

Sygn. akt I ACa 369/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

**Przewodniczący SSA Wiesława Kuberska ( spr . )**

**Sędziowie SA Małgorzata Stanek**

**del. S O Marta Witoszyńska**

Protokolant sekretarz sądowy Lidia Milczarek

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa **T. B.**

przeciwko **Miastu S.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 26 stycznia 2017 r. sygn. akt X GC 424/15

**I. zmienia zaskarżony wyrok na następujący:**

**„1. u trzymuje w mocy nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w Ł. 13 marca 2015 roku w sprawie X GNc 1344/14, co do kwoty 173.283,20 ( sto siedemdziesiąt trzy tysiące dwieście osiemdziesiąt trzy i 20/100 ) zł z odsetkami za opóźnienie od 13 października 2014 roku do dnia zapłaty;**

**2. w pozostałej części uchyla nakaz zapłaty i oddala powództwo;**

**3. ustala, że T. B. wygrał sprawę w 30 % (trzydzieści) i rozdziela stosunkowo pomiędzy stronami koszty procesu , zaś ich szczegółowe rozliczenie pozostawia referendarzowi sądowemu. ” ;**

**II. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**III. zasądza od Miasta S. na rzecz T. B. kwotę 1.775,74 (jeden tysiąc siedemset siedemdziesiąt pięć i 74/100) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt I ACa 369/17**

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 26 stycznia 2017 r. Sąd Okręgowy w Łodzi, w sprawie z powództwa T. B. przeciwko Miastu S. o zapłatę, utrzymał w mocy zaskarżony nakaz zapłaty z dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt X GNc 1344/14, co

do kwoty 52.652,04 zł z ustawowymi odsetkami za okres od dnia 2 sierpnia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty,  
a także co do kwoty 173.283,20 zł z ustawowymi odsetkami za okres od dnia 13 października 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie za okres od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty (pkt 1),  
w pozostałej części uchylił zaskarżony nakaz i oddalił powództwo (pkt 2),  
a uznając, że powód wygrał sprawę w 40%, rozdzielił stosunkowo pomiędzy stronami koszty procesu, których szczegółowe wyliczenie pozostawił referendarzowi (pkt 3).

(wyrok – k. 934)

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane na podstawie ustaleń, które Sąd Apelacyjny w całości podzielił i przyjął za własne. Z ustaleń tych wynikało,

że w dniu 14 sierpnia 2012 r. strony zawarły aneksowaną następnie w dniu 10 maja 2013 r. umowę, na mocy której powód zobowiązał się do wykonania dokumentacji projektowo – wykonawczej dla potrzeb rewitalizacji zabytkowego parku miejskiego w S. w zamian za kwotę 313.404 zł, płatną po odbiorze dokumentacji przez pozwanego wraz z decyzją o pozwoleniu na budowę, jak również do wykonania na jej podstawie prac budowlanych

w zamian za wynagrodzenie wynoszące 11.740.596 zł, płatne w terminie 30 dni od dnia doręczenia pozwanemu faktury. Stosownie do § 5 umowy powód zobowiązał się przygotować projekt budowlany w terminie 75 dni od podpisania umowy, projekt wykonawczy zaś – w terminie 110 dni od podpisania umowy. Zgodnie z pkt. 2.1.3.3.1 programu funkcjonalno – użytkowego, warunkiem odbioru dokumentacji projektowej było przekazanie pozwanemu dokumentacji budowlano – wykonawczej opracowanej zgodnie z wymogami, po jej sprawdzeniu

i uznaniu za wykonaną poprawnie oraz po uzyskaniu pozwolenia na budowę. Pkt 2.1.3.3.2 programu funkcjonalno – użytkowego stanowił z kolei, że warunkiem odbioru końcowego będzie zgłoszenie zamawiającemu gotowości do odbioru robót wpisem w dzienniku budowy oraz potwierdzenie tego wpisu bądź też brak ustosunkowania się przez inspektora nadzoru w terminie 3 dni

od daty dokonania wpisu. Obowiązkiem pozwanego było wyznaczenie terminu

i rozpoczęcie odbioru prac w terminie 7 dni od daty zawiadomienia go

o osiągnięciu gotowości do odbioru z jednoczesnym powiadomieniem o tym powoda. Pozwanemu zastrzeżono jednocześnie prawo odmowy odbioru do czasu usunięcia wad, o ile ich charakter czynił możliwym takie usunięcie.

Wedle § 11 umowy pozwany był uprawniony do nałożenia kar umownych w przypadku opóźnienia w:

- oddaniu dokumentacji - kara w wysokości 0,4% wynagrodzenia za jej wykonanie za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, przy czym opóźnienie to liczone miało być od dnia, do którego powód wykonać miał projekty wykonawcze,

- wykonaniu prac – kara w wysokości 0,2% wynagrodzenia za ich wykonanie za każdy rozpoczęty dzień ich opóźnienia, licząc od dnia następnego po dniu 30 października 2013 r., do którego powyższe prace miały zostać wykonane.

Wskazaną umowę zawarto w wyniku przetargu nieograniczonego,

w którym pozwany w pkt. V ppkt. 2a) SIWZ postawił wymaganie, aby podmioty w nim uczestniczące wykazały, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, określonym na dzień 21 czerwca 2012 r., a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonały co najmniej

3 dokumentacje projektowe rewaloryzacji zabytkowych parków o powierzchni minimum 15 ha każdy.

Czyniąc zadość powyższym wymaganiom powód przedstawił pozwanemu wykaz usług obejmujący projekty rewaloryzacji i adaptacji:

- zabytkowego parku Zespołu (...) w R. w latach 2010 i 2011 bez jednoczesnego wskazania powierzchni parku,

- Zespołu (...) w M. o powierzchni ponad 21 ha, z czego zakresem pracy powoda w latach 2010 – 2011 objęto powierzchnię powyżej 15 ha,
- zabytkowego P. P. w B. o powierzchni około 15 ha w latach 2006 – 2007 oraz w roku 2010,
- zabytkowego parku w I. o powierzchni 15 ha w latach 2005 – 2006, 2008 i 2011.

Powyższy wykaz został poparty referencjami potwierdzającymi wykonanie przez powoda:

- projektu rewaloryzacji zabytkowego parku w B. w okresie od 20 października 2006 r. do 30 kwietnia 2007 r.,
- dokumentacji zagospodarowania parku w R. w roku 2011,
- rewaloryzacji i adaptacji parku w M. w latach 2010 i 2011 o powierzchni 21,3289 ha.

Ze złożonych przez powoda referencji wynikało jednocześnie, że park w I. rewaloryzowany był przez powoda w okresach przez niego wskazanych bez jednoczesnego wskazania powierzchni rewaloryzowanej w roku 2011.

Pozwany po stwierdzeniu, że przedstawiony przez powoda opis nie jest zgodny z przedstawionymi przez powoda referencjami, pismem z dnia 4 lipca 2012 r. wezwał powoda do wyjaśnienia powyższej rozbieżności, wskazując jednocześnie, że wedle posiadanych informacji objęta pracami powoda powierzchnia obiektu w R. wynosiła zaledwie 8,1815 ha w miejsce wymaganych 15 ha. Odpowiadając na powyższe pismo powód wskazał, że wedle SIWZ wykazał miał się wykonaniem projektu rewaloryzacji parku o powierzchni 15 ha, co jednak nie oznacza, że wykonany przez powoda projekt miałby obejmować całą powierzchnię takiego parku. Podniósł jednocześnie, że wymaganie takie naraziłoby pozwanego na podejrzenie, że zmierza do zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców ze względu na ograniczoną ilość parków spełniających wskazane kryterium powierzchni, które jednocześnie miałyby być przedmiotem rewaloryzacji na przestrzeni ostatnich 3 lat w całości.

W dniu 13 lipca 2012 r. pozwany wezwał powoda do wyjaśnienia jego oferty wskazując jednocześnie, że wedle uzyskanych informacji rewaloryzacja parku w R. miała objąć powierzchnię zaledwie 6,47 ha, zaś rewaloryzacja parku w M. nastąpiła w okresie wykraczającym poza ramy czasowe zakreślone w SIWZ. Podobnie powołana przez powoda w opisie wykonanych prac rewaloryzacja parku P. w B. nie odpowiada wymaganiom SIWZ i to zarówno z uwagi na datę jej wykonania, jak i powierzchnię, której dotyczyła.

Odpowiadając na powyższe, w dniu 18 lipca 2012 r. powód przesłał pozwanemu uzupełniony wykaz usług na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia. Wedle treści powyższego wykazu powód miał wykonać projekty rewaloryzacji parków w:

- R. w latach 2010 – 2011,
- M. o powierzchni powyżej 21 ha w latach 2010 – 2011,
- B. o powierzchni 15 ha w latach 2006 – 2007 i 2010,
- I. o powierzchni 32 ha w latach 2005 – 2006, 2008 i 2011,
- O. o powierzchni 22 ha w okresie od stycznia 2009 do kwietnia 2010,
- J. dwóch obiektów o powierzchni 16,25 ha oraz 16 ha

w okresie od listopada 2008 r. do lipca 2009 r.

Przedstawione przez powoda referencje potwierdziły rewaloryzację obiektu w:

- J. o powierzchni 32 ha w latach 2008 – 2009 oraz 22,12 ha w latach 2009 – 2010,
- O. o powierzchni 22 ha w roku 2009.

Po przedstawieniu powyższych dokumentów strony zawarły umowę.

W dniu 21 listopada 2012 r. powód skierował do pozwanego wniosek o uzgodnienie przygotowanej przez siebie dokumentacji, zaś w dniu 3 grudnia 2012 r. przekazał pozwanemu dokumentację wykonawczą.

W dniu 12 kwietnia 2013 r. powód przedłożył pozwanemu wymagane projekty budowlany i wykonawczy, które pozwany w dniu 19 kwietnia 2013 r. ponownie przekazał powodowi celem rozpoczęcia prac na ich podstawie.

W dniu 28 czerwca 2013 r. powód wystawił fakturę za wykonaną dokumentację opiewającą na kwotę 313.404 zł z terminem płatności do dnia 28 lipca 2013 r.

W dniu 12 lipca 2013 r. pozwany wystawił notę księgową opiewającą na kwotę 52.652,04 zł z tytułu mającego wynosić 42 dni opóźnienia w przygotowaniu dokumentacji projektowej, potwierdzając jednocześnie, że dokumentacja taka przekazana została pozwanemu w dniu 3 grudnia 2012 r.

W powyższej notcie wskazano jednocześnie na fakt uzyskania pozwolenia wodno - prawnego w dniu 15 stycznia 2013 r.

W dniach 13, 21, 24 czerwca oraz 1, 2, 5 i 8 lipca 2013 r. (...) Wojewódzki Konserwator Zabytków wydał decyzje nakazujące pozwanemu wstrzymanie prac budowlanych związanych z wykonaniem części alejki parkowej na terenie parku miejskiego w S. w celu przeprowadzenia tam ratowniczych badań wykopaliskowych po uprzednim uzyskaniu pozwolenia Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Ł..

Decyzjami z dnia 29 sierpnia 2013 r., 8 listopada 2013 r., 19 i 27 marca 2014 r., 8 i 23 kwietnia 2014 r., 7 maja 2014 r. Wojewódzki Urząd Ochrony Zabytków w Ł. zezwolił pozwanemu na kontynuację prac budowlanych związanych z rewitalizacją parku w S.. Konieczność wykonania powyższych prac wstrzymała prace powoda na około pół roku.

Aneksami z dnia 30 października 2013 r. oraz z dnia 24 czerwca 2014 r. strony wydłużyły czas zakończenia prac budowlanych odpowiednio do dnia 30 czerwca 2014 r. oraz do dnia 21 lipca 2014 r. Przyczyną przedłużania powyższych terminów były przeciągające się prace archeologiczne. Jednocześnie pozwany zwracał powodowi uwagę na niedostateczne zaangażowanie na budowie zasobów ludzkich i sprzętowych.

W drugiej ze wskazanych wyżej dat powód zgłosił pozwanemu gotowość do odbioru robót budowlanych. Odpowiadając na powyższe, pozwany w dniu 22 lipca 2014 r. odparł, że gotowość do odbioru wykonanych prac winna zostać potwierdzona wpisem do dziennika budowy dokonany przez inspektorów nadzoru w poszczególnych branżach. W kolejnym piśmie z dnia 24 lipca 2014 r. pozwany wskazał, że dokonane przez powoda w dniu 22 lipca 2014 r. zgłoszenie do odbioru wykonanych prac było przedwczesne, bowiem roboty budowlane prowadzone są nadal. W dacie tej w dalszym ciągu nie były wykonane trawniki. Powyższe stanowisko pozwany podtrzymał w dniu 1 sierpnia 2014 r., wskazując jednocześnie, że pomimo dokonania zgłoszenia gotowości prac do ich odbioru w dalszym ciągu są prowadzone prace w zakresie budowy ścieżek, zagospodarowania zieleni, instalacji nawadniania, wykonywania nasadzeń

i trawników, naprawy nawierzchni granitowych oraz montażu elementów małej architektury. Pozwany zapowiedział, że decyzja w przedmiocie potwierdzenia przez pozwanego gotowości do odbioru zapadnie w dniu 4 sierpnia 2014 r.

W dniu 5 sierpnia 2014 r. stwierdzono wykonanie prac, które pozostawały nieukończone jeszcze w dacie pierwszego zgłoszenia gotowości do odbioru.

W dniu 11 sierpnia 2014 r. w dzienniku budowy odnotowano, że prace zostały zakończone zgodnie ze zgłoszeniem z dnia 21 lipca 2014 r. Następnego dnia podjęto próbę odbioru prac, pozwany jednak z uwagi na liczne stwierdzone przez siebie usterki odmówił dokonania takiego odbioru, z czym nie zgodził się powód.

Protokół zakończenia odbioru technicznego obiektu podpisano w dniu 27 sierpnia 2014 r., zaś protokół odbioru prac w dniu 12 września 2014 r. Wytknięte powodowi w tym dniu, jak również w dniu 6 października 2014 r. usterki nie stanowiły dla pozwanego przeszkody do dokonania odbioru. Jeszcze w dniu 12 września 2014 r. powód wystawił fakturę opiewającą na kwotę 2.410.800 zł z tytułu wykonanych przez siebie prac budowlanych z terminem zapłaty wyznaczonym na dzień 12 października 2014 r.

Ostateczny termin zakończenia prac nie został dotrzymany z uwagi na niedoszacowanie czasu koniecznego do wykonania prac archeologicznych.

W dniu wyznaczonym na odbiór na placu budowy w dalszym ciągu zaangażowany był ciężki sprzęt, który wykorzystywano jeszcze po wyznaczonej na odbiór dacie.

Na terenie budowy odbywały się cykliczne narady. Na każdej z nich powodowi zwracano uwagę na niedostateczne tempo prac spowodowane niewystarczającą ilością pracowników. Ostatnia z nich miała miejsce w dniu 9 lipca 2014 r. W jej trakcie stwierdzono, że termin końcowy wykonania prac, ustalony ostatecznie na dzień 21 lipca 2014 r., jest zagrożony z uwagi na trwające jeszcze prace przy dokumentacji projektowej, działania naprawcze nawierzchni granitowej oraz prace na obszarze górnych tarasów ogrodów formalnych.

W dniu 30 września 2014 r. spółka (...) wystawiła pozwanemu fakturę na kwotę 11.743,46 zł z tytułu oświetlenia parku miejskiego w okresie od 10 czerwca do 18 września 2014 r. Na jej podstawie pozwany wystawił powodowi w dniu 7 października 2014 r. refakturę na kwotę 11.038,42 zł, mającą odpowiadać kosztom oświetlania parku za okres 94 dni. W dniu

17 października 2014 r. powód zwrócił pozwanemu powyższą refakturę wskazując jednocześnie, że nie zamawiał on usługi w postaci oświetlenia parku miejskiego. W dniu 27 października 2014 r. pozwany ponownie przesłał powodowi refakturę, wskazując jednocześnie na to, że objęta nią należność nie wynika z oświetlenia parku miejskiego, lecz z oświetlenia terenu budowy.

Wcześniej, bo w dniu 3 października 2014 r. pozwany wystawił notę księgową na kwotę 506.268 zł, mającą stanowić karę umowną za trwające

21 dni opóźnienie w wykonaniu prac budowlanych w okresie od 21 lipca 2014 r. do 11 sierpnia 2014 r.

W dniu 10 października 2014 r. pozwany wystosował do powoda doręczone w dniu 14 października 2014 r. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności o zapłatę powyższej należności, jak również wierzytelności o zapłatę kwoty 11.038,42 zł z tytułu kosztów zużycia energii elektrycznej.

Realizowana przez pozwanego inwestycja była współfinansowana ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) i z tego też tytułu została poddana kontroli ze strony Urzędu Marszałkowskiego, w wyniku której stwierdzono, że wedle poczynionych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ustaleń, powód wbrew udzielonym pozwanemu informacjom miał uczestniczyć w rewitalizacji tylko jednego obiektu spełniającego wymagania, jakie pozwany postawił przed uczestnikami przetargu. Powyższy wniosek został sformułowany między innymi w oparciu o udzieloną przez Prezydenta J. informację, wedle której powód wykonał swoją pracę w okresie od

22 sierpnia 2008 r. do 14 maja 2009 r., a zatem w okresie wykraczającym poza wymagane przetargiem ostatnie 3 lata przed jego rozpoczęciem, oraz w oparciu o informację udzieloną przez Urząd Miasta I., wedle której prace powoda obejmować miały powierzchnię 3,5 ha.

Powyższa okoliczność w ocenie organu kontrolującego winna skutkować wykluczeniem powoda z udziału w przetargu, zaś zaniechanie podjęcia takiej decyzji stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na powyższe, zespół kontrolny zobowiązał pozwanego do samodzielnego potrącenia ustalonej przez siebie na 624.582,06 zł kwoty korekty finansowej poprzez odliczenie od każdej faktury wystawianej w ramach realizacji zamówienia, która miałyby zostać przedłożona wraz z wnioskiem o płatność, 10% wydatków kwalifikowanych z takiej faktury. Zobowiązanie to zostało podtrzymane w zaleceniach pokontrolnych z dnia 18 czerwca 2014 r. Wykonując wskazane zalecenia pozwany w dniu 11 lipca 2014 r. zapłacił Urzędowi Marszałkowskiemu kwotę 624.582,06 zł.

W dniu 26 listopada 2014 r. przeciwko zastępcy prezydenta Miasta S. wniesiono w sprawie Ds 133/14 akt oskarżenia o to, że ten nie wykluczając oferty powoda z przetargu nie dopełnił tym samym obowiązku przewidzianego w art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, zaś przeciwko pracownicy powoda - P. F. o to, że ta działając w celu uzyskania dla powoda zamówienia publicznego przedłożyła poświadczające nieprawdę pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia. W stosunku do obojga oskarżonych zapadł prawomocny wyrok uniewinniający.

Wobec tak poczynionych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że na częściową aprobatę zasługiwały podniesione przez stronę pozwaną zarzuty potrącenia. Aprobata ta nie dotyczyła jednak zgłoszonej przez pozwanego do potrącenia wiarygodności o zwrot utraconych środków z tytułu dotacji unijnej, bowiem nie sposób obarczyć powoda odpowiedzialnością w tym zakresie. Wyjaśniając swe stanowisko Sąd Okręgowy nawiązał do treści pisma, jakie powód wystosował do pozwanego jeszcze na etapie przetargu. W piśmie tym wprost zostało wyartykułowane przekonanie powoda, że wskazując całkowite powierzchnie rewaloryzowanych przez siebie parków, nie zaś powierzchnie faktycznie poddane takiej rewaloryzacji postąpił według swojej najlepszej wiedzy zgodnie z wymaganiami wyrażonymi w pkt. V ppkt. 2a) SIWZ. Po otrzymaniu powyższego pisma pozwany nie podniósł bynajmniej, aby wyrażone w nim stanowisko co do sposobu rozumienia SIWZ miało być błędne, w szczególności zaś, że nie odpowiadało ono intencjom i zamiarom, jakie przyświecały pozwanemu przy redakcji zapisów zawartych w pkt. V ppkt. 2a) SIWZ. Skoro zatem po zapoznaniu się z przyjętą przez powoda interpretacją co do powyższych postanowień SIWZ pozwany zdecydował się zawrzeć z nim umowę, to w chwili obecnej nie może wywodzić niekorzystnych dla powoda skutków prawnych z dokonanej przez niego odmiennej, błędnej wykładni SIWZ, a to z tego względu, że sam nie zdecydował się powoda z takiego błędu wyprowadzić poprzez wykluczenie z przetargu. Co więcej, fakt podpisania umowy po zapoznaniu się ze stanowiskiem wyrażonym w piśmie powoda, pozwalał przyjąć, że w dacie jej zawierania rozbieżności co do takiej wykładni nie występowały, pojawiły się zaś dopiero w następstwie przeprowadzonej kontroli sposobu wydatkowania środków unijnych, po to, by ostatecznie wykorzystane zostać jako środek obrony pozwanego w wytoczonym mu procesie o zapłatę. Co się tyczy odmiennych wniosków, do jakich doprowadziło postępowanie kontrolne w przedmiocie prawidłowości wydatkowania środków unijnych, Sąd Okręgowy wskazał, że nie jest związany ustaleniami i rozstrzygnięciami, jakie zapadły w powyższym postępowaniu, podobnie jak nie jest związany prawomocnym wyrokiem karnym uniewinniającym pracownicę powoda od popełnienia przestępstwa poświadczenia nieprawdy z art. 297 § 1 k.k., mającego w okolicznościach niniejszej sprawy polegać na przedstawieniu nieprawdziwych informacji dotyczących powierzchni rewaloryzacji parku w R., okresu rewaloryzacji parku w M., okresu rewaloryzacji parków w J., a także powierzchni rewaloryzacji parku w I..

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na to, że w kwestii okresu rewaloryzacji parków w M. wystawione przez właściwy podmiot referencje potwierdziły fakt wykonania takiej pracy w roku 2011, a zatem w okresie, na który powód mógł się powołać w ogłoszonym przez stronę pozwaną przetargu, natomiast rewaloryzacja obiektu w J. odbywała się w kilku etapach,

z których ostatni miał miejsce w roku 2010, a zatem także w okresie wskazanym w pkt. V ppkt. 2a) SIWZ. Przy uwzględnieniu prac, jakie powód wykonał w odniesieniu do parków w B. i O., stanowisko pozwanego, jakoby mylne informacje powoda narazić miały Miasto S. na szkodę, Sąd Okręgowy ocenił zatem jako nieuprawnione.

Odnosząc się do kwestii powierzchni zgłoszonych w wykazie usług obiektów, które były przez powoda rewaloryzowane, Sąd Okręgowy przychylił się do stanowiska pełnomocnika powoda, wedle którego zawarty w pkt. V ppkt. 2a) SIWZ zapis nie wymagał, aby przedmiotem takiej rewaloryzacji miało być pełne 15 ha, lecz jedynie, aby rewaloryzacją taką były objęte obiekty o powierzchni nie mniejszej niż 15 ha. Analizując powyższe zagadnienie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na drobne, lecz znaczące zniekształcenie tego zapisu w informacji pokontrolnej, a zatem dokumencie, na którym pozwany oparł swoje stanowisko, że poniesiona przez niego szkoda została wyrządzona wskutek przedstawienia przez powoda nieprawdziwych informacji co do powierzchni podanych w wykazie wykonanych przez powoda prac. Z treści powyższego dokumentu wynika, że powód był zobligowany do wykazania wykonania dokumentacji projektowej „rewaloryzacji zabytkowych parków o powierzchni min. 15 ha każda”, gdy tymczasem w pkt. V ppkt. 2a) SIWZ został zamieszczony wymóg, aby powód wykazał wykonanie dokumentacji projektowej „rewaloryzacji zabytkowych parków o powierzchni min. 15 ha każdy” bez jednoczesnego wskazania, że rewaloryzacją taką miałyby zostać objęta cała powierzchnia parku. O ile Sąd Okręgowy zgodził się z konkluzją, że pierwsza wersja SIWZ, która znalazła się ostatecznie w informacji pokontrolnej, a zatem została uznana za miarodajną przy dokonywaniu oceny prawidłowości wydatkowania środków unijnych, jednoznacznie wskazuje, że autorowi SIWZ chodziło o to, by w przetargu brały udział wyłącznie podmioty mogące poszczycić się rewaloryzacją powierzchni nie mniejszych niż wymagane 15 ha, to wersja pierwotna, zamieszczona w samym SIWZ, nie prowadzi do takich wniosków. Nie zawiera bowiem żadnego zapisu doprecyzowującego intencje autora dokumentu, z którego wynikałoby, że dla potrzeb udziału w przetargu będzie można powołać się wyłącznie na rewaloryzację całego parku o powierzchni minimum 15 ha, nie zaś jedynie części obiektu, którego całość zajmuje 15 ha. Tymczasem na taką właśnie wykładnię powyższego zapisu powołał się powód w postępowaniu przetargowym, co nie spotkało się z zaprzeczeniem pozwanego. Takiemu rozumieniu zapisów SIWZ odpowiadał przedłożony przez powoda wykaz usług, bowiem wynikało z niego jedynie to, że rewaloryzowany przezeń park w R. i w I. ma powierzchnię większą od minimalnej określonej w SIWZ, natomiast żadną miarą nie wynikało z niego, by przedmiotem usługi powoda stała się cała powierzchnia parku.

Sąd Okręgowy podkreślił, że z załączonego do akt sprawy wykazu wykonanych prac nie wynika, aby powód miał określić powierzchnię obiektu

w R. na 15 ha bądź większą, a dokument ten w żaden sposób nie określa powierzchni rewaloryzowanej w R.. Jeśli zatem pomimo tego strona powodowa uznała go za wystarczający dla potrzeb przetargu, to w chwili obecnej nie może z tytułu powyższych niepełnych danych wywodzić względem powoda negatywnych konsekwencji. Mając powyższe okoliczności na względzie, Sąd Okręgowy przyjął, że nie zachodzą w niniejszej sprawie przesłanki oddalenia powództwa w całości w oparciu o omówiony zarzut potrącenia.

Sąd Okręgowy odniósł się następnie do podniesionych przez stronę pozwaną zarzutów dotyczących potrącenia wierzytelności, jakie pozwana miała uzyskać względem powoda z tytułu nałożonych na niego kar umownych za opóźnienia w spełnieniu przedmiotów świadczenia przewidzianych umową z dnia 14 sierpnia 2012 r. Pierwsze z tych świadczeń miało polegać na opracowaniu przewidzianej w § 1 umowy dokumentacji budowlano – wykonawczej wraz z wszelkimi niezbędnymi uzgodnieniami, opiniami, badaniami, obliczeniami

i opracowaniami, pozyskaniu zezwolenia na wycinkę drzew lub krzewów, pozyskaniu pozwolenia wodno – prawnego, map do celów projektowych oraz dokumentów niezbędnych do uzyskania stosownych decyzji wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę. Wedle § 5 umowy projekty budowlane miały zostać wykonane w terminie 75 dni od dnia podpisania umowy, wykonawcze zaś w terminie 110 dni od powyższej daty, przy czym, stosownie do § 11 ust. 1 a) umowy w przypadku przekroczenia drugiego ze wskazanych powyżej terminów pozwany był uprawniony do naliczenia kary umownej.

Mając na uwadze, że z przekroczenia powyższego terminu to pozwany wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, na nim też stosownie do art. 6 k.c. spoczywał ciężar udowodnienia, czy i o ile termin ten rzeczywiście przekroczono. Jako okoliczności mające świadczyć o przekroczeniu wypadającego na dzień

2 grudnia 2012 r. terminu Sąd Okręgowy w ślad za stanowiskiem pozwanego wskazał fakt, że pozwolenie wodno - prawne zostało wydane dopiero w dniu

15 stycznia 2013 r. Niezależnie od zasadnie wyrażonego przez powoda w replice na zarzuty stanowiska, wedle którego powód nie miał wpływu na tempo prowadzenia inicjowanych przez siebie postępowań administracyjnych, wskazywana przez pozwanego data uzyskania pozwolenia wodno - prawnego nie świadczyła zdaniem Sądu o przekroczeniu przez powoda terminu zakreślonego

w § 5 pkt b) umowy, bowiem strony zastrzegły karę umowną za przekroczenie terminu do przygotowania dokumentacji, nie zaś zakreślonego w § 5 pkt c) umowy terminu do jej złożenia wraz z ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę, szczegółową specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz ich przedmiarami, co wedle powołanych wyżej postanowień umowy miało nastąpić w terminie 15 dni od dnia wydania decyzji o pozwoleniu na budowę. Sąd Okręgowy zauważył przy tym, że samo wykonanie projektów budowlanego

i wykonawczego w przeciwieństwie do ich przekazania, nie wymagało uzyskania jakiegokolwiek potwierdzenia ze strony pozwanego, w szczególności zaś nie było konieczne sporządzenie na okoliczność tej czynności jakiegokolwiek protokołu. W zaistniałej sytuacji oczekiwanie, że to powód zdoła dowieść wykonania dokumentacji w terminie przewidzianym w § 5 pkt b) umowy równałoby się nałożeniu nań obowiązku przeprowadzenia dowodu niemożliwego, bowiem umowa nie przewidywała żadnej formy udokumentowania daty, w jakiej projekty budowlane i wykonawczy były gotowe. Powód – poza twierdzeniami własnymi

i np. swoich pracowników, które niechybnie przez pozwanego zostałyby uznane za gołosłowne, siłą rzeczy nie mógł dysponować żadnym przekonującym dowodem dochowania terminu z § 5 pkt b) umowy.

Tym samym Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że z samego faktu uzyskania pozwolenia wodno - prawnego w dniu 15 stycznia 2013 r. nie sposób wnioskować, że strona nie dysponowała gotowymi projektami budowlanym i wykonawczym na dzień 2 grudnia 2012 r. Forsując tezę odmienną,

a mianowicie taką, że we wskazanej dacie dokumentacja ta nie była jeszcze gotowa, pozwany nie wyjaśnił, na czym opiera swoje rozumowanie,

w szczególności zaś, czemu uzyskanie pozwolenia wodno - prawnego w dniu

15 stycznia 2013 r. miałyby świadczyć o tym, że projekty budowlane

i wykonawczy nie zostały przygotowane wcześniej, w terminie zakreślonym w § 5 pkt b) umowy. W ocenie Sądu Okręgowego sam fakt uzyskania przez powoda pozwolenia wodno - prawnego w dniu 15 stycznia 2012 r. nie mógł prowadzić do wniosku, jakoby przed wskazaną wyżej datą projekty budowlane i wykonawcze miały jeszcze nie być gotowe, a to z tego względu, że zapisy zawarte w § 6

umowy rozróżniają powyższą dokumentację od decyzji administracyjnych oraz warunków technicznych prawa budowlanego. Tym samym jako zasadny

Sąd Okręgowy ocenił wniosek, że wedle zgodnych intencji stron umowy przygotowanie przez powoda niezbędnych projektów było czymś innym

aniżeli uzyskanie stanowiących odrębną kategorię decyzji i zezwoleń administracyjnoprawnych. Późniejsze uzyskanie przez powoda dokumentów tej drugiej kategorii nie przesądzało zatem, że dokumentacja określona w § 6 ust. a) umowy nie była gotowa wcześniej, w terminie zakreślonym w § 5 ust. b) umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego argumentów dla dokonania odmiennej wykładni złożonych przez strony przy zawieraniu umowy oświadczeń woli nie dostarczały zapisy zawarte w pkt. 2.1.3.3.1 programu funkcjonalno – użytkowego, wedle którego dokumentacja projektowa mogła zostać uznana za wykonaną po przekazaniu pozwanemu dokumentacji budowlano – wykonawczej opracowanej zgodnie z wymogami, po jej sprawdzeniu i uznaniu za wykonaną poprawnie oraz po uzyskaniu pozwolenia na budowę. W ramach analizy treści powyższego zapisu Sąd Okręgowy dostrzegł rozwinięcie punktu 2.1.3.3 programu funkcjonalno – użytkowego zatytułowanego: „Warunki odbioru”. Wywiódł następnie, że takie usytuowanie pkt. 2.1.3.3.1 p.f.u. jednoznacznie wskazuje na to, że punkt ten służyć miał wyłącznie sprecyzowaniu warunków, po spełnieniu których



pozwany był uprawniony do odbioru dokumentacji. Nie wskazywał on natomiast okoliczności pozwalających na dokonanie oceny, czy dokumentacja została przygotowana w terminie. Gdyby zamiar stron miał być odmienny, a zatem, gdyby zgodnym zamiarem stron umowy miało być uzależnienie terminowego przygotowania przez powoda dokumentacji od jednoczesnego zdobycia przez niego wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, to nie stało na przeszkodzie, aby redagując § 11 ust. 1 pkt a) umowy zawierający regulację co do nałożenia kary umownej, strony wprost przyjęły, że

o opóźnieniu się w spełnieniu pierwszego ze świadczeń umownych stanowić ma przekroczenie terminu do zdania powyższej dokumentacji, nie zaś jak wskazano w § 5 ust. b, do którego odsyła § 11 ust. 1 pkt a) umowy – przekroczenie określonego w § 5 ust. b umowy terminu jej przygotowania. Wreszcie, zdaniem Sądu Okręgowego zapis zawarty w pkt. 2.1.3.3.1 p.f.u. nie mógł być interpretowany w taki sposób, aby pod pojęciem przygotowania dokumentacji projektowej rozumieć dopiero jej dostarczenie pozwanemu wraz z dokumentacją administracyjną, bowiem przy takiej wykładni p.f.u. traci jakikolwiek sens zapis § 5 ust. c umowy przewidujący osobny od przygotowania dokumentacji termin na jej dostarczenie. Przy takiej zatem wykładni wprowadzenie osobnych terminów przygotowania i dostarczenia dokumentacji, czego dokonano w § 5 ust. b i c umowy, uznać należałoby za zabieg nie tylko zbędny, ale wręcz prowadzący w błąd każdego, kto zdecydowałby się zawrzeć powyższą umowę. We wskazanych wyżej niezręcznościach językowych, jakie wkradły się do p.f.u., Sąd Okręgowy nie znalazł ostatecznie podstaw do wywiedzenia negatywnych dla powoda skutków prawnych.

Tym samym zarzut potrącenia kary umownej naliczonej za spóźnione przygotowanie dokumentacji Sąd ocenił – z braku potwierdzających jego zasadność dowodów – jako chybiony.

Jako zasadną w świetle przeprowadzonych w sprawie dowodów,

w szczególności zaś w świetle zeznań świadka J. M. Sąd Okręgowy ocenił natomiast decyzję pozwanego o nałożeniu na powoda kary umownej

z tytułu opóźnienia w wykonaniu prac budowlanych. W ocenie Sądu Okręgowego za pozbawioną znaczenia należało potraktować okoliczność, że ukończenie tychże prac w pierwotnie przewidzianym umową terminie wyznaczonym na dzień 30 października 2013 r. nie było możliwe z uwagi na konieczność jednoczesnego prowadzenia prac archeologicznych. Powód bowiem uzyskał ostatecznie przedłużenie powyższego terminu do dnia 21 lipca 2014 r.

i dopiero po przekroczeniu tej daty pozwany rozpoczął naliczanie kar umownych. W świetle powyższego, nie był zatem zasadny argument strony powodowej, że pomimo ujawnienia się konieczności prowadzenia prac archeologicznych na 4 miesiące przed upływem pierwotnego terminu umowy pozwany miał zgodzić się na jego przedłużenie jedynie o 2 miesiące. Przedłużenie takie zostało uzyskane przez powoda na okres łącznie 9 miesięcy, tak więc na czas dłuższy aniżeli opóźnienie wywołane pracami archeologicznymi, które przesłuchana na wniosek powoda świadek A. P. szacowała jedynie na pół roku.

Zdaniem Sądu Okręgowego dla oceny kwestii wpływu prac archeologicznych na terminowość zakończenia robót powoda kluczowe znaczenie miały zeznania świadka M., z których jednoznacznie wynika, że akceptując dzień 21 lipca 2014 r. jako ostateczną datę zakończenia prac, powód musiał zdawać sobie sprawę, że przy niewystarczającym zaangażowaniu na terenie prac ludzi i sprzętu, powyższy termin nie jest możliwy do dotrzymania. Bez wątplenia zaś ta ostatnia okoliczność, którą w trakcie prowadzonych prac pozwany wielokrotnie wytykał, leżała w gestii powoda, wobec czego nie sposób – mimo odmiennego stanowiska strony powodowej – zasadnie argumentować, że ewentualne opóźnienie mające miejsce po dniu 21 lipca 2014 r. miało być spowodowane okolicznościami niezależnymi od powoda, a więc, że nałożona na niego z powyższego tytułu kara umowna sprzeciwia się treści art. 483 k.c.

Nawiązując do zeznań świadka M., Sąd Okręgowy podkreślił, że

w dniu 21 lipca 2014 r. roboty powoda nie nadawały się do odbioru chociażby

z uwagi na trwające w dalszym ciągu prace z zaangażowaniem sprzętu maszynowego. Okoliczność ta czyniła niemożliwym przystąpienie przez pozwanego do wnioskowanych przez powoda czynności odbiorowych, stąd samo opóźnienie się powoda uznał za fakt dowiedziony. Co się tyczy rozmiaru tego opóźnienia, to wedle zeznań tego samego świadka, odbiór taki był możliwy

w dacie zgłoszenia gotowości do niego, tj. w dniu 4 sierpnia 2014 r., zaś fakt, że we wskazanej dacie do odbioru takiego nie doszło nie mógł zostać uznany

za okoliczność obciążającą powoda. Za okoliczność pośrednio potwierdzającą osiągnięcie przez powoda gotowości do odbioru w dniu 4 sierpnia 2014 r. Sąd uznał pismo świadka M. z powyższej daty, gdyż z poprzedzającego wskazaną datę wcześniejszego pisma z dnia 1 sierpnia 2014 r. wynika, że prace nie były w tej dacie jeszcze ukończone. Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego po stronie pozwanego zaistniały podstawy do obciążenia powoda karą umowną za opóźnienie, jakie powstało pomiędzy 21 lipca a 4 sierpnia 2014 r., tj. za okres 15 dni. Biorąc pod uwagę przyjęty w umowie sposób liczenia kary umownej, karę tę Sąd Okręgowy określił na kwotę 337.512 zł (14 dni x 24.108 zł).

Dokonując oceny kwestii opóźnienia powoda w wykonaniu prac Sąd Okręgowy zwrócił nadto uwagę na niekonsekwencję w stanowisku strony powodowej wyrażonym w jej piśmie z dnia 23 stycznia 2017 r., w którym pełnomocnik powoda, przecząc zarzutowi pozwanej odnośnie niedotrzymania terminu wykonania prac przez powoda, sformułował zarzut, że z racji prac archeologicznych termin ten miał być obiektywnie niemożliwy do dotrzymania.

Sąd Okręgowy wykluczył jako okoliczność mogącą zwolnić powoda od obowiązku zapłaty powyższej kary wskazywane przez przesłuchanych

w charakterze świadków pracowników powoda, niezależnych od strony powodowej, przeszkody w terminowym ukończeniu prac w postaci trudnych warunków atmosferycznych. Zeznania te miały bowiem wątpliwą wartość dowodową, gdyż jednocześnie z zeznań świadka D. wynikało, że świadkowi temu nie były znane inne poza pracami archeologicznymi okoliczności skutkujące przedłużeniem wykonania robót budowlanych. Powyższe nasuwało kolejny wniosek, że nawet, jeśli istotnie w trakcie wykonywania prac wystąpiły trudne warunki atmosferyczne, to nie one miały wpływ na niedotrzymanie terminu umowy przez powoda. Z zeznań świadka G. S. wynikało za to, że wywołane pogorszeniem warunków atmosferycznych prace miały charakter jedynie poprawkowy i polegały na sprzątnięciu. Z pozostałych przeprowadzonych w sprawie dowodów w postaci zeznań świadka M., jak i przedłożonych do akt dokumentów wynikało natomiast, że przyczyną braku odbioru prac pomiędzy dniem 21 lipca a 4 sierpnia 2014 r. była nie tyle konieczność wykonania prac poprawkowych, te bowiem prowadzono jeszcze w październiku 2014 r., czyli na długo po dacie, w jakiej pozwany zdecydował się potwierdzić odbiór prac, lecz zwyczajne niewykonanie pewnych ich fragmentów, niemające związku z usuwaniem usterek prac już wykonanych.

Za okoliczność najistotniejszą Sąd Okręgowy uznał jednak fakt, że zastrzeżona w umowie stron kara umowna stanowi odzwierciedlenie regulacji art. 483 § 1 k.c. dopuszczającej możliwość zastrzeżenia w umowie swoistej sankcji cywilnoprawnej, zryczałtowanej postaci odszkodowania, jako formy naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Sąd wyjaśnił, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej objętej regulacją art. 483 § 1 k.c. pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c. i następ.), co wynika tak z celu kary umownej, jak i umiejscowienia przepisów jej dotyczących w Kodeksie cywilnym, lecz Kodeks cywilny dopuszcza również możliwość wystąpienia odmiennych przesłanek odpowiedzialności kontaktowej m.in. w drodze czynności prawnej, gdyż zgodnie z art. 472 k.c. postanowienia umowne mogą modyfikować granice i zasady odpowiedzialności dłużnika. Wyrazem tego jest regulacja art. 473 § 1 k.c.,

w świetle której dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności (niezawinionych), za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Tymczasem w stanie faktycznym niniejszej sprawy przedmiotowa kara umowna została zastrzeżona za samo tylko opóźnienie w wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę, które, jak trafnie podnosi pozwany, stanowiąc odrębną kategorię prawną od zwłoki (art. 476 k.c.), jest oderwane od zawinienia dłużnika.

Powyższe pozwoliło Sądowi Okręgowemu przyjąć w zestawieniu z regulacją § 11 umowy, że zgodnie z wolą stron wyrażoną w umowie, obowiązek zapłaty kary umownej zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w wykonaniu robót i oddania przedmiotu umowy nie był uzależniony od zawinienia ze strony ich wykonawcy. Oznacza to, że przy niewątpliwym opóźnieniu, jakie nastąpiło, pozwany był uprawniony do naliczenia zastrzeżonej kary umownej. Nieuzasadnione pozostawało zatem w świetle powyższego stanowisko powoda kwestionujące co do

zasady uprawnienie pozwanego do kary umownej oparte na założeniu, że występujące opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, takich jak np. trudne warunki pogodowe, gdyż zastrzeżona kara umowna jest karą za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy, nie zaś za zwłokę, czyli oderwaną od zawinienia powoda.

Sąd Okręgowy wskazał na treść art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którym dłużnik ma możliwość uzyskania częściowego zmniejszenia tej kary w razie wystąpienia przesłanek wskazanych w art. 484 § 2 k.c., co następuje drogą orzeczenia sądu i stanowi wyjątek od sformułowanej w treści art. 484 § 1 k.c. zasady. Zatem w razie występującej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej dopuszczalne jest na podstawie wskazanego przepisu jej zmniejszenie na żądanie dłużnika. Zmniejszenie kary umownej może nastąpić na podstawie łącznego stosowania przesłanek miarkowania, a jego dokonanie mogą uzasadniać różnorakie okoliczności.

Mając na uwadze, że przeprowadzone w sprawie dowody osobowe, jak również dowody z dokumentów na okoliczność niedotrzymania przez powoda terminu wykonania prac wyznaczonego na dzień 21 lipca 2014 r. okazały się wystarczające dla potrzeb wykazania powyższej okoliczności, Sąd Okręgowy pominął zgłoszony przez pozwanego kolejny dowód na tę okoliczność w postaci opinii biegłego.

Dokonując oceny zgłoszonej do potrącenia kwoty 11.038,42 zł z tytułu wydatków poniesionych przez stronę pozwaną na oświetlenie terenu, na którym powód prowadził prace budowlane, Sąd Okręgowy uwzględnił zeznania świadków zgłoszonych przez powoda, wskazujące na to, że oświetlenie parku latarniami miejskimi nastąpiło wskutek kierowanych do pozwanego wystąpień personelu powoda dotyczących aktów wandalizmu i kradzieży, do jakich miało dochodzić na terenie prowadzonych prac po zmroku. Uznał następnie, że w intencji pracowników powoda, kierujących powyższe wystąpienia do pozwanego, włączenie takiego oświetlenia miało takim sytuacjom w przyszłości zapobiec i służyć realizacji interesów związanych z wykonywaniem umowy, nie zaś potrzebom osób odwiedzających park po zmroku, który z racji prowadzonych na jego obszarze prac budowlanych był niedostępny dla zwiedzających. Z tych względów Sąd Okręgowy jako zasadne ocenił stanowisko pozwanego, że obciążenie powoda wydatkami na oświetlenie znajdowało oparcie w postanowieniach § 9 ust. 5 umowy, wedle którego wszystkie koszty wynikające z realizacji umowy, w szczególności zaś koszty zabezpieczenia placu budowy, od momentu jego przejęcia przez powoda do daty jego odbioru, są pokrywane przez tego pierwszego. Sąd Okręgowy wyszedł z założenia, że skoro podstawy do dokonania odbioru zachodziły od dnia 4 sierpnia 2014 r., dlatego też powoda można było obciążyć należnością za okres od 10 czerwca do 4 sierpnia 2014 r. (56 dni z łącznej ilości 101 dni, których dotyczyła wystawiona przez (...) faktura), czyli kwotą 6.511,22 zł (11.743,46 x 56 dni/101).

Ostatecznie Sąd Okręgowy utrzymał w mocy nakaz zapłaty z dnia 13 marca 2015 r. co do kwoty 52.652,04 zł, zaś co do drugiej z dochodzonych kwot – po jej pomniejszeniu o karę umowną w wysokości 337.512 zł oraz kwotę 6.511,22 zł z tytułu wydatków na oświetlenie. Rozstrzygnięcie o należnych powodowi odsetkach w zapłacie obu należności Sąd oparł na art. 481

§ 1 k.c. przy uwzględnieniu terminów płatności przewidzianych w fakturach wystawionych przez powoda zgodnie z umową osobno za wykonanie dokumentacji projektowej i wykonawczej, osobno zaś za wykonanie na jej podstawie prac budowlanych. Wobec wskazania w wystawionej w dniu

28 czerwca 2013 r. fakturze za wykonaną dokumentację terminu płatności przypadającego na dzień 28 lipca 2013 r., żądanie zasądzenia odsetek od widniejącej na fakturze należności Sąd ocenił jako zasadne – zgodnie z żądaniem pozwu – od dnia 2 sierpnia 2013 r., odnośnie zaś zasądzonej różnicy pomiędzy kwotą, na jaką wystawiono fakturę za wykonane prace budowlane

a potrąceniami z tytułu kary umownej i należności za oświetlenie terenu budowy, odsetki od niej – z uwagi na wskazany w powyższej fakturze termin zapłaty przypadający na dzień 12 października 2014 r. – podlegały zasądzeniu od dnia następnego po wskazanej wyżej dacie.

Zważywszy na utrzymanie się powoda z żądaniem pozwu w 40%, Sąd Okręgowy orzekł o stosunkowym rozdeleniu kosztów procesu, stosownie do art. 100 k.p.c.

(uzasadnienie zaskarżonego wyroku – k. 943 – 959)

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wywiódł pozwany, zaskarżając go w części utrzymującej w mocy nakaz zapłaty z dnia 13 marca 2015 r. co do kwot 52.625,04 zł i 173.283,20 zł (wraz z odsetkami) – to jest co do punktu 1 oraz w zakresie orzeczenia o kosztach procesu - to jest co do punktu 3.

Skarżący podniósł w apelacji następujące zarzuty:

1. naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, tj.:

a) błędną wykładnię § 5 pkt b w związku z § 11 ust. 1 pkt a umowy stron z dnia 14 sierpnia 2012 r. przez przyjęcie, że określony w umowie termin wykonania projektów wykonawczych (110 dni od dnia podpisania umowy), co do którego zastrzeżono karę umowną w przypadku jego niedotrzymania, obejmował jedynie samo „wykonanie projektu”, bez obowiązku zawiadomienia o tym zamawiającego, a także że „projekty wykonawcze” nie obejmowały pozwolenia wodno - prawnego (to jest że były kompletne bez tego pozwolenia),

b) błędną wykładnię użytego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowania określającego wymogi dotyczące doświadczenia oferenta, przez przyjęcie, że wymóg ten dotyczył powierzchni parku, jaki miał być w całości lub części objęty projektem rewitalizacji, nie zaś – powierzchni parku rzeczywiście objętej tym projektem (która miała wynosić min. 15 ha),

c) niewłaściwą ocenę zapisów w dzienniku budowy, w którym pod datą 11 sierpnia 2014 r. odnotowano zakończenie robót w parku (Sąd zaś przyjął dla ukończenia robót datę wcześniejszą - 4 sierpnia 2014 r.),

d) niewłaściwą ocenę zeznań świadka J. M., mało precyzyjnych i niejednoznacznych, na podstawie których Sąd ustalił, że rzeczywistym terminem ukończenia robót w parku był dzień 4 sierpnia 2014 r. (nie dostrzegając przy ocenie zeznań tego świadka, że on sam również pozostawał w sporze z pozwanym Miastem),

e) błędną ocenę pisma powoda z k. 526 – 528, w którym dostrzeżono jedynie wskazanie przez powoda korzystnej dla niego interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale pominięto zastosowanie się przez powoda do stanowiska pozwanego przez przedstawienie jako załącznika do tego pisma poszerzonego wykazu parków;

a także przez pominięcie dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, tj.:

a) pisma pozwanego z 13 lipca 2012 r. (k. 534), w którym przypomniano powodowi o wymogu dotyczącym powierzchni parku objętej rewitalizacją,

b) pisma powoda z 18 lipca 2012 r. (k. 534v. – 535), w którym przedstawiono uzupełniony po raz kolejny wykaz parków, co dowodzi przyjęcia przez powoda do wiadomości interpretacji SIWZ przedstawianej przez pozwanego, a także niedokonanie oceny tego pisma w zakresie przedstawionego w wykazie usług czasu wykonywania prac dotyczących dwóch parków w J.,

b) zeznań świadka P. Ł. złożonych na rozprawie w dniu 14 marca 2016 r. na okoliczność stanu parku po dniu 21 lipca 2014 r.,

c) pisma Prezydenta J. z k. 632, z którego wynikało, że termin wykonania projektów dotyczących dwóch parków na terenie J. był inny niż podany przez powoda w wykazie usług składanym pozwanemu w związku z postępowaniem przetargowym

- które to błędy w ocenie dowodów prowadziły do wadliwego ustalenia, że powód nie uchybił terminowi do wykonania projektów wykonawczych, że opóźnienie w ukończeniu robót budowlanych w parku trwało jedynie do dnia 4 sierpnia 2014 r. (co wiązało się także z przyjęciem, że jedynie do tego dnia powód odpowiadał za oświetlanie parku), a także, że powód nie przedstawił pozwanemu nieprawdziwych informacji w postępowaniu przetargowym dotyczącym rewitalizacji parku (co skutkowało następnie koniecznością zwrotu przez pozwanego istotnej części dotacji ze środków unijnych),

2. naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. przez niepełne uzasadnienie zaskarżonego wyroku, w szczególności przez zaniechanie przedstawienia

w uzasadnieniu następujących okoliczności:

a) przyjęcia przez Sąd innej daty ukończenia robót niż wskazana

w dzienniku budowy (11 sierpnia 2014 r.) – tj. zaniechania rozważenia, co oznaczał ten wpis w dzienniku budowy, w jakich okolicznościach został dokonany i dlaczego Sąd przyjął odmienną datę ukończenia robót w parku,

b) rozważenia, czy powód przedstawił pozwanemu prawdziwe informacje

w zakresie czasu wykonania prac podanych w wykazie usług (w szczególności w kontekście pisma Prezydenta J. z k. 632),

3. naruszenia art. 6 k.c. przez nieprzyjęcie, że w sytuacji, gdy pozwany wykazał, że w dniu 21 lipca 2014 r. park będący przedmiotem umowy stron nie nadawał się jeszcze do odbioru końcowego, zaś w dniu 11 sierpnia 2014 r. wpisano do dziennika budowy wzmiankę o zakończeniu robót w parku, to na stronie powodowej spoczywał ciężar dowodu, że w rzeczywistości park nadawał się do odbioru końcowego jeszcze przed 11 sierpnia 2014 r. (któremu to obowiązкови powód nie sprostął),

4. naruszenia art. 65 k.c. przez błędną ocenę § 5 pkt b w związku z § 11 ust. 1 pkt a umowy stron z dnia 14 sierpnia 2012 r., dokonaną z pominięciem oceny woli stron w kontekście ustalonych zwyczajów (wymagających, by o przygotowaniu dokumentacji projektowej wykonawca powiadomił zamawiającego).

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uchylenie w całości nakazu zapłaty z dnia 13 marca 2015 r. i oddalenie powództwa w całości, odpowiednią zmianę wskazanego wyżej wyroku w części dotyczącej rozdzielnia kosztów procesu, a także o zwrot kosztów zastępstwa adwokackiego za postępowanie przed Sądem II instancji – według obowiązujących norm.

(apelacja – k. 969 – 978)

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zwrot kosztów poniesionych na tym etapie postępowania.

(odpowiedź na apelację – k. 984 – 994)

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

Apelacja jest częściowo zasadna i podlega częściowemu uwzględnieniu.

Zaznaczyć przy tym należy, że Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie III CZP 49/07 (OSNC 2008/6/55), że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąza go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. W związku z tym dla postępowania apelacyjnego znaczenie wiążące mają tylko takie uchybienia prawu procesowemu, które zostały przedstawione w apelacji i nie są wyłączone spod kontroli sądu odwoławczego na podstawie przepisu szczególnego.

W ocenie Sądu ad quem takim przepisem szczególnym, który należy wziąć pod uwagę z urzędu, choć nie powoduje on nieważności postępowania, jest art. 493 § 3 k.p.c., stanowiący, że w postępowaniu nakazowym w zarzutach od nakazu zapłaty do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c.

Utrwalony jest w judykaturze i w pełni akceptowany przez doktrynę pogląd, że od potrącenia, jako czynności materialnoprawnej, odróżnić trzeba zarzut potrącenia będący czynnością procesową. Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 k.c., jest czynnością materialnoprawną powodującą – w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. – odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności, natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia. Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia. Do dokonania potrącenia może dojść zarówno w ramach postępowania sądowego, jak i poza nim; w trakcie postępowania sądowego uprawniony może połączyć złożenie oświadczenia woli o potrąceniu z podniesieniem zarzutu potrącenia. Podniesienie w odpowiedzi na pozew (ewentualnie, w zarzutach od nakazuj zapłaty) zarzutu potrącenia jest tym samym równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o potrąceniu, jeżeli oświadczenie takie nie zostało złożone wcześniej, albowiem podnosząc zarzut potrącenia pozwany oświadcza swą wolę potrącenia; w przeciwnym razie podniesiony zarzut byłby bezskuteczny. Jako czynność procesowa, polegająca na powołaniu się na fakt dokonania potrącenia i wynikające z niego skutki prawne, zarzut potrącenia podlega rygorom określonym w przepisach kodeksu postępowania cywilnego. W postępowaniu nakazowym zatem zarzut potrącenia podlega rygorom określonym w art. 493 § 3 k.p.c., jednak dotyczy to wyłącznie zarzutu potrącenia połączonego z oświadczeniem o potrąceniu (por. np. wyrok SA w Szczecinie z dnia 28 lipca 2016 r., I ACa 400/16, LEX nr 2137092). Sprowadza się to rozróżnienie do oceny, że przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymagania udowodnienia wierzytelności do potrącenia dokumentami wskazanymi w art. 485 k.p.c. nie dotyczą sytuacji, w której do potrącenia doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu (por. np. wyrok SA w Krakowie z dnia 28 stycznia 2014 r., I ACa 1468/13, LEX nr 1544809).

Nie może ulegać wątpliwości, że strona powodowa dochodzi w tym postępowaniu zapłaty reszty wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót budowlanych, objętych dwiema fakturami: o nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. na kwotę 313.404 zł i o nr (...) z dnia 12 września 2014 r. na łączną kwotę 2.410.800 zł. Z kwoty objętej pierwszą fakturą pozwane Miasto S. notą księgową nr IK.3/2013 z dnia 12 lipca 2013 r. dokonało potrącenia kwoty 52.652,04 zł z tytułu naliczenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu etapu prac, których faktura dotyczy. Reszta wynagrodzenia z tej faktury została zapłacona w terminie. Powód nie uznał skuteczności powyższego potrącenia i przedmiotowym pozwem z faktury z dnia 28 czerwca 2013 r. dochodzi właśnie kwoty 52.652,04 zł. Strona pozwana w zarzutach na nakazu zapłaty w odniesieniu do tej kwoty nie tyle zgłosiła zarzut potrącenia, co powołała się na nieistnienie wierzytelności strony powodowej wobec jej umorzenia z dniem 12 lipca 2013 r., na skutek dokonanego wtedy potrącenia. Natomiast z kwoty objętej drugą fakturą pozwane Miasto S. notą księgową nr IK.3/2014 z dnia 3 października 2014 r. dokonało potrącenia kwoty 506.268 zł z tytułu naliczenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu etapu prac, których ta faktura dotyczy, płacąc resztę wynagrodzenia w umówionym terminie. Powód również nie uznał skuteczności tego potrącenia i przedmiotowym pozwem z faktury z dnia 28 czerwca 2013 r. dochodzi zapłaty kwoty 506.268 zł. Strona pozwana w zarzutach na nakazu zapłaty w odniesieniu do tej kwoty także nie zgłosiła zarzutu potrącenia, a powołała się na nieistnienie wierzytelności strony powodowej wobec jej umorzenia z dniem 10 października 2014 r., na skutek dokonanego wtedy potrącenia. Z kwoty dochodzonej przez powoda z faktury o nr (...) z dnia 12 września 2014 r. na łączną kwotę 2.410.800 zł, strona pozwana w dniu 10 października 2014 r. dokonała również potrącenia 11.038,42 zł poprzez wystawienie refaktury o nr 1/10/2014 z tytułu zużycia energii elektrycznej na oświetlenie parku. Strona pozwana w zarzutach na nakazu zapłaty w odniesieniu do drugiej faktury dodatkowo zgłosiła zarzut nieistnienie wierzytelności strony powodowej w wysokości 11.038,42 zł wobec jej umorzenia z dniem 10 października 2014 r., na skutek dokonanego wtedy potrącenia.

A zatem niewątpliwie w stosunku do tych trzech kwot nie został zgłoszony zarzut potrącenia o jakim mowa w art. 493 § 3 k.p.c., a jedynie zarzut umorzenia (nieistnienia na dzień wniesienia pozwu) tych wierzytelności.

Natomiast odmiennie przedstawiała się sytuacja procesowa, co do kwestii związanych z odszkodowaniem w wysokości 1.011.397,54 zł z tytułu nałożenia na Miasto S. obowiązku zwrotu dofinansowania z tzw. funduszy unijnych. W tym zakresie strona pozwana w zarzutach od nakazu zapłaty zgłosiła zarzut potrącenia połączony z oświadczeniem o potrąceniu, co powoduje, że w postępowaniu nakazowym zarzut ten podlega rygorom określonym w art. 493 § 3 k.p.c. Powyższy zarzut nie został udowodniony żadnym dokumentem wymienionym w art. 485 k.p.c., a zatem jego rozpoznanie było nieskuteczne, choć nie powodowało nieważności postępowania. Celem unormowania z art. 493 § 3 k.p.c., jak i postępowania nakazowego w ogólności jest zapewnienie powodowi uzyskania tytułu egzekucyjnego szybko, kosztem ochrony prawnej przysługującej pozwanemu. Cel ten nie zostanie osiągnięty, jeżeli pozwany będzie mógł przewlekać proces, podnosząc zarzut potrącenia dokonanego w dowolnej formie oraz wnioski dowodowe na poparcie faktów uzasadniających prawdziwość tego zarzutu (por. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 14 lutego 2013 r., I ACa 1158/12, LEX nr 1289500).

Reasumując, ustalenia faktyczne Sądu a quo i ocena prawna tego zarzutu potrącenia dokonana przez ten Sąd, są nieskuteczne i nie wywołują żadnych konsekwencji prawnych. Determinuje to również bezzasadność wszystkich zarzutów apelacyjnych odnoszących się do nieuwzględnienia tego potrącenia, które jako przewyższające wartość przedmiotu sporu, decydowałyby o istocie rozstrzygnięcia. Apelacja w tym zakresie jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Przechodząc do zarzutów skarżącego odnoszących się do nieuwzględnienia potrącenia wierzytelności w wysokości 52. 652,04 zł notą księgową nr IK.3/2013 z dnia 12 lipca 2013 r. z tytułu naliczenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu projektów wykonawczych, trzeba przyjąć, że trafne jest stanowisko pozwanego Miasta S.. Zasadny jest zarówno zarzut naruszenia prawa procesowego poprzez błędną wykładnię § 5 pkt b w związku z § 11 ust. 1 pkt a umowy stron z dnia 14 sierpnia 2012 r. przez przyjęcie, że określony w umowie termin wykonania projektów wykonawczych (110 dni od dnia podpisania umowy), co do którego zastrzeżono karę umowną w przypadku jego niedotrzymania, obejmował jedynie samo „wykonanie projektu”, bez obowiązku zawiadomienia o tym zamawiającego, a także że „projekty wykonawcze” nie obejmowały pozwolenia wodno – prawnego (to jest że były kompletne bez tego pozwolenia), jak również zarzut naruszenia prawa materialnego w postaci art. 65 k.c. przez błędną ocenę § 5 pkt b w związku z § 11 ust. 1 pkt a umowy stron z dnia 14 sierpnia 2012 r., dokonaną z pominięciem oceny woli stron w kontekście ustalonych zwyczajów (wymagających, by o przygotowaniu dokumentacji projektowej wykonawca powiadomił zamawiającego).

Sąd pierwszej instancji czyniąc w tym zakresie ustalenia faktyczne zupełnie pominął treść § 1 umowy łączącej strony z dnia 14 sierpnia 2012 r. Wynika z niego, że wykonawca miał wykonać prace polegające na: opracowaniu dokumentacji budowlano – wykonawczej oraz realizacji samych prac budowlanych zgodnie z tą dokumentacją. Co należało rozumieć przez wykonanie dokumentacji budowlano – wykonawczej definiował § 1 pkt. a umowy. Miało to być opracowanie dokumentacji ze wszelkimi niezbędnymi uzgodnieniami, opiniami, badaniami, obliczeniami i opracowaniami, pozyskaniem zezwoleń na wycinkę drzew lub krzewów, pozyskanie pozwolenia wodno – prawnego, map d/c projektowych oraz dokumentacji niezbędnych do uzyskania stosownych decyzji wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę. A zatem pozyskanie pozwolenia wodno – prawnego było elementem wykonania etapu umowy związanego z opracowaniem dokumentacji. Nie można było uznać za wykonany ten etap umowy bez uzyskania pozwolenia wodno – prawnego. Poza sporem jest, że pozwolenie to powód uzyskał dopiero w dniu 15 stycznia 2013 r., podczas gdy umowny termin zakończenia tego etapu prac przypadł na 2 grudnia 2012 r. Przepis § 5 umowy w pkt. a przewidywał, że jedynie uzyskanie pozwolenia na budowę było wyłączone od naliczania terminów wykonania umowy, a wykonanie projektów wykonawczych miało nastąpić w terminie 110 dni od podpisania umowy bez żadnych innych wyjątków (§ 5 pkt. b). Ponadto przekazanie zamawiającemu wykonanej dokumentacji budowlano – wykonawczej miało nastąpić wraz z prawomocną decyzją o pozwoleniu na budowę w oddzielnym terminie 15 dni od daty wydania decyzji o pozwoleniu na budowę. Innych wyjątków znów nie przewidziano (§ 5 pkt. c).

Z tych względów należało zmienić zaskarżony wyrok na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i pomniejszyć o 52.652,04 zł kwotę w jakiej nakaz zapłaty został utrzymany w mocy.

Apelacja w pozostałym zakresie okazała się nietrafna i podlegała oddaleniu na zasadzie art. 385 k.p.c.

Wbrew zarzutom skarżącego Miasta S. Sąd a quo prawidłowo ustalił, że oddanie robót nie miało miejsca 21 lipca 2014 r., ale nastąpiło 4 sierpnia 2014 r. Ustalając te daty Sąd Okręgowy oparł się nie tylko na zeznaniach świadka J. M., ale również na dokumentach zebranych w toku całego postępowania, w tym tych podpisanych przez świadka, którym to dowodom nie można postawić zarzutu niejednoznaczności i braku precyzji. Zgodnie z § 10 ust. 4 i 5 umowy o roboty budowlane prace miały zostać komisyjnie odebrane po zawiadomieniu zamawiającego przez wykonawcę o gotowości do odbioru końcowego. Odbiór miał być zorganizowany i zakończony protokołem odbioru technicznego bądź notatką negatywną w przeciągu 14 dni od daty otrzymania zawiadomienia wykonawcy o gotowości odbioru. W dzienniku budowy na kartach 88 – 89 akt sprawy rzeczywiście znajdują się wpisy, które nie potwierdzają gotowości obiektu do odbioru w dniu 4 sierpnia 2014 r. Jednakże nawet te wpisy sugerują gotowość do odbioru przed dniem 11 sierpnia 2014 r. Pod datą 5 sierpnia 2014 r. znajduje się wpis inspektora nadzoru ds. zieleni do gotowości odbioru, ale z tym dniem, z jednoczesnym jednak wskazaniem na usterki w zakresie zieleni oraz wpis inspektora nadzoru o gotowości do odbioru wszystkich prac. Pod datą 7 sierpnia 2014 r. kierownik robót wpisał, że w tym dniu wyznaczono odbiór prac na 8 sierpnia 2014 r., a 8 sierpnia 2014 r. inspektor nadzoru wpisał, że obiekt jest gotowy do odbioru. A zatem niewątpliwie nie 11 sierpnia 2014 r. byłby terminem spełniającym wymogi § 10 ust. 5 umowy łączącej strony, a najpóźniej 8 sierpnia 2014 r.

Jednakże odmienny obraz stanu robót wylania się z innych dokumentów. Na karcie 107 akt znajduje się pismo z dnia 1 sierpnia 2014 r. J. M., działającego w imieniu strony pozwanej jako menedżer projektu, skierowane do powoda, informujące o tym, że w dniu 2 sierpnia 2014 r. zostanie dokonany przegląd wszystkich elementów robót i w dniu 4 sierpnia 2014 r. zostanie podjęta decyzja o potwierdzeniu gotowości do odbioru. Natomiast na karcie 909 akt sprawy znajduje się kolejne pismo J. M. z dnia 4 sierpnia 2014 r. skierowane do strony powodowej, informujące o tym, że dokonany przegląd daje podstawę do stwierdzenia, że prace budowlane zostały zakończone i wobec tego zgodnie z § 10 ust. 5 umowy należy złożyć kolejny wniosek o gotowości do odbioru. J. M. był jedyną osobą uprawnioną do takiej decyzji, a zatem to jego stanowisko należy uznać za wiążące, niezależnie od stanowiska inspektora nadzoru ds. zieleni czy inspektora nadzoru. Zarzut o sporze pomiędzy stroną pozwaną a menedżerem nie stanowi podstawy do kwestionowania tych dokumentów.

W konsekwencji w ramach zarzutów odnoszących się do należności za energię elektryczną za oświetlanie parku, należało podzielić pogląd Sądu a quo, że strona powodowa powinna ponieść koszty tej energii za czas tylko do 4 sierpnia 2014 r.

Z uwagi na zmianę merytoryczną orzeczenia Sądu pierwszej instancji konieczne było ustalenie innych proporcji wygrania sprawy przez obie strony procesu dla potrzeb obliczenia kosztów procesu. Po obniżeniu kwoty należnej powodowi trzeba przyjąć, że powód wygrał proces jedynie w 30%.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono zgodnie z art. 100 zd. 1 k.p.c., stosując zasadę proporcjonalności. Skarżący wygrał postępowanie odwoławcze w 23%. Całe koszty tego postępowania wyniosły 27.496,76 zł, obejmując koszty zastępstwa procesowego obu stron w łącznej wysokości 16.200 zł (dwa razy po 8.100 zł) i opłatę od apelacji w wysokości 11.296,76 zł. Strona pozwana powinna ponieść 77% tych kosztów, tj. 21.172,50 zł, a strona powodowa jedynie 23%, tj. 6.324,25 zł. Strona pozwana poniosła koszty w łącznej wysokości 19.396,76 zł, a zatem powinna zwrócić powodowi kwotę 1.775,54 zł.