

Sygn. akt I A Ca 512/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jadwiga Chojnowska
Sędziowie	:	SA Jarosław Marek Kamiński SO del. Krzysztof Chojnowski (spr.)
Protokolant	:	Iwona Aldona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2012 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **D. H.**

przeciwko **Gminie K. i (...) Spółce z o.o. w S.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji **powoda**

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I C 592/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach I i II o tyle, że zasądzoną od pozwanych solidarnie na rzecz powoda sumę podwyższa do kwoty 106.128 (sto sześć tysięcy sto dwadzieścia osiem) zł;**

**II. oddala apelację w pozostałej części;**

**III. zasądza od powoda na rzecz pozwanych solidarnie kwotę 480 zł tytułem kosztów procesu za drugą instancję.**

## UZASADNIENIE

Powód D. H. wnosił o zasądzenie od pozwanych (...) Spółki z o.o. w S. solidarnie kwoty 181.158,71 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 stycznia 2011 roku tytułem brakującej części wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty budowlane na podstawie umowy z dnia 12 lipca 2010 roku zawartej przez powoda z pozwaną (...) Spółką z o.o. w S., na zawarcie której pozwana Gmina K. jako inwestor wyraziła zgodę. Podnosił, że pozwana (...) Spółka z o.o. w S. niezasadnie obciążyła go karą umowną za 49 dni zwłoki w zakończeniu robót w kwocie 159.847,31 złotych, jak też kwotą 21.311,40 złotych tytułem zwrotu kosztów za ustawienie hali namiotowej zabezpieczającej

boisko przed niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi i potrąciła te kwoty z należnego powodowi wynagrodzenia, albowiem powód przekroczył termin zakończenia robót z przyczyn od niego niezależnych, a postawienie hali namiotowej było związane ze złymi warunkami pogodowymi, a nie z opóźnieniem powoda w robotach. Wskazał, że przekroczenie terminu zakończenia robót związane było ze złym sklasyfikowaniem gruntów, brakiem rysunku i wymiarów kanałów drenażowych, co spowodowało, że nie można było kopać kanałów równoległe z wykonywaniem koryta boiska, z ciekim wodnym, z zapchaną instalacją drenażową, przez co nie można było prowadzić robót odwodnieniowych, z brakiem wykonania przyłącza elektrycznego przez inwestora, z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, a także z nieterminowym rozpoczęciem robót przez podwykonawcę ogrodzenia.

Pozwana Gmina K. domagała się oddalenia powództwa. Wskazała, iż z wynagrodzenia swego kontrahenta pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. potrąciła karę za 23 dni zwłoki w zakończeniu robót budowlanych, natomiast nie odpowiada z pozwaną (...) Spółką z o.o. w S. solidarnie za zapłatę wynagrodzenia powodowi, albowiem nie otrzymała części dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie pomiędzy generalnym wykonawcą i podwykonawcą. Jednocześnie wskazała, że pozwana (...) Spółka z o.o. w S. zasadnie potrąciła karę umowną z wynagrodzenia powoda.

Pozwana (...) sp. z o.o. w S. wносиła o oddalenie powództwa podnosząc, iż wskazane przez powoda okoliczności stanowią normalne sytuacje spotykane podczas każdego procesu budowlanego, same przez się zaś nie kolidowały generalnie z możliwością dalszego wykonawstwa i nie powinny być przyczyną zastoju.

Wyrokiem z dnia 18 kwietnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanych solidarnie na rzecz powoda kwotę 73.433,45 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 stycznia 2011 roku, oddalił powództwo w pozostałej części, a koszty procesu pomiędzy stronami wzajemnie zniósł.

Sąd ten ustalił, że w połowie lipca 2010 roku powód otrzymał od pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. propozycję wyceny i realizacji zadania w postaci (...) w K. gmina K.. Powód miał być podwykonawcą zadania, a głównym inwestorem była pozwana Gmina K.. W ramach umowy powód miał wykonać roboty ziemne i przygotowawcze z korytowaniem pod drogi i place, podbudowę boiska do piłki nożnej z obrzeżami, podbudowę boiska wielofunkcyjnego z obrzeżami, chodniki i place w obrębie ogrodzenia, zjazd, drogę dojazdową, parkingi i chodniki poza ogrodzeniem boisk, budynek zaplecza boisk sportowych wraz z wszystkimi instalacjami (elektryczne, sanitarne i wentylacja), roboty sanitarne - przyłącze wodociągowe, przyłącze kanalizacji sanitarnej, kanalizację deszczową. Pozwana (...) Spółka z o.o. w S. miała położyć na przygotowaną podbudowę boisk nawierzchnię w postaci trawy i poliuretanu. Inny podwykonawca miał wykonać ogrodzenie. Inwestor Gmina K. miała podłączyć napięcie elektryczne. Powód przygotował kosztorys prac i w dniu 27 lipca 2010 roku pozwana (...) Spółka z o.o. w S. zawiadomiła powoda, że akceptuje kosztorys i zleca powodowi wykonanie prac. Umowę podpisano w następujących dniach, a Gmina K. otrzymała projekt umowy.

Sąd I instancji ustalił, że w momencie podpisywania przez powoda umowy z pozwaną (...) Spółką z o.o. w S. była już dokumentacja projektowa i zgodnie z zapisem § 1 ust. 3 umowy powód miał obowiązek wykonać zleczone mu roboty zgodnie z dokumentacją projektową, a także zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. Według umowy powód miał zakończyć prace do 1 października 2010 roku, a stosownie do § 8 pkt 1 umowy za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy zobowiązany był zapłacić karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki.

Z dalszych ustaleń Sądu wynika, że w trakcie wykonywania robót zaistniały pewne przeszkody. Po rozpoczęciu korytowania okazało się, iż w jego obszarze przebiega nierozpoznany w trakcie projektowania i przed rozpoczęciem robót ciek wodny, powodujący dodatkowe istotne zawilgocenie powierzchni korytowanej. Powód i przedstawiciel pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. oraz pozwanej Gminy K. zdecydowali się skonsultować całą sytuację z projektantem celem podjęcia dalszych decyzji co do sposobu prowadzenia robót. Wymusiło to przerwanie prac na tym odcinku do czasu podjęcia decyzji przez projektanta. W trakcie wykonywania robót w zakresie drenażu odprowadzającego nadmiar wód z przestrzeni korytowanej natrafiono na zapchaną instalację (studzienkę) drenażową, przez co nie można było faktycznie prowadzić robót odwodnieniowych. Wpisem do dziennika powód zasygnalizował pilną potrzebę

usunięcia tego stanu rzeczy. Przez około dwa tygodnie żadna z wzywanych przez inwestora służb nie usunęła niedrożności. Ostatecznie powód oczyścił przyłączy we własnym zakresie i na własny koszt. Odwodnienie można było kontynuować dopiero po usunięciu niedrożności.

Nadto Sąd Okręgowy ustalił, że w trakcie wykonywania robót przez powoda miały miejsce opady. Pozwana (...) Spółka z o.o. musiała rozstawić namiot nad powierzchnią boiska wielofunkcyjnego podczas pokrywania jej poliuretanem, czego wymagały względy technologiczne. Łączny koszt wynajmu, rozstawienia namiotu oraz niezbędnego ogrzewania powierzchni roboczej wyniósł 21.308,40 złotych.

Sąd I instancji ustalił również, że na początku października pozwana (...) Spółka z o.o. w S. usiłowała pokryć boisko piłkarskie trawą syntetyczną, ale nie było ono należycie utwardzone i dlatego odstąpiła od tej pracy. Faktyczne zakończenie i odbiór prac nastąpił w dniu 19 listopada 2010 roku. W trakcie wszystkich prac przedstawiciel pozwanej Gminy K. nadzorował prace powoda wydając na bieżąco stosowne zalecenia.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że przy terminowym ukończeniu robót przewidzianych umową z dnia 12 lipca 2010 roku i prawidłowym wykonaniu wszystkich prac powodowi należałoby się wynagrodzenie w kwocie 181.158 złotych (przy uwzględnieniu zatrzymanej przez pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. kwoty 19.573,13 złotych tytułem reszty zabezpieczenia z § 7 umowy). Powód jednak nie ukończył robót w terminie, a pozwana (...) Spółka z o.o. w S. mogła na podstawie § 8 umowy naliczyć powodowi karę umowną za zwłokę w zakończeniu robót, aczkolwiek nie w pełnym zakresie. Stosownie do art. 472 k.c. powód wykazał bowiem istnienie przyczyn, które usprawiedliwiały przesunięcie terminu oddania przedmiotu umowy. Powód wskazał kilka przyczyn przekroczenia terminu zakończenia robót budowlanych, a mianowicie brak rysunku i wymiarów kanałów drenażowych, wystąpienie ciekłu wodnego, niedrożność instalacji drenażowej, złe sklasyfikowanie gruntu, brak wykonania przez inwestora przyłącza elektrycznego, czy atypowe, niesprzyjające warunki atmosferyczne. Sąd Okręgowy uznał jednak, że tylko niektóre z tych okoliczności usprawiedliwiały przekroczenie przez powoda terminu oddania przedmiotu umowy.

Odnosząc się do wskazywanej przez powoda przyczyny przesunięcia terminu zakończenia robót budowlanych w postaci złego sklasyfikowania gruntu Sąd I instancji zaznaczył, że w projekcie architektoniczno-budowlanym, w części wstępnej w punkcie „ukształtowanie terenu” zamieszczono adnotację „wykonano odwiert świdrem ręcznym – w podłożu pod projektowaną inwestycję występują gliny piaszczyste”. Gliny są gruntami pod względem budowlanym i technologicznym trudnymi, ale nie oznacza to, że zachodziła obiektywna i nieprzemijalna niemożność prowadzenia robót, co potwierdza ostateczny fakt ich wykonania. Powód nie wykazał na czym miałby polegać błąd w takim, a nie innym rozpoznaniu gruntu zawartym w dokumentacji projektowej, nie składał zresztą w tej mierze jakichkolwiek wniosków dowodowych. Stąd twierdzenia powoda co do błędnego rozpoznania gruntu (zdaniem powoda faktycznie jest to grunt gliniasto-iłowy) Sąd uznał za gołosłowne, a w każdym razie nie posiadające należytego potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Zeznania świadków są niewystarczające w tym przedmiocie, albowiem należyta klasyfikacja gruntu wymaga wiedzy specjalnej. Powód powinien był zapoznać się z przywołaną w umowie dokumentacją projektową, która miała stanowić jeśli nie jedyne, to zasadnicze źródło wiedzy o zakresie i sposobie wykonania robót stanowiących przedmiot umowy. Powód mógł też sklasyfikować grunty samodzielnie poprzez ogląd terenu i oparcie się na własnej wiedzy i doświadczeniu w tym zakresie. Niezapoznanie się z wszelką dokumentacją, czy też brak samodzielnego sklasyfikowania gruntów obciąża powoda.

Odnosząc się zaś do wskazywanego przez powoda braku rysunków dotyczących wymiarów kanałów dla drenażu Sąd zauważył, iż na stronie 3 dziennika budowy zamieszczona jest wzmianka, że w dniu 3 sierpnia 2010 roku dokumentacja projektowa została uzupełniona o rysunek drenażu w zakresie przekroju, które to zmiany technologiczne zostały naniesione. Samo dostarczenie stosownego rysunku potwierdzone jest zresztą treścią złożonego do akt przez powoda dokumentu protokołu zespołu roboczego z dnia 30 sierpnia 2010 roku, z którego wynika, iż dostarczono kierownikowi budowy stosowny dokument, co odbyło się w obecności podwykonawcy – powoda. Skoro powód złożył wniosek o uzupełnienie dokumentacji na początku sierpnia to pozwana (...) Spółka z o.o. w S. nie uchybiła obowiązkowi współpracy z podwykonawcą w tej mierze. Jednocześnie Sąd I instancji zaznaczył, że z zapisów dziennika budowy wynika, iż w tym samym czasie równolegle trwały prace przy wykopach pod boiska, pod budynek socjalny, układaniu

zbrojenia pod ten budynek, wykonaniu przyłącza kanalizacji ścian fundamentowych itd. Brak rysunków dotyczących wymiarów kanałów dla drenażu nie zachwiał rytmicznością całego frontu robót. Wskazał też, że nie podanie rozmiarów przewodów drenażowych nie stało na przeszkodzie wykonywaniu wykopów pod sieć jako taką. W ocenie Sądu był to również element mało istotny, o czym świadczy to, że powód nie przywołał go w piśmie z dnia 19 listopada 2010 roku, w którym przytoczył całokształt przyczyn opóźnienia.

Zdaniem Sądu okolicznością usprawiedliwiającą przekroczenie przez powoda terminu zakończenia robót nie był też brak wykonania przez inwestora przyłącza elektrycznego, bowiem jeszcze w dniu 12 listopada 2010 roku nie były wykonane roboty związane z zagospodarowaniem terenu, co obciążało powoda, a co stało się przyczyną nieodebrania całości robót. Pierwsze zgłoszenie do odbioru pozwana (...) Spółka z o.o. w S. zawarła w dzienniku w dniu 10 listopada 2010 roku, co wobec braku innych uwag poczynionych w dzienniku oznacza, iż po pierwsze, wykonawca był gotowy 10 listopada 2010 roku do odbioru, po drugie, iż przyczyną nieodebrania były braki w pracach realizowanych przez powoda, wreszcie po trzecie, iż niezwłocznie po wykonaniu prac przez powoda doszło do ponownego zgłoszenia, co jest oczywiste zważywszy na fakt, iż pozwana (...) Spółka z o.o. w S. była żywo zainteresowana jak najrychlejszym odbiorem. Przyłącze wykonane w dniach 12-14 listopada 2010 roku nie mogło zatem ważyć na terminie końcowego odbioru.

Sąd I instancji nie przychylił się też do stanowiska powoda, iż okolicznością usprawiedliwiającą przekroczenie przez niego terminu zakończenia robót były warunki pogodowe. Zaznaczył, że generalnie niesprzyjająca pogoda nie może stanowić sama przez się usprawiedliwionej technicznie i technologicznie przyczyny opóźnienia robót. Strony zawierając umowę nie zakładały jej realizacji jedynie w dobrych czy średnich warunkach pogodowych, lecz również przewidywały możliwość wystąpienia niekorzystnych warunków pogodowych, co jest zresztą rzeczą normalną i nie tylko możliwą, lecz konieczną do przewidzenia. Podkreślił, że w samej szczegółowej specyfikacji technicznej wskazano, iż w razie przerwy w robotach pomiędzy pracami związanymi z profilowaniem i zagęszczeniem a układaniem następnych warstw nawierzchni, tj. podbudów z kruszywa naturalnego oraz podbudów z kruszywa łamanego należy zabezpieczyć podłoże przed nadmiernym zawilgoceniem przykładowo przez rozłożenie folii. Projekt (specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót) z istoty swej przewidywał sytuacje prowadzenia robót w warunkach powodujących zawilgocenie podłoża, co przekłada się po prostu na warunki deszczowe, bowiem trudno przyjąć, iż chodzi tu o inne niż pogodowe przyczyny zawilgocenia gruntu. W razie opadów i przerwania robót z tym związanych projekt przewidywał, czy wręcz nakazywał zapobieżenie nawilgocenia gruntu właśnie poprzez rozłożenie folii. W tych okolicznościach występowanie opadów jako takich nie mogło stanowić wystarczającej podstawy dla usprawiedliwienia opóźnienia, tym bardziej, iż nie został zachowany nałożony projektem technologicznym reżim stosownego przykrycia powierzchni korytowanej. Powód nie udowodnił, iż skala opadów tak dalece odbiegała od opadów średnich w danym regionie oraz porze roku, że faktycznie, przy dołożeniu profesjonalnej staranności, również w zakresie organizacji, skierowanych sił i środków ludzkich, ilości i rodzaju sprzętu, uniemożliwiła prowadzenie robót. W ocenie Sądu zeznania przesłuchanych w sprawie świadków - podwykonawców powoda nie są w tej mierze miarodajne.

Zdaniem Sądu powód nie wykazał też, że położenie obrzeży było technologicznie uwarunkowane uprzednim wykonaniem ogrodzenia przez innego podwykonawcę.

W ocenie Sądu okolicznością usprawiedliwiającą przekroczenie przez powoda terminu oddania przedmiotu umowy było wystąpienie ciek w wodnego na obszarze prowadzonych prac. W protokole z zebrania roboczego z dnia 3 sierpnia 2010 roku wskazano, iż z uwagi na prawdopodobne wystąpienie ciek zamawiający zwrócił się do projektanta o zajęcie stanowiska. Także świadek M. P. zeznał, iż na jednej z rzędnych był widoczny wyraźny ślad na obszarze objętym pracami, który wskazywał na ciek wodny. Jednocześnie strony zgodnie ustaliły, iż ciek będzie wymagał skonsultowania z projektantem, który ostatecznie stwierdził, iż ciek nie ma wpływu na tok robót. Świadek W. C. – meliorant również zeznał, iż projektant potwierdził istnienie ciek, zaś świadek zadeklarował jego usunięcie. Istnienie ciek jako takiego i jego wpływ na postęp oraz tempo robót w istocie potwierdziła pozwana Gmina K., albowiem od naliczonej kary umownej odjęła 12 dni z uwagi właśnie na ciek wodny oraz konieczność przeprowadzenia wiążących konsultacji, a nadto 9 dni z uwagi na potrzebę rozwiązania problemu z niedrożnością instalacji drenażowej

odprowadzającej nadmiar wody. Zdaniem Sądu I instancji nie można uznać, iż powód winien był liczyć się z tego rodzaju nieprzewidywanymi okolicznościami lub że tego rodzaju okolicznościom winien zaradzić bez żadnych opóźnień. Nie sposób bowiem przypisywać wykonawcy wiedzy na temat rozmiaru ewentualnego ciekłu i jego wpływu na możliwość określonego sposobu prowadzenia prac, tym bardziej, iż dokumentacja projektowa nie zawierała jakichkolwiek zapisów o nawet potencjalnej możliwości występowania ciekłów wodnych, co w ocenie Sądu pozwała na przyjęcie braku zawinienia powoda w tym zakresie.

Zdaniem Sądu do rzetelnej i miarodajnej oceny powyższego niezbędna byłaby wiedza jeśli nie wysoko specjalistyczna, to na pewno pogłębiona jeśli chodzi o materię dotyczącą występowania ciekłów i ich wpływu na roboty, co zresztą strony w istocie potwierdziły podpisując zgodnie stosowne notatki i protokoły, tym samym uznając konieczność podjęcia określonych działań powodujących przewleczenie prac.

Sąd I instancji uznał też, że okolicznością usprawiedliwiającą przekroczenie przez powoda terminu zakończenia robót była niedrożna studzienka wymagająca oczyszczenia. Zaznaczył, że sama sieć drenarska pozostaje w określonym faktycznym posiadaniu i pieczy technicznej, zaś wszelkie samodzielne i niezgodnione ingerencje są w zasadzie niedopuszczalne, co znalazło odzwierciedlenie w tym, iż żadna ze służb podległych pozwanej Gminie K. nie podjęła się udroźnienia, uchyliły się od tego także stosowne służby drogownictwa. W ocenie Sądu powód wykazał się dostateczną starannością, skoro, mimo ewentualnych konsekwencji, podjął się udroźnienia studni drenarskiej. Jednocześnie Sąd zaznaczył, iż sama pozwana Gmina K. naliczając karę umowną zredukowała liczbę dni opóźnienia do 23 uznając, iż obciążanie za pozostały okres byłoby z punktu widzenia treści umowy nieuzasadnione, co zaakceptowała pozwana (...) Spółka z o.o. w S..

Sąd Okręgowy zaznaczył, że powód był podwykonawcą umowy głównej zawartej pomiędzy pozwanymi, zaś na opóźnienie złożyło się szereg nakładających się na siebie i wzajemnie oddziaływających przyczyn i to różnej natury, w szczególności organizacyjnej. To powoduje, iż ściśle rozgraniczenie czasu i opóźnienia niezawinionego i zawinionego, za który można powoda obciążyć jest znacznie utrudnione, choć niewątpliwie takie odcinki czasu, różnie oceniane, można co do zasady wyodrębnić. Z jednej bowiem strony były uzasadnione przyczyny opóźnienia określonych robót, z drugiej zaś strony inne roboty w tym samym czasie mogły być prowadzone bez szkody dla postępu wszystkich prac, co zresztą jest trudne do ścisłego wychwycenia. Dlatego wysokość kary umownej, jaką powód winien zapłacić pozwanej (...) Spółce z o.o. w S. Sąd ustalił na podstawie umowy zawartej przez powoda z pozwaną (...) Spółką z o.o. w S.. Zauważył, że w § 8 ust 3 tej umowy przewidziano obowiązek zwrotu kar, którymi inwestor obciąża zamawiającego wskutek działania wykonawcy (powoda). Sąd I instancji uznał, iż zamysłem stron przy konstruowaniu umowy było zachowanie określonej równowagi finansowej w układzie inwestor (Gmina), zamawiający (pozwana spółka) oraz wykonawca (powód), zatem by w razie obciążenia karą zamawiającego ciężar finansowy został należycie pomiędzy strony rozłożony. W ocenie Sądu umowna, rzeczywista treść tego zapisu w kontekście celu jaki strony chciały osiągnąć, rozumianego również w świetle dobrych obyczajów, zmierzała do zachowania zasady odpowiedzialności stron za działania i zaniechania, które można im przypisać jako zarzucalne w świetle ogólnych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej. Jednocześnie formułuje zasadę swoistej repartycji ryzyka związanego z wykonaniem umowy. Pozwana Gmina K. obciążyła pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. karą za zwłokę w kwocie 125.558,50 złotych. Jest zatem oczywiste, iż jest to kara w ocenie pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. należna inwestorowi z tytułu opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy. W ocenie Sądu ryzyko poniesienia kary umownej winno być rozłożone pomiędzy obie strony umowy. Jeśli bowiem uznać, iż powoda obciążał jedynie okres 23 dni zgodnie ze stanowiskiem pozwanej Gminy K. zaakceptowanym przez pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S., to powoda można byłoby konsekwentnie obciążyć łącznie równowartością 11,5% wartości kontraktu (23 dni x 0,5%), co dawałoby wartość kary 75.030 złotych (pozwana spółka obciążając powoda wskazała zapis właśnie § 8 pkt 1 ppkt a umowy w tym zakresie). Ostatecznie Sąd I instancji uznał, iż właściwym kluczem do wzajemnego rozliczenia stron w tym zakresie będzie faktyczne obciążenie ryzykiem realnych kosztów poniesionej przez pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. szkody w innych częściach. Zaznaczył, że, jeśli pozwana (...) Spółka z o.o. w S. nie posługiwałaby się podwykonawcą, trudności techniczne i technologiczne i tak by wystąpiły, przebieg zaś zdarzeń z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością byłby jeśli nie podobny to tożsamy. Z kolejnej strony owo ryzyko wykonawcze wziął na swoje barki powód i to w istocie on ponosi tego konsekwencje. Jakkolwiek niedrożna studzienka oraz wystąpienie ciekłu stanowiły nieprzewidywaną

przeszkodę w zakresie objętym pracami przynależnymi powodowi, jednakże względem pozwanej Gminy K. pozwana (...) Spółka z o.o. w S. odpowiada w takim samym zakresie za pełen zarówno swój zakres robót jak i zakres objęty umową podwykonawczą. Stąd też Sąd uznał, iż kara umowna winna być rozłożona, przy czym najrozsądniejszym rozwiązaniem jest obciążenie stron tym ryzykiem w częściach równych za okres spowodowany okolicznościami przez podwykonawcę, jak i wykonawcę (zamawiającego) niezawinionymi. Inny tok rozumowania doprowadziłby do sytuacji wyłącznego obciążenia podwykonawcy ryzykiem wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności, którym obiektywnie nie można było zaradzić. W obrębie odpowiedzialności za samo opóźnienie powoda można obciążyć o tyle, o ile pozwana (...) Spółkę z o.o. w S. obciążono karą umowną, przy czym powoda z punktu widzenia art. 471 i nast. k.c. obciąża jedynie czas opóźnienia oscylujący wokół 23/49 globalnego czasu opóźnienia w wykonaniu umowy głównej, natomiast w pozostałym zakresie ryzyko i obciążenie pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. winno być rozłożone na strony umowy w częściach równych. Wyłączny „udział” powoda w obciążającej pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. karze łącznie w proporcji 23/49, tj. uznanego przez pozwaną Gminę K. faktycznego okresu „zarzucalnej” powodowi zwłoki wynosi 58.935 złotych (125.558,50 złotych x 23/49). Reszta zaś, tj. 66.623 złotych (125.558,50 – 58.935 złotych) winna obciążać po połowie zamawiającego i wykonawcę tj. powoda i pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. wedle rozsądnie pojmowanej zasady rozkładu ryzyka. Ten składnik kary zamyka się kwotą 33.311,50 złotych, co łącznie daje kwotę 92.246,50 złotych (58.935 złotych + 33.311,50 złotych).

Jednocześnie Sąd uznał, iż można powoda obciążyć kwotą 15.478,76 złotych tytułem wynajmu namiotu, jego montażu, a także ogrzewania. Kwotą 10.003,30 złotych, stanowiącą 23/49 kwoty 21.311,40 złotych, obciążył powoda w całości, zaś pozostałą kwotą, stanowiącą różnicę kwoty 21.311,40 złotych i kwoty 10.003,30 złotych, obciążył powoda w połowie, co daje łącznie kwotę 15.478,76 złotych. W ocenie Sądu kwota 21.311,40 złotych jako związana z najmem, rozstawieniem i obsługą namiotu została dostatecznie udokumentowana przez powoda i może być jako element odszkodowania przenoszący kwotę kary umownej przypisany powodowi (§ 8 ust. 5 umowy). Podkreślił, że załączona do akt dokumentacja daje podstawy do stwierdzenia, że to roboty prowadzone przez powoda w istocie wstrzymywały całościowy postęp robót. Skoro to powód w określonej części odpowiedzialny jest za opóźnienie, koszty z tym związane w postaci kosztów namiotu również go w tej proporcjonalnej części obciążają. W ocenie Sądu nie ma racji powód, iż rozstawienie namiotu mogło być technologicznie zbędne. O konieczności stosowania określonego reżimu zaświadcza niekwestionowany dokument jak na k. 126, określający warunki układania nawierzchni poliuretanowej wymagające odpowiedniej wilgotności powietrza, temperatury oraz braku opadów atmosferycznych. Pozwana (...) Spółka z o.o. w S. nie montowała namiotu bez technologicznej po temu konieczności, albowiem nie przysparzałoby to jej jakichkolwiek odrębnych korzyści.

Sąd I instancji zaznaczył, że wyliczenie kary umownej oraz uzupełniającej musi mieć orientacyjny charakter, bowiem w przeciwnym wypadku potrąceniu musiałaby podlegać cała kara, przy niemożności jej ścisłego wyliczenia przy bezspornym czy niezaprzeczonej przekroczeniu terminu oddania przedmiotu umowy o 49 dni. Podkreślił przy tym, że wyliczona kara nie jest wynikiem miarkowania lub stosowania art. 362 k.c., bowiem w realiach tej sprawy instytucje te nie mogły mieć zastosowania. Wskazał też, że po stronie pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. nie było jakichkolwiek opóźnień ją obciążających, skoro faktycznie w ramach całościowego zadania pozostawiła ona sobie jedynie położenie warstwy ostatniej, co stanowiło ostatni etap wszystkich robót i uwarunkowane było jedynie właściwym przygotowaniem podłoża, w szczególności korytowaniem, utwardzeniem i zagęszczeniem. To ostatnie zaś nie było, jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, wykonane zgodnie z obowiązującymi w tej mierze normami do ostatnich dni przed oddaniem przedmiotu umowy do odbioru, co dokumentują choćby zapisy z dziennika budowy dotyczące konieczności „dotwardzenia” powierzchni podłoża boisk. W takiej sytuacji pozwana (...) Spółka z o.o. w S. miała prawo potrącić kwotę 15.478,76 złotych i kwotę 92.246,50 złotych, tj. łącznie kwotę 107.725,26 złotych. Jest to suma tego, co obciąża faktycznie powoda z uwagi na okoliczności za które ponosi odpowiedzialność. Skoro tak wyliczona kara z punktu widzenia treści łączącej strony umowy była w świetle treści art. 484 § 1 k.c. usprawiedliwiona, to z punktu widzenia art. 498 k.c. podlegająca potrąceniu z wierzytelnością powoda w kwocie 181.158,71 złotych. W konsekwencji Sąd zasądził różnicę tych dwóch kwot. Zaznaczył, że kwota ta z mocy art. 647<sup>1</sup> k.c. obciążała solidarnie pozwaną Gminę K.. Zdaniem Sądu art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c. nie uzależnia odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę od przedłożenia mu dokumentacji, jeśli

wyraża w sposób czynny zgodę na udział podwykonawcy w realizacji inwestycji. Może on uzyskać wiedzę o umowie pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą z dowolnego źródła, zarówno przed jej zawarciem, jak i później. Ustawodawca zakłada, że jeżeli inwestor wyraża zgodę w sposób czynny, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden mechanizm obronny. Wspólne spotkania, protokoły, korespondencja, nadzór ze strony pozwanej Gminy K. nie pozostawiają wątpliwości, iż ta pozwana w sposób czynny wyraziła zgodę na udział powoda w realizacji inwestycji.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł w oparciu o art. 100 k.p.c., mając na uwadze wygraną powoda w 40,5%.

Powyższy wyrok w części oddalającej powództwo co do kwoty 107.725,26 złotych oraz rozstrzygającej o kosztach procesu zaskarżył apelacją powód zarzucając:

1. naruszenie art. 233 k.p.c., a przez to art. 471 k.c. poprzez zbyt swobodną ocenę dowodów i przyjęcie, że powód ponosi winę za 23 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy zawartej pomiędzy powodem a pozwaną (...) Spółką z o.o. w S.,
2. naruszenie art. 65 k.c. poprzez niewłaściwą interpretację § 8 pkt 1 i 3 umowy łączącej powoda i pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. i przyjęcie, że prawidłową podstawą do naliczenia kary umownej powodowi była kara umowna nałożona na pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. przez pozwaną Gminę K., a nie § 8 pkt 1a umowy zawartej pomiędzy powodem, a pozwaną (...) Spółką z o.o. w S..

Wskazując na powyższe wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od pozwanych solidarnie na rzecz powoda całej dochodzonej przez powoda kwoty wraz z kosztami procesu według norm przepisanych za obie instancje.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja zasługuje na częściowe uwzględnienie.**

Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia co do usprawiedliwionych przyczyn przekroczenia przez powoda terminu zakończenia robót budowlanych. Apelacja kwestionująca te ustalenia i dokonaną przez Sąd I instancji ocenę materiału dowodowego w istocie ma charakter polemiczny, przedstawia i próbuje narzucać własną ocenę dowodów, subiektywną prezentację faktów, co nie uzasadnia podważenia oceny Sądu I instancji, gdy jednocześnie nie zawiera argumentów natury jurydycznej wskazujących, że wnioskowanie Sądu uchybia zasadom płynącym z art. 233 § 1 k.p.c. Zebrany w sprawie materiał dowodowy rzeczywiście uzasadniał przyjęcie, że powód nie ponosi odpowiedzialności jedynie za opóźnienie wynikające z wystąpienia ciekłu wodnego na miejscu wykonywanych przez niego robót budowlanych, jak też z niedrożności studzienki kanalizacyjnej. Co do pozostałych wskazywanych przez powoda okoliczności w postaci złego skłasyfikowania gruntu, braku rysunku i wymiarów kanałów drenażowych, nie wykonania przez inwestora przyłącza elektrycznego, nieterminowego rozpoczęcia robót przez podwykonawcę od ogrodzenia, czy atypowych, niesprzyjających warunków atmosferycznych zgodzić się należy z Sądem I instancji, że skarżący nie wykazał, aby stanowiły one usprawiedliwione przyczyny przekroczenia terminu zakończenia robót budowlanych. Argumenty przytoczone przez Sąd I instancji dla uzasadnienia tego stanowiska są trafne i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Powód, oprócz wykazania przyczyn przekroczenia terminu oddania przedmiotu umowy, za które nie ponosi odpowiedzialności, winien był także wykazać, jaki wpływ miały te przyczyny na usprawiedliwione przekroczenie terminu zakończenia robót budowlanych, a zatem winien był wykazać zakres usprawiedliwionego przekroczenia terminu zakończenia robót budowlanych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powód nie sprostował temu zadaniu. Na podstawie zeznań przesłuchanych w sprawie świadków nie można ustalić, jaki wpływ na przebieg wszystkich robót budowlanych miało wystąpienie ciekłu wodnego, czy też niedrożność studzienki kanalizacyjnej. Świadkowie, jak chociażby G. N. (k. 218v-219), J. S. (k. 219-219v), W. C. (k. 221v), R. H. (k. 221v-223) twierdzili bowiem, że niedrożność studzienki kanalizacyjnej spowodowała opóźnienie w robotach, albowiem czekali na rozstrzygnięcie, aż w końcu powód sam usunął tę awarię, a trwało to 12-14 dni. Ci sami świadkowie twierdzili jednocześnie, że przez cały czas powód wykonywał umowę, prace były w pełnym toku, wręcz

podkreślali, że powód gromadził większe niż to było pierwotnie przewidziane, zasoby ludzi i maszyn do wykonywania tych prac. W oparciu o zeznania świadków nie można zatem ustalić, jaki był zakres usprawiedliwionego przekroczenia przez powoda terminu zakończenia robót budowlanych, a powód nie zaoferował innych dowodów, w oparciu o które można byłoby poczynić takie ustalenia (np. opinii biegłego z zakresu budownictwa).

Skoro powód zakończył roboty budowlane 49 dni po upływie umówionego terminu, a nie wykazał zakresu usprawiedliwionego przekroczenia tego terminu, to nie było podstaw do obciążenia go jedynie 23 dniami zwłoki w zakończeniu robót budowlanych. Wobec zaskarżenia wyroku Sądu I instancji tylko przez powoda i przy braku zarzutów procesowych tego dotyczących, ustalenia tego Sądu, iż powoda obciążają tylko 23 dni zwłoki w zakończeniu robót budowlanych są jednak wiążące dla Sądu Apelacyjnego. W związku z tym co do zasady Sąd Apelacyjny przyjął, że powód odpowiada za 23 dni zwłoki w zakończeniu robót budowlanych, zgodnie z ustaleniami Sądu I instancji.

Przyjmując te ustalenia Sądu Okręgowego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem tego Sądu co do wysokości kary umownej, jaką powód winien zapłacić na rzecz pozwanej (...) Spółki z o.o. w S..

Sąd I instancji rozstrzygając w tym przedmiocie niewątpliwie wykroczył poza granice żądań stron i poza podstawy faktyczne przywoływane przez strony na potwierdzenie swoich roszczeń, przez co naruszył art. 321 k.p.c. Podkreślić bowiem należy, iż powód domagał się wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy o roboty budowlane. Pozwani (...) Spółka z o.o. w S. nie kwestionowali, że powodowi należy się wynagrodzenie za wykonanie umowy, ani też dochodzonej przez powoda z tego tytułu kwoty. Pozwani powoływali się jedynie na to, że pozwana (...) Spółka z o.o. w S. dokonała potrącenia swojej wierzytelności z tytułu kary umownej i z tytułu odszkodowania ze zgłoszoną przez powoda wierzytelnością z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy i twierdzili, że potrącenie to było skuteczne. Sąd I instancji winien był zatem ustalić, czy potrącona przez pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. wierzytelność istniała i jaki był zakres tej wierzytelności. Wierzytelność pozwanej (...) Spółki z o.o. w S., jak wskazywała sama pozwana w oświadczeniu o potrąceniu i pismach procesowych, obejmowała kary umowne ustalone na podstawie § 8 punkt 1a umowy powoda i pozwanej (...) Spółki z o.o. w S., a także odszkodowanie. Sąd I instancji mógł opierać się tylko na tej podstawie faktycznej. Winien był zatem ustalić, czy i w jakim zakresie pozwanej (...) Spółce z o.o. w S. należy się kara umowna z § 8 pkt 1a umowy. Tymczasem Sąd Okręgowy, wykraczając poza stanowiska procesowe stron, rozliczył kary umowne na podstawie § 8 pkt 3 umowy. Sąd I instancji, rozliczając kary umowne, zamiennie stosował umowę powoda z pozwaną (...) Spółką z o.o. w S. z umową pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. z pozwaną Gminą K.. Odnosił się do okresu zwłoki, który wynikał z umowy pozwanej (...) Spółki z o.o. w S. z pozwaną Gminą K., a który nie miał zastosowania do powoda. Sąd I instancji odnosił się także do kary umownej w kwocie 125.558,50 złotych, którą pozwana Gmina K. obciążyła pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S.. W sytuacji jednak, gdy rozliczenie kar umownych nie następuje na podstawie § 8 pkt 3 umowy, nie mają znaczenia kary umowne, jakie pozwana (...) Spółka z o.o. w S. zapłaciła pozwanej Gminie K.. Kary umowne, o których mowa w § 8 pkt 3 umowy powoda z pozwaną (...) Spółką z o.o. nie są bowiem powiązane z karami umownymi z § 8 pkt 1a tej umowy.

Przechodząc zatem do kwestii rozliczenia kar umownych na podstawie § 8 pkt 1a umowy powoda z pozwaną (...) Spółką z o.o. w S. należy wskazać, iż w tym paragrafie strony zastrzegły, że powód zapłaci pozwanej (...) Spółce z o.o. w S. kary umowne za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki. Pozwana (...) Spółka z o.o. w S. winna była zatem wykazać, że powód dopuścił się zwłoki w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy (z uwzględnieniem tzw. domniemania winy z art. 471 k.c.), a powód, celem ekskulpacji, winien był wykazać, że przekroczył termin wykonania przedmiotu umowy przynajmniej w części nie ze swojej winy. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c.), a w związku z tym zobowiązany do zapłaty kary może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Pozwana (...) Spółka z o.o. w S. bez wątplenia wykazała, że powód dopuścił się zwłoki w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy, przy czym, jak wskazano powyżej, wiążące dla Sądu Apelacyjnego są ustalenia Sądu I instancji, iż powód odpowiada jedynie za 23 dni zwłoki w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy. Kara umowna należąca



pozwanej (...) Spółce z o.o. w S. na podstawie § 8 pkt 1a umowy powoda z tą pozwaną wynosi zatem 75.030 złotych (0,5% x 652.437,70 złotych x 23 dni).

Pozwana (...) Spółka z o.o. w S. zgłosiła też do potrącenia z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy wierzytelność z tytułu odszkodowania za ustawienie namiotu, ale trzeba zauważyć, że w § 8 pkt 5 umowy powoda z pozwaną (...) Spółką z o.o. w S., zgodnie z art. 484 § 1 k.c., strony zastrzegły prawo do odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody. Oznacza to, że takie odszkodowanie należałoby się pozwanej (...) Spółce z o.o. w S. co do zasady tylko wówczas, jeśli poniesiona przez nią szkoda byłaby wyższa niż kwota kary umownej należnej pozwanej od powoda. Tymczasem kara umowna należna pozwanej od powoda wynosi 75.030 złotych, a wykazana przez pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. szkoda sięga kwoty niewiele ponad 20.000 złotych. W świetle § 8 pkt 5 umowy powoda z pozwaną (...) Spółką z o.o. w S., jak i w świetle art. 484 § 1 k.c. odszkodowanie nie należy się pozwanej (...) Spółce z o.o. w S., albowiem szkoda nie przewyższa kwoty kary umownej.

Potrącenie dokonane przez pozwaną (...) Spółkę z o.o. w S. w zakresie wierzytelności z tytułu kary umownej i odszkodowania z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy jest zatem skuteczne tylko w zakresie wierzytelności rzeczywiście istniejącej, tj. co do kwoty 75.030 złotych (art. 498 k.c.).

W tej sytuacji od należnego powodowi wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy, mającego oparcie w art. 647 k.c., które po odliczeniu kwoty zabezpieczenia gwarancji wynosi 181.158,71 złotych należy odliczyć kwotę 75.030 złotych. W konsekwencji uznać należy, iż żądanie powoda o dopłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy było uzasadnione w zakresie kwoty 106.128 złotych. Z mocy art. 647<sup>1</sup> § 5 k.p.c. za dopłatę powodowi wynagrodzenia w tej kwocie odpowiada pozwana (...) Spółka z o.o. w S. i solidarnie pozwana Gmina K. Zasada solidarnej odpowiedzialności Gminy K. za dopłatę wynagrodzenia za roboty wykonane przez powoda została należycie wyjaśniona przez Sąd I instancji, a poza tym, na obecnym etapie postępowania, nie była ona kwestionowana.

Z tych względów na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzeczono reformatoryjnie podwyższając zasądzoną od pozwanych solidarnie na rzecz powoda sumę do kwoty 106.128 złotych.

Po korekcie rozstrzygnięcia Sądu I instancji co do roszczenia głównego powód wygrał proces w około 55%, zaś strona pozwana w około 45%. Skoro strony przegrały sprawę niemal w jednakowym stopniu i poniosły koszty w zbliżonej wysokości, to właściwą zasadą rozstrzygnięcia o kosztach procesu za pierwszą instancję jest zasada wzajemnego zniesienia kosztów procesu z art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. Sąd I instancji zastosował tę zasadę i dlatego nie było podstaw do zmiany rozstrzygnięcia tego Sądu co do kosztów procesu.

W pozostałej części apelacja co do roszczenia głównego ponad kwotę 106.128 złotych, jak i co do kosztów procesu podlegała oddaleniu z mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu za drugą instancję orzeczono na podstawie art. 100 zdanie pierwsze k.p.c., stosunkowo je rozdzielając. Powód żądał zmiany rozstrzygnięcia Sądu I instancji w zakresie kwoty 107.725,26 złotych, a jego żądanie zostało uwzględnione co do kwoty 32.694,55 złotych (106.128 złotych – 73.433,45 złotych). W postępowaniu odwoławczym powód wygrał zatem sprawę w około 30% (32.694,55 złotych / 107.725,26 złotych). Powód poniósł opłatę od apelacji w kwocie 2.000 złotych i koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2.700 złotych, ustalone w oparciu w § 6 pkt 6 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 (Dz. U. z 2002 roku, Nr 163, poz. 1349 ze zm.). Pozwani ponieśli zaś koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2.700 złotych, ustalone w oparciu w § 6 pkt 6 zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 powołanego rozporządzenia. Powód winien zatem zwrócić pozwanym solidarnie kwotę 480 złotych (2.700 złotych x 70% - 4.700 złotych x 30%).