyczono główne ciągi komunikacyjne oraz uzbrojenia, odnaleziono w terenie istniejące uzbrojenia, co trwało przez okres ponad dwóch tygodni i co nie zostało udokumentowane w dzienniku budowy. W dniu 15 października 2010 r. geodeta zakończył odnotowane w dzienniku budowy prace geodezyjne, m.in. wytyczył osie chodników, słupy elektryczne i fontannę. Bezpośrednio po tym robotnicy powoda weszli na budowę. W trakcie realizacji inwestycji, w październiku 2010r. wykonawca stwierdził niezgodności terenu z projektem dotyczące powierzchniowego odprowadzania wód deszczowych i zgłosił inwestorowi potrzebę zmiany przewidzianej w projekcie formy odwodnienia na kanalizację deszczową, którą – jak stwierdzono na skutek nasilonych w tym okresie opadów atmosferycznych, należało wykonać. Wcześniej zamawiający nie przewidział takiego rozwiązania, wobec czego prace te nie były ujęte w projekcie i nie były objęte pozwoleniem na budowę. Obowiązek zgłoszenia tych prac do Starostwa Powiatowego w Z. obciążał inwestora. Pomimo przedstawienia przez wykonawcę projektu wykonania kanalizacji deszczowej już w dniu 26 października 2010r., pozwana mimo akceptacji potrzeb wykonania takich prac, aż do 10 grudnia 2010r. nie podjęła w związku z tym faktem żadnych działań, choć czynności te były realnie możliwe do wykonania przez pozwaną przez okres 2 tygodni od daty zgłoszenia przez wykonawcę konieczności wykonania kanalizacji deszczowej, która to zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i zasadami ekonomii oraz prawa budowlanego winna być wykonana przed zakończeniem prac z pierwszej umowy. Pomimo takiej sytuacji wykonawca nie zszedł z placu budowy, chociaż tempo prac wykonywanych w ramach realizacji inwestycji mogło być wtedy wolniejsze. Oczekując na decyzję inwestora przeprowadził prace w głównym ciągu oraz roboty ziemne na terenie, gdzie było pewne, że kanalizacja nie będzie przebiegała. Wykonał też prace związane z budową sieci kanalizacji sanitarnej, podbudowy pod nawierzchnię, zainstalował fontanny, jednak powstrzymywał się od prac przy nawierzchni, ponieważ mogłyby one utrudnić późniejsze wykonanie kanalizacji i byłyby niezgodne z zasadami sztuki budowlanej.

W dniu 29 listopada 2010r. wykonawca złożył wniosek o przesunięcie terminu realizacji umowy głównej, a w dniu 1 grudnia 2010r. zabezpieczył teren budowy. Bezpośrednio przed tą datą, tj. w dniu 26 listopada 2010r. pozwana wybrała jeden z trzech wariantów projektu przebiegu kanalizacji deszczowej. Do tego dnia, wobec braku decyzji inwestora, gdzie będą przebiegały przykanaliki, występującej w dwóch miejscach kolizji między ciągami pieszymi a przebiegiem linii kanalizacyjnej oraz braku zgłoszenia tej drugiej budowy do Starostwa Powiatowego, pod względem finansowym możliwe było wykonanie około 30% prac przewidzianych w spornej umowie. W końcu listopada 2010r. wykonawca pod względem rzeczowym wykonał około połowy prac objętych umową z dnia 13 sierpnia 2010r.

Dopiero w dniu 10 grudnia 2010r. pozwana wystąpiła do wykonawcy z zapytaniem ofertowym w trybie art. 1 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i już w dniu 14 grudnia 2010r. strony zawarły umowę na wykonanie robót budowlanych polegających na wybudowaniu przyłącza kanalizacji deszczowej wraz z przykanalikami. Wynagrodzenie ryczałtowe ustalono na kwotę 65.294,98 zł brutto, a termin realizacji umowy wyznaczono do dnia 20 grudnia 2010r. W zaistniałej sytuacji wykonawca bezskutecznie występował o zmianę przewidzianego w umowie z dnia 13 sierpnia 2010r. terminu zakończenia robót. W dniu 22 grudnia 2010r. przedstawiciele obu stron pisemnie stwierdzili, że na placu budowy wykonano prace związane z budową sieci kanalizacji sanitarnej, podbudowę pod nawierzchnię i zainstalowano fontannę. Potwierdzili, że prace budowlane wykonywane na działce nr (...) uniemożliwiają zakończenie wszystkich robót i przekazanie ich do odbioru końcowego. Postanowiono, że prace budowlane zostaną wykonane po dostarczeniu przez inwestora projektu zagospodarowania terenu i kopii zgłoszenia do właściwego organu.

W dniu 16 lutego 2011 r. Gmina M. Z., po uprzedniej konsultacji z kierownikiem budowy, zgłosiła do Starostwa Powiatowego w Z. zamiar budowy polegający na wykonaniu przyłączy kanalizacji deszczowej z przykanalikami w zakresie przyłączy kanalizacji deszczowej. Termin rozpoczęcia jego realizacji określono w zgłoszeniu na dzień 21 marca 2011 r. W okresie od 1 grudnia 2010 r. do 21 marca 2011 r. nie wykonywano na placu budowy prac przewidzianych

w umowie nr (...) z dnia 13 sierpnia 2010 r. ponieważ - oceniając rzecz według zasad sztuki budowlanej - wcześniej należało wykonać kanalizację deszczową.

W dniu 21 marca 2011r. wykonawca wznowił prace na budowie i przystąpił do wykonywania kanalizacji deszczowej wraz z przykanalikami. W dniu 1 kwietnia 2011 r. do umowy z dnia 14 grudnia 2010r. zawarto aneks nr (...), w którym stwierdzono, że zgodnie z tą umową nr (...), roboty budowlane miały być prowadzone na terenie działek nr (...), ale z uwagi na brak zgody współwłaściciela działki nr (...) na prowadzenie robót związanych z budową przykanalika przy Szkole Podstawowej nr (...), wystąpiła konieczność dokonania zmian w projekcie zagospodarowania terenu i dokonania zgłoszenia możliwości prowadzenia robót z pominięciem działki nr (...). Opracowano nowe rozwiązania techniczne dotyczące budowy przykanalika, które uwzględniały prowadzenie robót na działkach będących wyłączną własnością inwestora i dokonano zgłoszenia prac do właściwego organu a strony aneksem zmieniły §3 umowy z dnia 14 grudnia 2011 r. ustalając termin realizacji jej przedmiotu na dwa tygodnie od dnia przekazania przez Gminę M. Z. projektu zagospodarowania terenu wraz z kopią zgłoszenia.

Roboty związane z wykonaniem drugiej umowy zawartej między stronami trwały 15 dni tj. do dnia 5 kwietnia 2011r. kiedy to wykonawca zgłosił pozwanej zakończenie tych robót zgodnie z aneksem nr (...) z dnia 1 kwietnia 2011r. W tym samym czasie wykonywane były roboty umowne technologicznie powiązane z wykonaniem kanalizacji deszczowej - zasypywano rury gruntem i zagęszczano go, co stanowiło podbudowę pod kostkę granitową i płyty betonowe. Od dnia 6 kwietnia 2011r. wykonawca podjął roboty budowlane w zakresie prac przewidzianych w umowie nr (...) z dnia 13 sierpnia 2010 r. i w dniu 17 maja 2011r. zgłosił ich zakończenie.

W dniu 26 maja 2011 r. został komisyjnie sporządzony protokół końcowy odbioru robót budowlanych, w którym przedstawiciele inwestora stwierdzili, że przedmiot umowy został z winy wykonawcy wykonany ze 180 dniowym opóźnieniem. Jako przyczynę opóźnienia podali spóźnione przystąpienie do robót oraz niewłaściwą ocenę zakresu robót. Przedstawiciel wykonawcy nie zgodził się z takimi stwierdzeniami protokołu wskazując, że roboty opóźniły się z przyczyn niezależnych i przez to niezawinionych przez wykonawcę. Finalnie pozwana nie wносиła zastrzeżeń co do jakości wykonanych robót. Z wystawionej przez wykonawcę w dniu 27 maja 2011 r. faktury VAT nr (...) opiewającej na kwotę 415.987,30 zł pozwana potrąciła karę umowną w łącznej kwocie 355.662 zł, stanowiącą równowartość 0,1% za każdy dzień opóźnienia od całościowego wynagrodzenia w wysokości 1.975.904,64 zł.

Nadto Sąd ustalił, że w okresie od 15 października 2010r. do 31 grudnia 2010r. prace przy realizacji inwestycji wynikającej z umowy z dnia 13 sierpnia 2010r. wykonywało 37 pracowników i wykonawca dysponował mocami przerobowymi niezbędnymi do wykonania prac z obu umów. Budowanie przyłączy deszczowych i kanalików po wykonaniu całego parku byłoby niezgodne z zasadami sztuki budowlanej. Gdyby kanalizacja deszczowa była wykonywana po zakończeniu robót ze spornej umowy, to koszt wykonania robót kanalizacyjnych byłby wyższy o około 20% ich wartości. Wykonanie tych robót jako nowego zamówienia po zakończeniu poprzedniej inwestycji wymagałoby demontażu: chodników, kostki granitowej, podbudowy, wykonania wykopów, ułożenia przewodów, studzienek i wpustów, zasypania wykopów z zagęszczeniem i ponownego ułożeniem kostki granitowej. W konsekwencji prowadziłoby do częściowych strat w materiałach wbudowanych w ramach poprzedniej inwestycji, jak też uniemożliwiałoby uzyskanie tej samej płaszczyzny chodnika, co przed wykonaniem poprzednich prac.

Nadto Sąd ustalił, że gdyby wykonawca nie zgłosił inwestorowi potrzeby wykonania kanalizacji deszczowej i następnie kanalizacja taka zostałaby wykonana jako kolejna, nowa inwestycja, to jej koszt wyniósłby kwotę 53.519,98 zł, a inwestor poniósłby dodatkowo koszty demontażu chodników i podbudowy oraz koszty ich ponownego ułożenia, przy założeniu ponownego wbudowania wszystkich poprzednich materiałów, w łącznej kwocie 33.542 zł. Za wykonanie kanalizacji deszczowej zgodnie z umową z dnia 14 grudnia 2010r. nr (...) pozwana zapłaciła wykonawcy kwotę 53.519,98 zł oszczędzając pozostałe wskazane powyżej koszty związane z demontażem, a tym samym nie ponosząc dodatkowych kosztów i korzystając przy okazji z uproszczonej procedury wykonania tych prac.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Sąd uznał powództwo za zasadne, uznając, że zasadniczą kwestią sporną między stronami jest odmienna ocena obiektywnych przyczyn niedochowania umownego terminu

zakończenia prac objętych umową z dnia 13 sierpnia 2010r. oraz sposobu realizacji poszczególnych etapów prac i jego zgodność z łączącą strony umową i przepisami art. 41 ust. 1 ustawy - prawo budowlane, art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 484 § 2 k.c.

Sąd uznał, że konieczność wykonania prac dodatkowych stanowiła okoliczność uzasadniająca przedłużenie wykonawcy terminu realizacji umowy. Po analizie treści umowy na tle art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przepisu Sąd stwierdził, prace związane z kanalizacją deszczową stanowiły prace dodatkowe, o jakich mowa w powołanym przepisie i nie może zmienić tej kwalifikacji fakt, że pozwana zawarła z powódką umowę o budowę kanalizacji deszczowej z pominięciem postanowień art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. Sąd zauważył, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. ma na celu uprościć procedury i działać na korzyść udzielającego zamówienie, aby uniknąć skomplikowanej procedury przetargowej, nie może natomiast być wykorzystywany przez jedną ze stron, do formułowania korzystnej dla niej definicji umowy dodatkowej. Sąd stwierdził, że prawidłowość wykonania zamówienia podstawowego, tj. umowy z dnia 13 sierpnia 2010r. była uzależniona od wykonania zamówienia dodatkowego w postaci kanalizacji deszczowej, co strona pozwana przyznała już w październiku 2010r. Jednocześnie bezpośrednio po tej dacie, aż do 10 grudnia 2010r. nie podjęła czynności umożliwiających wykonanie kanalizacji deszczowej, co zdaniem Sądu stanowiło nieuzasadnioną trwającą półtora miesiąca (od 26 października do 10 grudnia) zwłokę po stronie inwestora. Opierając się m.in. na opinii biegłego z zakresu budownictwa A. T. Sąd stwierdził, że oczekiwanie na decyzję inwestora nie było zawinione przez wykonawcę, a konieczność wykonania prac dodatkowych uzasadniało spowolnienie dotychczasowego tempa prac, których kolejność powinna być zachowana z punktu widzenia sztuki budowlanej oraz zasad ekonomiki i racjonalnego realizowania inwestycji budowlanej. Prace zaś z umowy podstawowej nie mogły być wykonane prawidłowo bez uprzedniego wykonania prac dodatkowych.

W ocenie Sądu zatem konieczność wykonania dodatkowych prac wstrzymujących wykonywanie prac z umowy podstawowej uzasadniało przedłużenie terminu ich wykonania na podstawie § 4 łączącej strony umowy. Dlatego w zaistniałych okolicznościach, w efekcie korzystnych dla inwestora, nie ma podstaw do czysto arytmetycznego przeliczenia tego opóźnienia na kary umowne. Nadto Sąd stwierdził, że niezależnie od umownych warunków przesunięcia terminu, dla skutecznego naliczenia przez pozwanego kar umownych z tytułu opóźnienia, nie została spełniona ustawowa przesłanka zawinienia ze strony zobowiązanego do zapłacenia kary umownej. Wprawdzie umowne postanowienia w tej mierze dają możliwość dochodzenia kar bez dowodzenia wysokości rzeczywistej szkody, jednak nie wyłączają podstawowej przesłanki powstania odpowiedzialności, jaką jest wina, zaś ewentualna wysokość szkody może być brana pod uwagę przy ewentualnym miarkowaniu kary umownej. W wykonaniu łączącej strony umowy, inwestor nie poniósł szkody. Zobowiązanie zostało wykonane należycie, wykonawca reagował na wszystkie propozycje zmian ze strony zamawiającego, a opóźnienie w wykonaniu przedmiotowej umowy zaistniało z przyczyn od wykonawcy niezależnych, tkwiących po stronie inwestora i nie skutkowało powstaniem po jego stronie szkody. Zdaniem Sądu wykonawca nie ponosi winy za zaistniały przestój w wykonywaniu robót głównych bowiem działał starannie, zgodnie z zawodowym charakterem wykonywanych robót. To pozwana stworzyła projekt, którego założenia nie odpowiadały przeznaczeniu i celom obiektu, a skoro zaakceptowała propozycję wykonania kanalizacji deszczowej winna działać bez zbędnej zwłoki przy obciążających ją formalnościami zgłoszeniowych. Sąd uznał zatem, że brakiem w tym zakresie staranności pozwanej, nie może być w prosty sposób obarczona działająca fachowo strona powodowa, bo byłoby to niezgodne z dyspozycją art. 484§2 k.c., ale też z zasadami współżycia społecznego w postaci reguł uczciwego obrotu. Sąd powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego stanął na stanowisku, że kryteria słusznościowe mogą być podstawą zredukowania kary umownej, gdy zaistniały przesłanki jej nałożenia, jak też kryteriami oceny zawinienia osób potencjalnie zobowiązanych do zapłaty takiej kary. Opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek wykonywania prac, które zwiększyły użyteczność obiektu, brak odwodnienia spowodowałby, że teren parku podczas opadów deszczu byłby zalewany wodą. W ocenie Sądu zatem zaistniała przesłanka przedłużenia terminu wykonywania prac przez wykonawcę (§4 umowy), do czego jednak formalnie nie doszło. Odmowa przedłużenia terminu nie wykreowała jednak prawa pozwanej do naliczenia w stosunku do wykonawcy kary umownej i jej potrącenia z należności za ostatni etap robót bowiem decydujące znaczenie ma obiektywna niemożność wykonywania prac przez powoda.

Sąd nie podzielił nadto stanowiska pozwanej, że przyczyną opóźnienia było zbyt późne rozpoczęcie przez wykonawcę prac na budowie. Z akt sprawy wynikało bowiem, że w dniu 13 sierpnia 2010 r. podpisano umowę nr (...) na wykonanie robót, a 26 sierpnia 2010 r. protokolarnie przekazano plac budowy. Wykonawca zaś niezwłocznie zamówił niezbędne do realizacji inwestycji materiały, następnie od końca września przeprowadzono też czynności geodezyjne, co oznacza że w rozumieniu art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - prawo budowlane nastąpiło rozpoczęcie budowy. Wprawdzie zdaniem biegłego prace te zostały jednak rozpoczęte zbyt późno, aby zrealizować umowę do dnia 26 listopada 2010 r. jednak jak wynikało z materiału dowodowego co najmniej od 26 października 2010 r. prace mogły być wykonywane w ograniczonym zakresie z uwagi na opady atmosferyczne i stwierdzoną konieczność wykonania kanalizacji deszczowej, brak decyzji inwestora co do jej przebiegu oraz wymagające korekt niezgodności terenu z projektem. Właśnie to zdaniem Sądu wstrzymywało wykonawcę, posiadającego odpowiedni sprzęt i personel, przed podejmowaniem większości robót budowlanych, a dodatkowo niemożność działania pogłębiały panujące w październiku i listopadzie 2010 r. złe warunki pogodowe, co znalazło odzwierciedlenie w dzienniku budowy. Spowodowało to, że strona powodowa nie mogła realizować umowy zgodnie z harmonogramem prac i nie miała szans na terminowe zakończenie przedmiotowych prac. Co prawda opóźniła się z wejściem na budowę, jednakże ostatecznie niezależne od tego, przewidziane w umowie lub SIWZ czynniki spowodowały, że nie mogła prac tych swobodnie realizować. Dlatego też Sąd uznał, że opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...) było przez stronę wykonującą niezawinione, przez co nie jest ona odpowiedzialna z tytułu naliczonej w stosunku do niej kary umownej, co skutkowało uwzględnieniem powództwa w całości.

Sąd zasądził odsetki na podstawie art. 481 k.c. uznając za termin wymagalności datę upływu 7 dniowego terminu doręczenia stronie pozwanej pisma powoda wzywającego do zapłaty potrąconej z wystawionej faktury VAT nr (...) kary umownej tj. dzień 4 lipca 2011 r., a zatem za dzień od kiedy pozwana pozostawała w zwłóce Sąd finalnie uznał dzień 5 lipca 2011 r. od tej daty zasadzając odsetki.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł w oparciu o art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniosła pozwana, która zaskarżając go w części tj. w zakresie pkt I ponad kwotę 245.011,60 zł oraz w części rozstrzygnięcia dotyczącego kosztów tj. ponad kwotę 23.168 zł zarzuciła naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności:

- art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że umowa z dnia 14 grudnia 2010 roku i wykonane na jej podstawie prace były pracami dodatkowymi w rozumieniu tego przepisu,
- art. 484 k.c. poprzez przyjęcie, że dla zasadności naliczenia kary umownej pozwana musiała ponieść szkodę,
- art. 484 k.c. poprzez przyjęcie, że naliczenie kary umownej nie było zasadne z uwagi na to, że wykonawca nie poniósł winy za zaistniały przestój w wykonywaniu robót głównych;

a także naruszenie przepisów prawa proceduralnego, w szczególności art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i jego ocenę wbrew pozostałym dowodom zebranym w sprawie w tym w szczególności:

- wybiórczą ocenę dowodów i brak ustosunkowania się do faktu, iż biegły w swojej opinii wskazał na 56-dniowe zawinione opóźnienie powoda,
- poprzez zasądzenie całego roszczenia i nie uwzględnienia zasadności naliczenia kary umownej w wysokości 110.650,40 zł (1.975,90 zł x 56 dni opóźnienia),
- poprzez przyjęcie, że zaistniała przesłanka przedłużenia terminu wykonania prac przez wykonawcę zgodnie z § 4 łączącej strony umowy,

- sprzeczność ustaleń faktycznych poprzez uznanie, że powód opóźnił się z wejściem na budowę, a mimo to Sąd uznał, że opóźnienie w wykonaniu umowy nie było przez stronę wykonującą zawinione.

Wskazując na powyższe strona pozwana wnosila o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie I, poprzez oddalenie powództwa ponad kwotę 245.011,60 zł oraz zasądzenie kosztów procesu w kwocie 23.168 zł; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie go do ponownego rozpatrzenia przez Sąd I instancji - przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego. Nadto strona pozwana wniosła o zasądzenie od powoda na swoją rzecz zwrotu kosztów postępowania za II instancję, w tym także zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za II instancję.

Strona powodowa w odpowiedzi na apelację wnosila o jej oddalenie oraz o zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:**

#### ***Apelacja pozwanej zashugiwała na częściowe uwzględnienie.***

Na wstępie należało zauważyć, że częściowe jedynie zaskarżenie wydanego wyroku wskazuje, że co do zasady pozwany uznał zasadność powództwa. Już choćby zatem z tej przyczyny część ze wskazanych w apelacji zarzutów nie mogła zostać uwzględniona.

Niemniej analizując zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. Sąd Apelacyjny uznał wprawdzie za trafne ustalenia Sądu Okręgowego co do okoliczności dotyczących zawarcia i terminów oraz okoliczności poszczególnych etapów wykonania umowy z dnia 13 sierpnia 2010r. Jednak nie zgodził się ze stanowiskiem zajęтым przez Sąd I instancji, że bezsporna w sprawie okoliczność wykonania prac po terminie tj. po 26 listopada 2010r. wynika wyłącznie z przyczyn niezależnych od powoda.

Analiza materiału dowodowego wskazuje, że niezawinionym, a zatem nie dającym podstaw do naliczenia kar umownych, okresem opóźnienia był jedynie czas, jaki upłynął od wstrzymania robót budowlanych przez inspektora nadzoru do zakończenia budowy kanalizacji deszczowej. Konieczność wykonania w tym okresie robót dodatkowych w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiło przesłankę przedłużenia terminu wykonania prac zleconych pierwotną umową. Natomiast nie może zostać pominięte, że powód rozpoczął prace z opóźnieniem, co samo w sobie - niezależnie od innych czynników, czyniło wykonanie prac w terminie przewidzianym umową z dnia 13 sierpnia 2010r. niewykonalnym. Zwrócić należy uwagę, że pomiędzy protokolarnym przejęciem placu budowy przez powoda (co nastąpiło w dniu 26 sierpnia 2010r.), a wykonaniem czynności z zakresu geodezji (co trwało od końca września 2010r. do 15 października 2010r.), w pracach wykonawcy wystąpiła niczym nie uzasadniona przerwa. Braku podejmowania działań w tym okresie sama strona powodowa nie jest w stanie racjonalnie uzasadnić. Pracownicy pozwanego weszli na plac budowy wprawdzie bezpośrednio po zakończeniu prac przez geodetę tj. w dniu 15 października 2010r. Jednak zważywszy, że umowa przewidywała na wykonanie zleconych nią prac okres 92 dni (a nawet przy uwzględnieniu faktu, że powód wykonał je w praktyce w ciągu 88 dni), rozpoczęcie prac dopiero w dacie 15 października 2010r. powodowało, że już tylko z tej przyczyny nie było możliwe ich zakończenie w terminie wynikających z umowy tj. do dnia 26 listopada 2010r. A nie można zapomnieć, że z powodu późniejszego podjęcia prac szybkość ich wykonywania dodatkowo uległa zmniejszeniu z uwagi na panujące w okresie późniejszym gorsze warunki pogodowe. Przesłuchany w charakterze świadka geodeta S. O. wskazał, że geodezyjne opracowanie projektu technicznego zajęło mu czas do 2 tygodni, a następnie potrzebował jeszcze nie mniej niż 4 dni na sporządzenie szkicu wytyczenia oraz wyznaczenie położenia obiektu. Biorąc pod uwagę, że plac budowy został wykonawcy przekazany w dniu 26 sierpnia 2010r. i przy uwzględnieniu konieczności poczynienia pewnych - jak wskazuje doświadczenie życiowe - ustaleń i czynności wstępnych, Sąd Apelacyjny uznał, że przy prawidłowym trybie podejmowania kolejnych etapów prac bez zbędnej zwłoki, wykonywanie czynności geodezyjnych winno się być rozpocząć najpóźniej do dnia 1 września 2010r. Skoro zaś geodeta potrzebował na ich wykonanie około 18 dni, należało stwierdzić, że okres od dnia ich zakończenia (co mogło nastąpić najwcześniej 18 września 2010r.) do dnia poprzedzającego rzeczywiste podjęcie pracy przez powoda tj. do 14 października 2010r. czyli łącznie 26 dni, odpowiada okresowi opóźnienia, za które winę ponosi

powód. Zatem za taką ilość dni pozwany w trybie art. 484 k.c. miał prawo zasadnie naliczyć kary umowne i o wyliczoną przy uwzględnieniu tej liczby dni opóźnienia kwotę, należało pomniejszyć dochodzoną przez powoda i wyrokiem Sądu I instancji zasądzoną na jego rzecz, kwotę. Umowa zawarta przez strony zastrzegała kary umowne w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Zatem wynik mnożenia kwoty umownego wynagrodzenia tj. 1.975.904,64 zł, wskazanego współczynnika 0,1% oraz liczby dni ustalonego zawinionego opóźnienia tj. 26 pozwala ustalić kwotę należnych pozwanej Gminie kar umownych równą 51.373,40 zł. Pomniejszenie kwoty dochodzonej pozwem o tę wartość wyznacza kwotę, o jaką powództwo należało oddalić (355.622,00 zł – 51.373,40 zł = 304.288,60 zł). Reasumując zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. oraz art. 484 k.c. okazał się być zasadny i konsekwencją tego była zmiana zaskarżonego wyroku.

Odnosząc się dodatkowo do zarzutu apelacji w zakresie braku ustosunkowania się przez Sąd Okręgowy do wskazania przez biegłego w opinii liczby 56 dni jako opóźnienia zawinionego przez wykonawcę, przypomnieć należy, że opinia biegłego, tak jak inne dowody w sprawie podlega ocenie Sądu. Może zatem służyć do ustalenia okoliczności istotnych dla sprawy, ale sama w sobie nie może ich przesądzać, to bowiem pozostawione jest wyłącznie kompetencji Sądu.

Sąd Apelacyjny nie podzielił natomiast pozostałych zarzutów apelacyjnych. Jak wskazano na wstępie zaskarżenie wyroku jedynie w części jest równoznaczne z uznaniem przez pozwanego zasady swojej odpowiedzialności. W tej sytuacji zarzut apelacji co do błędnej wykładni przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych nie mógł być skuteczny. Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie stanowisko zajęte przez Sąd I instancji i przyjmuje je za własne. Przypomnieć należy jedynie, że za prace dodatkowe w świetle powołanego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 14 grudnia 2010r. uznaje się prace, których przedmiot nie jest objęty zakresem zamówienia podstawowego, a jest niezbędny do prawidłowej realizacji zamówienia podstawowego bądź to z przyczyn technicznych lub gospodarczych, kiedy oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, bądź w przypadku gdy wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Wartość tych zamówień dodatkowych udzielanych wyłącznie na rzecz tego samego wykonawcy, któremu zamawiający udzielił wcześniej zamówienia podstawowego i w czasie wykonywania tego zamówienia, nie może przekraczać 50% wskazanej w umowie wartości realizowanego zamówienia podstawowego. Dodatkowo konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna być następstwem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy uwzględnieniu zobiektywizowanej kategorii należytej staranności planowania i przygotowania procesu inwestycyjnego. Analiza okoliczności sprawy wskazuje, że wszystkie te cechy spełniała przedmiotowa inwestycja kanalizacji deszczowej. Ewentualnie można byłoby jedynie mieć wątpliwości, czy przy dołożeniu należytej staranności Gmina nie powinna była konieczności wykonania takiej kanalizacji stwierdzić na etapie planowania procesu inwestycyjnego. Jednak zauważyć należy, że nawet sam powód przyznał, że potrzeba wykonania takiej formy odwodnienia, a nie planowanego w umowie powierzchniowego odprowadzenia wody, ujawniła się dopiero na skutek bardzo intensywnych opadów deszczu w listopadzie 2010r. W ocenie Sądu Apelacyjnego zatem nie ma podstaw do kwestionowania, aby wykonanie kanalizacji deszczowej nie stanowiło prac dodatkowych w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z kolei co do zarzutu dokonania przez Sąd Okręgowy błędnej wykładni art. 484 k.c. zauważyć należy, że przepis ten stanowiąc, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, określa jedynie podstawy zasądzenia kar umownych i zdejmuje z wierzyciela ciężar dowodzenia poniesienia szkody. Zatem zarzut jego naruszenia poprzez, jak wskazano w apelacji „przyjęcie, że dla zasadności naliczenia kary umownej pozwana musiała ponieść szkodę” nie mógł się ostać. Niezależnie od tego, że Sąd Apelacyjny w składzie orzekającym podziela wyrażane w orzecznictwie stanowisko o braku uzależnienia kary umownej od szkody (m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999r. pod sygn. akt III CKN 337/98.).

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c. uwzględniając w części apelację, zmienił zaskarżony wyrok w części zasądzając finalnie na rzecz powoda kwotę 304.288,60 zł. Natomiast co do kwoty stanowiącej różnicę



między wartością zaskarżoną przez pozwaną (tj. przenoszącą kwotę 245.011,60 zł), a finalnie przez Sąd zasądzoną kwotą 304.288,60 zł zarówno powództwo, jak też apelację w oparciu o art. 385 k.p.c. należało oddalić.

O kosztach procesu rozstrzygnięto stosownie do stopnia uwzględnienia powództwa w oparciu o art. 100 k.p.c. (zdanie pierwsze) w zw. z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2013r. poz. 490) zasądzając finalnie na rzecz powoda kwotę 24.701 zł.

Nadto proporcjonalnie do stopnia uwzględnienia apelacji Sąd Apelacyjny zasądził na rzecz skarżącego zwrot części opłaty od apelacji, znosząc w pozostałym zakresie koszty między stronami (art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.).