

Sygn. akt I ACa 1045/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 listopada 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Krystyna Golinowska Sędziowie: SA (...)

SA Anna Cesarz (spr.)

Protokolant: sekr. sąd. Iga Kowalska

po rozpoznaniu w dniu 30 listopada 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy K.

przeciwko (...) spółce jawnej z siedzibą w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 25 kwietnia 2017 r. sygn. akt X GC 1188/15

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) spółki jawnej z siedzibą w K. na rzecz Gminy K. kwotę 8.100 (osiem tysięcy sto) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 1045/17

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z 25 kwietnia 2017 r. Sąd Okręgowy w Łodzi w sprawie z powództwa Gminy K. przeciwko (...) spółce jawnej z siedzibą w K. o zapłatę zasądził od (...) Spółki jawnej z siedzibą w K. na rzecz Gminy K. kwotę 204.875,72 zł wraz z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych za okres od dnia 17 października 2015 roku do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałej części oraz zasądza od (...) Spółki jawnej z siedzibą w K. na rzecz Gminy K. koszty procesu w całości, pozostawiając ich szczegółowe rozliczenie referendarzowi sądowemu po uprawomocnieniu się wyroku.

Powyższe orzeczenie poprzedziły ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne, a z których wynika, że pozwana (...) Spółka Jawna prowadzi działalność w formie spółki jawnej z siedzibą w K. nakierowaną m.in. na działalność usługową związaną z budową dróg i autostrad.

W dniu 9 lipca 2014 roku, w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164-j.t.; dalej: u.p.z.p.) pn.: „Budowa i przebudowa dróg w obrębie ulic – K., G., Sportowa, Wiosenna, S., (...) w K.”, Gmina K. jako zamawiający zawarła z pozwaną jako wykonawcą umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego budowy ulic o nawierzchni asfaltowej i z kostki kamiennej, a także

wykonanie budowy chodników z kostki betonowej, miejsc postojowych z kostki betonowej i granitowej, przebudowy odcinka istniejącej linii napowietrznej nn-0,4 kV, oraz usunięcie kolizji telekomunikacyjnej urządzeń (...).

Zgodnie z treścią § 1 ust. 3 łączącej strony umowy szczegółowy zakres zamówienia został opisany w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót, kosztorysie ofertowym oraz specyfikacji technicznej wykonania oraz odbiorze robót stanowiących integralną część umowy.

Termin realizacji upływał w dniu 10 listopada 2014 roku. Strony zastrzegły, że umowa będzie uważana za wykonaną po podpisaniu przez obie strony protokołu odbioru końcowego (§ 3 ust.2 umowy).

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określone zostało na kwotę 1.412.936 zł brutto (1.148.729,06 zł netto) (§ 3 umowy).

Strony zastrzegły w umowie kary umowne, w tym m.in. za przekroczenie przez wykonawcę terminu wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wskazanej kwoty wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki liczony od upływu terminu realizacji umowy w niej wskazanego (§ 9 umowy).

Termin realizacji robót na wniosek strony pozwanej, wobec wystąpienia konieczności wykonania robót zamiennych oraz dodatkowych, aneksem nr (...) z dnia 3 listopada 2014 roku został przedłużony do 18 listopada 2014 roku.

Na zadanie inwestycyjne powódka opracowała stosowną dokumentację projektową oraz szczegółową specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót.

W przekazanym pozwanej projekcie budowlanym nr (...) z dnia 26 kwietnia 2010 roku w części I i II znalazły się wszystkie potrzebne projekty konstrukcyjne przebudowy ulic i ciągów pieszo -jezdnych, które określały wszystkie dane potrzebne do ich wykonania. W szczególności przekazana wykonawcy przez inwestora dokumentacja zawierała wszystkich informacje w zakresie sposobu wykonania: zaprojektowany układ drogowy, zaprojektowana niweleta na odcinku ul. (...) i ul. (...), przekroje, rysunki, konstrukcje nawierzchni jezdni, projekt odwodnienia – odprowadzenia wód opadowych z powierzchni jezdnych, chodników, miejsc postojowych i inne.

Szczegółowa specyfikacja techniczna ((...)) wykonania prac budowlanych przewidywała także odpowiednie przygotowanie części dokumentacji przez wykonawcę (pозwanego), w tym w szczególności wykonawca we własnym zakresie miał opracować i uzgodnić projekt organizacji ruchu na czas budowy, który winien być zatwierdzony staraniem wykonawcy przez (...) Oddział w P.. Wykonawca zobowiązany był uszczegółwić dokumentację projektową w zakresie przewidzianym przez (...), a jeżeli w trakcie wykonywania robót okazałoby się koniecznym uzupełnienie dokumentacji przekazanej przez stronę powodową, strona pozwana winna sporządzać brakujące projekty na własny koszt i przedłożyć je kierownikowi projektu do zatwierdzenia - pkt. 1.5.2 ppkt 2 (...).

W dniu 16 lipca 2014 roku zamawiający – Gmina K. protokolarnie przekazał wykonawcy – (...) Spółce Jawnej teren i plac budowy celem realizacji robót budowlanych w związku z inwestycją pn.: „Budowa i przebudowa dróg w obrębie ulic – K., G., Sportowa, Wiosenna, S., (...) w K.”.

Pomimo uzyskania w dniu 16 lipca 2014 r. pełnej sposobności do rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy, strona pozwana nie zainicjowała żadnych robót. W związku z powyższym po około 1,5 miesiąca od dnia przekazania wykonawcy terenu budowy, powódka w dniu 3 września 2014 roku wystosowała do pozwanej ponaglenie, informując że w obecnej sytuacji termin zakończenia prac jest istotnie zagrożony.

W dniu 5 września 2014 roku w dzienniku budowy nr (...) odnotowano pierwszy wpis kierownika budowy strony pozwanej J. K. odnoszący się do wytyczenia robót i oznaczenia ich w terenie. Wtedy też przystąpiono do pierwszych prac przygotowawczych na budowie w postaci wycinki krzewów i uporządkowania terenu po wycinie. Następnie w dniu 8 września 2014 roku przystąpiono do robót geodezyjnych, telekomunikacyjnych i ziemnych.

W dniu 1 października 2014 roku i 10 października 2014 roku strony sporządziły protokół konieczności nr 1 i nr 2. Stwierdzono konieczność wykonania następujących robót:

- wycinka 1 sztuki drzewa o średni 66 cm z karczowaniem pnia,
- demontaż dwóch sztuk studzienek ściekowych z rur betonowych,
- wykonanie dodatkowego przyłącza kanalizacji deszczowej,
- budowa dodatkowej studzienki rewizyjnej,
- rozbieranie kostki betonowej 135,60 m² i obrzeży betonowych,
- budowa zjazdów na powierzchni 29,87 m² i ścieku przykrawężnikowego dwóch rzędów kostki betonowej

Powódka w związku z przedłożonymi protokołami konieczności nr 1 i 2 na wykonanie robót zamiennych i dodatkowych, oraz przedłożonym kosztorysem ofertowym i przedmiarem robót wyraziła zgodę na wykonanie robót w przedstawionym zakresie oraz zaakceptowała rozliczenie wartości za ich wykonanie, czego potwierdzeniem była zmiana wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy na sumę 1.518.554,37 złotych zawartym aneksem nr (...) z dnia 23 grudnia 2014 roku do pierwotnie zawartej umowy.

Kolejnym pismem z dnia 17 listopada 2014 roku pozwana zwróciła się z prośbą do powódki o dalsze przedłużenie terminu wykonania budowy do dnia 15 grudnia 2014 roku, a na wykonanie nawierzchni bitumicznej do dnia 10 grudnia 2014 roku.

Strona powodowa w odpowiedzi na powyższe pismo uznała, że zakres robót opisany w ww. piśmie jest ujęty w dokumentacji projektowej, wobec powyższego nie ma podstaw do przesunięcia terminu wykonania zamówienia.

W okresie od dnia 17 listopada 2014 roku do dnia 1 grudnia 2014 roku, mimo zbliżającego się terminu zakończenia prac, na terenie budowy nie były wykonywane żadne roboty budowlane przez pracowników strony pozwanej.

Strona pozwana kilkakrotnie zmniejszała liczebność ekip budowlanych realizujących przedmiotowe roboty z uwagi na przerzucanie załogi na równolegle prowadzone budowy.

Po 18 listopada 2014 roku (termin zakończenia prac) jak wynika z kart badań kontrolnych, orzeczeń o jakości mieszanki mineralno-bitumicznej, badań mieszanki mineralno - asfaltowej oraz świadectw badań, pozwana pozostawała w dalekiej zwłóce z zakresem prac. Przykładowo w dniach 3-6 grudnia 2014 r., zgodnie z przedłożonymi orzeczeniami, badano próbkę mieszanki mineralno – bitumicznej o lepieszczu asfaltowym, które to badanie wykonywane jest w dniu układania tej mieszanki. Po ułożeniu tej warstwy pozostaje wykonawcy do realizacji jeszcze jedna warstwa nawierzchni jezdni, tj. warstwa ścieralna. Karty badań kontrolnych warstw ścieralnych datowane są dopiero na 10 i 11 grudnia 2014 r., natomiast świadectwa badania płytą (...)e z dnia 21 listopada 2014 r. dotyczą warstwy, po której należy wykonać jeszcze warstwę wiążącą i ścieralną, a badanie z dnia 5 grudnia 2014 r. obejmuje badanie warstwy drogi, po której do ułożenia pozostaje jeszcze kostka granitowa.

Strona pozwana pismem z dnia 27 listopada 2014 roku poinformowała powódkę, że niedostarczenie przez Gminę K. stałego projektu organizacji ruchu i projektu zabezpieczenia robót, uniemożliwia pozwanej kontynuację oraz wykonanie inwestycji. Jednocześnie zwróciła się z prośbą o przekazanie owych dokumentów celem zakończenia zadania. Pozwana swoje stanowisko motywowała tym, że dotarła do załączonego pisma (...) z 20 kwietnia 2011 r. adresowanego do projektanta inwestycji, w którego treści organ ten pozytywnie zaopiniował przedłożoną uprzednio koncepcję włączenia przebudowanej ulicy (...) do drogi krajowej nr (...) w mieście K., pod warunkiem opracowania przez inwestora projektu zmiany stałej organizacji ruchu na drodze krajowej nr (...) oraz projektu zabezpieczenia robót.

Pozwana nie zgłaszała wcześniej żadnych zastrzeżeń w wykonaniu powierzonego jej zadania, pierwsze sygnały o konieczności uzupełnienia dokumentacji w postaci projektu stałej organizacji ruchu pojawiły się wraz z pismem skierowanym do powódki w dniu 27.11.2014r.

Odpowiadając na powyższe pismo, Gmina K. w piśmie z dnia 28 listopada 2014 roku wyjaśniła, że „o konieczność opracowania i uzgodnienia projektu docelowej organizacji ruchu kołowego(organizacji stałej) decyduje inwestor. Jeżeli budowa i przebudowa dróg nie w prowadzi zmiany istniejącej, stałej organizacji ruchu to inwestor nie ma obowiązku opracowania projektu stałej organizacji. Narzucone przez (...) opracowanie projektu tymczasowej organizacji ruchu kołowego czyli projektu zabezpieczenia robót inwestor przełożył na wykonawcę robót drogowych co wprowadzono w § 7 pkt 1 zawartej umowy nr (...) z dnia. 9.07.2014r. Wykonawca opracowuje projekt zabezpieczenia prowadzonych robót uwzględniając przyjętą technologie wykonywania robót oraz czas realizacji, Jeżeli zabezpieczenie robót dotyczy drogi krajowej projekt tymczasowej organizacji ruchu należy uzgodnić w pierwszej kolejności z Komendą Wojewódzką Policji w P., ul. (...) a następnie z (...) Oddział P., ul. (...). Uzgodniony projekt wraz z wnioskiem o zajęcie pasa drogowego należy przedłożyć do odpowiedniego rejonu (...) w terminie co najmniej dwa tygodnie przed rozpoczęciem robót.” .

W konsekwencji powyższego doszło między stronami do kilkudniowej wymiany korespondencji, w której strona powodowa zapewniała, że nie ma potrzeby zatwierdzać projektu stałej organizacji ruchu, bo ta nie uległa zmianie.

Strona pozwana w dniu 1 grudnia 2014 r. zwróciła się do (...) z wnioskiem o zajęcie pasa drogowego. W odpowiedzi na pismo (...) zażądała uzupełnienia brakującej dokumentacji zgodnie z pismem z dnia 20 kwietnia 2011 roku:

- projektu stałej organizacji oraz projekt zabezpieczenia robót zaopiniowane w Komendzie Wojewódzkiej Policji w P. oraz zatwierdzone w (...) Oddział w P. ,

- pozwolenia na budowę.

Gmina K. wystąpiła w dniu 8 grudnia 2014 r. z wyjaśnieniami do (...), która po otrzymaniu informacji, iż stała organizacja nie uległa faktycznie zmianie, potwierdziła pismem z dnia 12 grudnia 2014 roku zasadność stanowiska strony powodowej i oświadczyła, iż odstępuje od dostarczenia projektu stałej organizacji pozwolenia na budowę. Powyższe pismo zostało doręczone Gminie faksem w dniu 15 grudnia 2014 r., pozwanej w dniu 17 grudnia 2014 roku listem poleconym.

Pismem z dnia 16 grudnia 2014 roku (...) w załączeniu przesłała do pozwanej projekt czasowej organizacji ruchu i zabezpieczenia robót zatwierdzony przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w P. nr (...) zatwierdzony w dniu 30 czerwca 2014 roku.

W dniach od 1 grudnia 2014 roku do 17 grudnia 2014 roku były nadal prowadzone roboty budowlane m.in. wykonywanie ławy betonowej, układanie górnej warstwy podbudowy z kamienia, układanie nawierzchni jezdni z kostki granitowej, ustawianie obrzeży betonowych.

Ostatecznie pozwana zakończyła roboty związane z przebudową i budową ulic (...), (...) w K., objęte pierwotną umową oraz zawartymi do niej aneksami w dniu 17 grudnia 2014 roku. Pismem z dnia 18 grudnia 2014 r. zgłosiła wszystkie te prace do odbioru przez inwestora. Termin odbioru końcowego ustalono na dzień 23 grudnia 2014 roku.

Wobec spóźnionego terminu oddania przedmiotu umowy w dniu 23 grudnia 2014r. powódka wystawiła notę obciążeniową nr (...) na kwotę 204.875,72 złotych, stanowiącą karę umowną w wysokości 0,5 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki za okres 29 dni liczony od wydłużonego do dnia 18 listopada 2014 r. umownego terminu wykonania robót do dnia do dnia zakończenia robót 17 grudnia 2014 r. (0,5% z 1.412.936 zł = 7.064,68 zł x 29 dni).

Pismem z dnia 8 stycznia 2015 roku pozwana oświadczyła, że nie uznaje noty która jej zdaniem została wystawiona bezpodstawnie, gdyż zakończenie robót w dniu 17 grudnia 2014 r. nastąpiło na skutek okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający – powód. Wobec powyższego pozwana odesłała bez akceptacji i księgowania notę księgową nr (...).

Strona powodowa wystosowała do pozwanej spółki w dniu 8 października 2015 r. wezwanie do zapłaty kary umownej w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego, które zostało doręczone pozwanej w dniu 9 października 2015 roku.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów złożonych do akt sprawy, których wiarygodność nie została skutecznie zakwestionowana przez żadną ze stron, przesłuchania stron: burmistrza B. J. (1), który występował w imieniu powódki – Gminy K. oraz P. M. (1) wspólnika pozwanej Spółki.

Podstawę poczynionych przez Sąd ustaleń faktycznych w sprawie stanowiły również zeznania świadków M. S., C. P., P. M. (2), J. P., B. J. (2), J. K., które w ocenie Sądu nie pozostawały ze sobą w sprzeczności, jak również korespondowały z pozostałym zebrany w sprawie materiałem dowodowym w postaci złożonych do akt sprawy dokumentów w tym dziennika budowy i szczegółowej specyfikacji technicznej.

Sąd odmówił mocy dowodowej zeznaniom strony pozwanej w osobie P. M. (1) w zakresie, w jakim twierdził on, że wszystkie prace budowlane wykonane przez pozwaną w ramach realizowanej inwestycji były zakończone do dnia 18 listopada 2014 roku. Zeznania te są sprzeczne z dowodami, którym Sąd dał wiarę.

Odnosząc się do ww. kwestii Sąd uznał za wiarygodne twierdzenia powódki, jak również zeznania świadków M. S., C. P., P. M. (2), J. P., którzy zgodnie stwierdzili fakt zaistnienia zwłoki strony pozwanej w wykonaniu przedmiotu umowy oraz przyczyn leżących po jej stronie, oraz że roboty budowlane po dniu 18 listopada 2014 były nadal prowadzone. Zeznania te korelują z treścią dokumentów w tym dziennika budowy i pisma pozwanej z dnia 17 grudnia 2014 roku informującego o terminie zakończenia prac budowlanych, oraz załączonych do akt fotografii obrazujących etap prowadzonych przez pozwaną prac budowlanych w terminie od 10 do 17 grudnia 2014 roku.

Sąd uznał także, że treść wpisów w dzienniku budowy nr (...) nie wskazuje, aby prace w dniu 18 listopada 2014 roku były ostatnimi ze zleconych pozwanej robót i świadczyły ostatecznie o ukończeniu wszelkich robót prowadzonych przez pozwaną w ramach umowy z dnia 9 lipca 2014 roku i aneksów nr (...). Podczas gdy informacja zawarta w dzienniku budowy z dnia 17 grudnia 2014 roku w sposób jasny i jednoznaczny precyzuje datę zakończenia robót wykonywanych przez pozwaną.

Zdaniem Sądu brak było również podstaw do kwestionowania wypowiedzi świadka M. S. – sekretarza Urzędu Gminy w K., który wskazał, że stanowisko Gminy od samego początku było niezmiennie, że projekt stałej organizacji ruchu w przypadku wykonania i zakończenia prac zleconych pozwanej Spółce, nie był potrzebny, gdyż po wykonaniu prac organizacja ruchu miała być taka sama jak przed ich rozpoczęciem.

Ponadto w ocenie Sądu zgłoszone przez pozwaną w piśmie procesowym z dnia 15 kwietnia 2016 r. dowody i wnioski dowodowe nie podlegały reżimowi prekluzji dowodowej. Zbyt daleko idącym byłoby bowiem uniemożliwienie stronie pozwanej obrony swych praw, z powołaniem się na prekluzję dowodową, w zakresie wniosków dowodowych zgłoszonych na tak wczesnym etapie postępowania.

Sąd oddalił wniosek strony pozwanej zgłoszony na piśmie procesowym z dnia 31 października 2016 roku o dopuszczenie dowodu z wykonanej na zalecenie pozwanej ekspertyzy biegłego sądowego M. F. w zakresie jego wypowiedzi na temat działań i zaniechań inwestora oraz działań wykonawcy koniecznych dla prawidłowej realizacji spornej inwestycji, wskazując, że jest to opinia prywatna, wykonana na zlecenie strony i nie stanowi dowodu wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 i 290 kpc.

W tak ustalonych okolicznościach sprawy Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne w przeważającej części.

Sąd stwierdził, że nie było sporu co do tego, iż powódkę i pozwaną Spółkę Jawną (...) łączyła umowa o roboty budowlane z dnia 9 lipca 2014 r., dwa razy aneksowana, mocą której Spółka zobowiązała się do budowy i przebudowy ulic w ramach zadania pn.: „Budowa i przebudowa dróg w obrębie ulic – K., G., Sportowa, Wiosenna, S., (...) w K.” zgodnie z wymaganiami określonymi przez powódkę i zasadami określonymi w przekazanej do rąk pozwanej dokumentacji.

W sporze pozostawały zaś strony co do faktycznego terminu zakończenia wykonywania przez pozwaną przedmiotu umowy nr (...) z dnia 9 lipca 2014 roku, oraz określenia czy pozwana dopuściła się opóźnienia z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność.

W tym zakresie Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że strona pozwana nie dochowała ustalonego w umowie terminu zakończenia robót, który upływał 18 listopada 2014 roku, a zebrany w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że strona pozwana zgłosiła zakończenie robót dopiero w dniu 17 grudnia 2014 roku.

Sąd wskazał nadto, że pozwana Spółka wielokrotnie była informowana, że nie istnieje konieczność przedłożenia projektu stałej organizacji ruchu i projektu zabezpieczenia robót dla potrzeb włączenia objętych umową ulic do drogi krajowej nr (...), stad też Sąd uznał, że kwestie związane ze stałą organizacją ruchu były dla strony pozwanej jedynie pretekstem dla poszukiwania uzasadnienia dla zwłoki strony pozwanej w wykonaniu robót, a nie faktyczną przeszkodą wstrzymującą jakiegokolwiek prace.

Sąd uznał także, że podobnie należy ocenić zarzuty co do rzekomego braku projektu zabezpieczenia robót, który, jeżeli byłby nawet faktycznie wymagany przez (...), to analogicznie jak przy wszelkiej wymaganej a nieprzekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej, musiałby zostać uzupełniony przez stronę pozwaną, w związku z brzmieniem pkt 1.5.2. ppkt 2 Szczegółowej Specyfikacji (...) oraz § 7 ust. 1 umowy stron.

W oparciu o powyższe, Sąd uznał naliczenie kar umownych przez powoda za cały okres objęty żądaniem za zasadne, gdyż pozwana spółka pozostawała w opóźnieniu z zakończeniem robót objętych umową wynoszącym 29 dni, w konsekwencji czego strona pozwana notą księgową nr (...) z dnia 23 grudnia 2014 roku obciążyła pozwaną karą umowną wynoszącą 204.875,72 zł, która to suma stanowiła 14,5% pierwotnie ustalonego wynagrodzenia brutto powoda.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany nie sprostował obowiązkowi wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności - (art. 471 k.c.). Powódka natomiast wykazała, że pozwana Spółka, jako dłużnik, opóźniła się ze spełnieniem świadczenia, a opóźnienie to jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (art. 476 k.c.).

Sąd nie znalazł także podstaw do miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), uznając, że fakt opóźnienia w wykonaniu zadania wynika z opieszałości pozwanej w rozpoczęciu prac z półtoramiesięcznym opóźnieniem oraz niedostatecznej staranności w uzyskaniu informacji dotyczących zmiany stałej organizacji ruchu na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 23 września 2003 r. Zastrzeżona kara umowna nie była też, zdaniem Sądu, wygórowana, tym bardziej, że wysokość kary umownej ustalona była w umowie stron na 0,5% pierwotnego wynagrodzenia umownego brutto pozwanej za każdy dzień zwłoki i ostatecznie naliczona została w wysokości 14,5% pierwotnie ustalonego wynagrodzenia brutto powoda.

O odsetkach ustawowych od zasądzzonego świadczenia Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 481 § 1 k.c. zasadzając je od 17 października 2015 roku tj. od dnia w którym pozostawała ona w opóźnieniu w jej zapłacie. Sąd wyjaśnił, że powódka wystosowała w dniu 8 października 2015 roku ostateczne, przedsądowe wezwanie do zapłaty i określiła termin jej płatności na 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma. Pozwana spółka otrzymała powyższe wezwanie w dniu 9 października 2015 roku (data zwrotnego potwierdzenia odbioru) oznacza to, że w dniu 16 października 2015 roku przypadał ostatni dzień terminu wyznaczonego pozwanej na uregulowanie noty obciążeniowej.

Z tych względów Sąd zasądził odsetki w wysokości odsetek ustawowych od dnia 17 października 2015 roku, oddalając powództwo w zakresie żądania odsetkowego za okres wcześniejszy.

O kosztach procesu orzeczono w oparciu o art. 100 zd. II kpc. Na podstawie art. 108 § 1 kpc Sąd pozostawił szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

Powyższe orzeczenie zaskarżyła apelacją strona pozwana w części zasądzającej od pozwanej kwotę 204.875,72 zł. wraz z odsetkami ustawowymi oraz w części orzekającej o kosztach postępowania tj. w zakresie punktu 1 i 3 wyroku zarzucając:

- naruszenie przepisów postępowania tj. :

1. art. 199 § 1 pkt 2 kpc przez jego niezastosowanie w sytuacji ziszczenia się przesłanki do odrzucenia pozwu,

1. art. 233 § 1 i art. 328 § 2 kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, dokonanej wybiórczo, wbrew zasadom logiki i doświadczenia życiowego, polegającej na pełnym pominięciu faktu, że powódka nie dysponowała całą, wymaganą do realizacji umowy dokumentacją, a w konsekwencji błędnym przyjęciu, zarówno na etapie subsumcji, jak i wyrokowania, że za zwłokę w wykonaniu umowy odpowiada wyłącznie pozwana;

2. art. 233 § 1 kpc przez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dokonania jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału, tj. zeznań stron i świadków potwierdzających, że od chwili przekazania pozwanej placu budowy musiała ona dokonać szeregu czynności poprzedzających proces budowlany, trwających łącznie co najmniej 30 dni, w trakcie których nie mogła prowadzić robót budowlanych;

- naruszenie przepisu prawa materialnego tj. art. 484 § 2 kc przez jego niezastosowanie w sprawie, pomimo że zachodzą przesłanki miarkowania kary umownej nałożonej na pozwaną.

oparciu o powyższe zarzuty skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz odrzucenie pozwu na podstawie art. 199 § 1 pkt 2 kpc oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego z uwzględnieniem spisu kosztów zastępstwa pozwanej złożonych do akt sprawy, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie punktu 1 i punktu 3 i oddalenie powództwa w całości ewentualnie miarkowanie kary umownej nałożonej na pozwaną oraz o zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego z uwzględnieniem spisu kosztów zastępstwa pozwanej złożonych do akt sprawy. Ewentualnie skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie punktu 1 i punktu 3 i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Nadto wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonego dokumentu „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 26 czerwca 2014 r. na okoliczność relacji ceny oferty pozwanej do cen innych ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę i przebudowę ulicy (...)”, podnosząc, że potrzeba powołania tego dowodu wynikła dopiero na etapie postępowania odwoławczego, wobec braku miarkowania kary umownej przez sąd I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie jest zasadna.

Nie można podzielić zarzutu niezastosowania art.199 §1 pkt.2 k.p.c., gdyż – wbrew stanowisku strony pozwanej - nie zachodziły przesłanki do odrzucenia pozwu. W sprawie X GC 800/15 toczącej się uprzednio między stronami został podniesiony przez pozwaną tam Gminę K. procesowy zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych.

Co do zasady o zgłoszonym zarzucie potrącenia sąd nie rozstrzyga, nie „osądza go” jak w przypadku powództwa zwykłego, czy powództwa wzajemnego. Ocena co do zasadności zarzutu potrącenia nie znajduje żadnego wyrazu w

sentencji wyroku, lecz tylko w jego uzasadnieniu. Z uwagi na brak substratu zaskarżenia, nie może być przedmiotem zaskarżenia. Zgłoszenie zarzutu potrącenia jest środkiem obrony pozwanego i nie może być traktowane jako równoznaczne z dochodzeniem roszczenia. Zatem powagę rzeczy osądzonej ma tylko rozstrzygnięcie o żądaniu pozwu, nie rozciąga się zaś ona na przesłanki rozstrzygnięcia. Wynika to z tego, że motywy rozstrzygnięcia zawarte w uzasadnieniu wyroku, nie wiążą sądu przy rozstrzyganiu innej sprawy, co wyłącza możliwość zgłoszenia - z powołaniem się na uzasadnienie wyroku - zarzutu sprawy prawomocnie osądzonej (tak SN w orz. Z 6.07.1971r., II CR 287/71, też w orz. Z 6.09.1983r., IV CR 260/83).

Dokonana więc w uzasadnieniu wyroku ocena w zakresie zgłoszonego zarzutu potrącenia nie ma skutków powagi rzeczy osądzonej (tak SN z 27.02.2004r., V CK 190/13). Wynika z tego, że nieuwzględnienie przez sąd zarzutu potrącenia nie stoi na przeszkodzie późniejszemu dochodzeniu pozvem objętego tym zarzutem roszczenia (tak SN w uchwale z 20.11.1987r., III CZP 69/87).

Niezależnie od tak ukształtowanego stanowiska , w sprawie X GC 800/15 nie rozsządono w ogóle zgłoszonego przez Gminę K. zarzutu potrącenia , bowiem doszło do cofnięcia zarzutów od nakazu zapłaty, gdzie zarzut potrącenia należności z tytułu kary umownej został wskazany.

Odnosząc się do meritum sprawy, niewątpliwie doszło do zakończenia robót budowlanych wykonywanych przez stronę pozwaną 29 dni później niż termin oddania robót przewidziany w umowie łączącej strony z dnia 9 lipca 2014r., zmienionej następnie – co do terminu zakończenia robót - aneksem nr (...) z 3 listopada 2014r. Termin zakończenia prac uzgodniono bowiem na 18 listopada 2014r., a faktycznie prace zostały zakończone przez pozwaną w dniu 17 grudnia 2014r.

Zatem istotne z punktu widzenia możliwości naliczenia kary umownej, przewidzianej w umowie za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, było ustalenie czy do niewykonania prac w terminie doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Należy przede wszystkim wskazać, że zgodnie z art.354 §1 k.c., dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno – gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeśli istnieją w tym zakresie utrwalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

Zatem dłużnik - w tym wypadku wykonawca robót budowlanych - powinien wykonać swoje zobowiązanie w ustalonym terminie.

Kara umowna pełni rolę sankcji cywilnoprawnej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym za niewykonanie zobowiązania w terminie. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art.471 k.c.).

Sąd Okręgowy rozważał przyczyny zwłoki pozwanej spółki w wykonaniu prac budowlanych przy realizacji inwestycji drogowej i słusznie doszedł do przekonania, że leżą one po stronie pozwanej.

Po pierwsze, strona pozwana późno weszła na plac budowy, który został jej przekazany w dniu 16 lipca 2014r., co wynikało z pisemnego protokołu, a dopiero w dniu 5 września 2014r. w dzienniku budowy odnotowano pierwszy wpis kierownika budowy J. K. odnoszący się do wytyczenia robót i oznaczenia ich w terenie. Wtedy też przystąpiono do pierwszych robót przygotowawczych, które można było rozpocząć wcześniej.

Po drugie, strona pozwana bezpodstawnie wskazywała na niedostarczenie przez stronę powodową potrzebnej dokumentacji jako przyczynę opóźnienia robót.

Precyzyjne zasady co do przygotowania i dostarczenia odpowiedniej dokumentacji określono w szczegółowej specyfikacji technicznej zaakceptowanej przez pozwaną. Wynikało z niej, że dokumentacja sporządzona będzie w części przez zamawiającego, a w części przez wykonawcę. Projekt budowlany i projekt wykonawczy miał zostać

dostarczony przez zamawiającego wykonawcy wyłonionemu w przetargu, zaś wykonawca we własnym zakresie miał opracować i uzgodnić projekt organizacji ruchu na czas budowy, który winien być zatwierdzony staraniem wykonawcy przez (...) w P., oraz miał wykonać dokumentację powykonawczą obiektu. Jeżeli w trakcie wykonywania robót okazałyby się konieczne uzupełnienie dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego, to wykonawca na własny koszt miał sporządzić brakujące projekty, kosztorys ofertowy i przedłożyć je inżynierowi projektu do zatwierdzenia (pkt.1.5.2 (...)).

Należy wskazać, że co do zasady, zgodnie z treścią §4 ust.1 rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 23 września 2003r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem (Dz. U. nr 177, poz. 1729 ze zm.) podstawą do wprowadzenia organizacji ruchu na nowo wybudowanej drodze lub jej zmiany na drodze istniejącej jest zatwierdzenie organizacji ruchu przez organ zarządzający ruchem, przy czym zgodnie z ust.3 pkt.4 §4 projekt takiej organizacji może przedstawić także wykonawca danej inwestycji.

W tym przypadku organizacja ruchu na przebudowywanych drogach nie ulegała zmianie, więc nie było potrzeby opracowywania projektu zmiany stałej organizacji ruchu. Co prawda pierwotne wymagania Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad błędnie zakładały, iż po wykonaniu inwestycji dojdzie do zmiany stałej organizacji ruchu zatem konieczne będzie złożenie odpowiedniego projektu w tym zakresie, ale ostatecznie kwestia ta wyjaśniła się i (...) odstąpiła od wymogu dostarczenia projektu zmiany stałej organizacji ruchu, wobec tego, że organizacja ruchu nie ulegała zmianie. Co prawda stosowne oświadczenie w tym zakresie (...) złożyła dopiero w piśmie z 12 grudnia 2014r., ale nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca wyjaśnił te kwestie wcześniej. Sam P. M. (1) zeznający w imieniu strony pozwanej stwierdził, że jeszcze w październiku było wystarczająco dużo czasu aby uzyskać odpowiednie dokumenty z (...) i zachować termin wykonania prac. Pozwanej umknęło jednak, że to na niej spoczywał ten obowiązek, a nie na Gminie. Tymczasem strona pozwana problemem z wyjaśnieniem zagadnienia złożenia projektu zmiany organizacji ruchu lub braku takiej potrzeby uzasadniała swoje opóźnienie w wykonaniu prac dopiero od 28 listopada 2014r., a więc już po upływie umownego terminu określonego na 18 listopada 2014r., zaś wcześniej nie powoływała się pisemnie na żadną okoliczność związaną z brakami w dokumentacji czy niejasnymi wymogami (...).

Zgodnie z pkt.1.5.4. Szczegółowej Specyfikacji (...) wykonawca był ponadto zobowiązany do utrzymania ruchu publicznego na terenie budowy, w sposób określony w zatwierdzonym projekcie organizacji ruchu w okresie trwania realizacji kontraktu. Przed przystąpieniem do robót wykonawca miał przedstawić inżynierowi projektu do akceptacji zatwierdzony i uzgodniony z Policją oraz odpowiednim zarządem drogi i organem zarządzającym ruchem projekt organizacji ruchu i zabezpieczenia robót na czas trwania budowy. Nie wiadomo dlaczego pozwana oczekiwała inicjatywy strony powodowej w tym zakresie i nadal twierdzi w apelacji, że brak takiej dokumentacji obciążał stronę powodową. Strona pozwana winna szczegółowo znać swoje obowiązki wynikające z umowy i Szczegółowej Specyfikacji (...) i odpowiednio wcześniej je realizować, a gdyby wymagało to współdziałania strony powodowej, również wcześniej sygnalizować ewentualne problemy, czego pozwana nie uczyniła.

W zakresie oceny takiego postępowania strony pozwanej nie ma podstaw do zarzucenia Sądowi I instancji naruszenia art.233 §1 k.p.c. i art.328 §2 k.p.c.

Według judykatury naruszenie art.328 §2 k.p.c. z reguły nie ma wpływu na treść wyroku, gdyż uzasadnienie sporządzane jest po jego wydaniu. O uchybieniu temu przepisowi można mówić jedynie wówczas, gdyby uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawierało danych pozwalających na kontrolę tego orzeczenia (tak SN w post. z 21.11.2001r., I CKN 185/01).

Apelujący nawet nie wskazał, na czym miałyby polegać naruszenie przez Sąd Okręgowy art.328 §2 k.p.c. Uzasadnienie Sądu jest pełne, wyczerpujące, zawiera wszystkie elementy określone w omawianym przepisie, zatem zarzut jego naruszenia jest bezpodstawny.

Z kolei dla skuteczności zarzutu naruszenia art.233 §1 k.p.c. nie można poprzestać na stwierdzeniu, że dokonane ustalenia faktyczne są wadliwe, odnosząc się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Niezbędne jest wskazanie przyczyn, które dyskwalifikują postępowanie sądu w zakresie ustaleń.

Skarżący winien zwłaszcza wykazać, jakie kryteria oceny zostały naruszone przez Sąd przy analizie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im taka moc przyznając(tak SN w orz. Z 23.01.2001r., IV CKN 970/00, też w wyroku z 6.07.2005r., III CK 3/05).

Apelujący takiemu zadaniu nie sprostał. Przedstawił jedynie swoją wersję wydarzeń i ich ocenę, nie wskazując w jakim zakresie sąd miałby naruszyć zasady logicznego rozumowania czy doświadczenia życiowego przy ocenie materiału dowodowego sprawy. Zaś dopóki skarżący nie wykaże istotnych błędów logicznego rozumowania, sprzeczności oceny z doświadczeniem życiowym, braku wszechstronności, czy też bezzasadnego pominięcia dowodów, które prowadzą do wniosków odmiennych, dopóty nie można uznać, że sąd naruszył art.233 §1 k.p.c.

Nie można również podzielić zarzutu naruszenia art.484 §2 k.c.

Sąd Okręgowy wyczerpująco uzasadnił swoje stanowisko co do uznania braku podstaw do miarkowania kary umownej. Dłużnik może żądać miarkowania kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Sąd trafnie podkreślił, że choć umowa będąca źródłem żądanych kar umownych została przez pozwaną spółkę wykonana w całości, jednak nie została wykonana w terminie, z przyczyn leżących po stronie pozwanej. Przyjmuje się w orzecznictwie, że „wykonanie zobowiązania w znacznej części” oznacza zaspokojenie w istotnym zakresie interesu wierzyciela, do czego nie dochodzi w razie nieterminowego spełnienia całego świadczenia (tak SN w wyroku z 13.06.2003r., III CKN 50/01).

Trafnie Sąd Okręgowy podniósł, że strona powodowa miała prawo oczekiwać od profesjonalnego podmiotu jakim jest pozwana spółka staranności i rzetelności w wykonaniu umowy, gdy tymczasem pozwana wykazała się opieszałością w rozpoczęciu prac, a następnie niedostateczną starannością w uzyskaniu informacji i załatwieniu kwestii projektu stałej organizacji ruchu w rejonie realizowanej inwestycji w czasie umożliwiającym wykonanie umowy w terminie, a niezależnie od tego prowadząc inne roboty budowlane nie zapewniała okresowo odpowiedniej liczby pracowników dla wykonania dla powódki inwestycji drogowej. Należy też zwrócić uwagę, że w sytuacji wykonywania tego typu robót budowlanych, które utrudniają ruch na drogach publicznych, niezwykle istotne jest wykonywanie prac w krótkim czasie dla zmniejszenia ich uciążliwości. Te okoliczności nie dają podstawy do miarkowania kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót drogowych.

Słusznie też Sąd Okręgowy uznał, że kara umowna zastrzeżona w umowie łączącej strony nie była wygórowana. Wysokość tej kary zastrzeżono w wysokości dość standardowo przyjmowanej w umowach o roboty budowlane, tj. 0,5% pierwotnego wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Ostatecznie została naliczona w wysokości 14,5% takiego wynagrodzenia, w sytuacji, gdy opóźnienie wyniosło 29 dni czyli około 20% czasu przewidzianego na wykonanie umowy, w sytuacji, gdy przewidziany w umowie czas na realizację robót był w pełni realny.

Kara umowna nie była więc rażąco wygórowana ani w momencie jej zastrzegania w umowie, ani w następstwie późniejszych okoliczności.

Sąd I instancji słusznie podkreślił, że choć Gmina nie poniosła szkody majątkowej wskutek opóźnienia wykonania umowy, to jednak poniosła szkodę wizerunkową w zakresie oceny co do zapewnienia niezakłóconego, bezpiecznego korzystania z dróg przez jej użytkowników. Zastrzeżenie kary umownej miało na celu między innymi to, aby inwestycja publiczna przebiegała zgodnie z harmonogramem, sprawnie i terminowo, aby remont w możliwie niewielkim stopniu zakłócał normalne korzystanie z dróg i chodników. Skoro strona pozwana nie zapewniła osiągnięcia takiego celu i znacząco opóźniła się z wykonaniem prac drogowych, to oznacza, że nie było podstaw do miarkowania kary umownej w takiej sytuacji. Trudno też uznać aby kara umowna stanowiąca zaledwie 14,5% pierwotnego wynagrodzenia brutto, stanowiła źródło wzbogacenia dla Gminy K. – jak zarzuca apelująca, zważywszy na cel umowy, jej znaczenie nie tylko dla stron ale dla bezpieczeństwa ruchu drogowego, zagrożeń i niedogodności związanych z jej niewykonaniem w terminie.

Apelacja podlegała zatem oddaleniu na podstawie art.385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w oparciu o art.98 §1 i 3 k.p.c. w związku z art.391 §1 k.p.c.