

Sygn. akt I ACa 561/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Mirosław Ożóg (spr.)
Sędziowie:	SA Barbara Lewandowska SA Marek Machnij
Protokolant:	sekr. sąd. Małgorzata Naróg - Kamińska

po rozpoznaniu w dniu 27 listopada 2013 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy (...)

przeciwko (...) spółce jawnej w C.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu

z dnia 7 maja 2013 r. sygn. akt I C 113/11

I. Zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie 1 (pierwszym) w ten sposób, że w miejsce zasądzonej od pozwanej (...) spółki jawnej w C. na rzecz powódki Gminy (...) kwoty 102.477 (sto dwa tysiące czterysta siedemdziesiąt siedem) złotych zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 81.130 (osiemdziesiąt jeden tysięcy sto trzydzieści) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 04 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty, a w pozostałym zakresie powództwo oddala;

b) w punkcie 3 (trzecim) w ten sposób, że w miejsce zasądzonej od pozwanej na rzecz powódki kwoty 4.500 (cztery tysiące pięćset) złotych zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 2.211 (dwa tysiące dwieście jednaście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

c) w punkcie 4 (czwartym) w ten sposób, że zasądza od powódki na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Elblągu kwotę 1.751, 18 (jeden tysiąc siedemset pięćdziesiąt jeden 18/100) złotych oraz zasądza od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Elblągu kwotę 1.028,47 (jeden tysiąc dwadzieścia osiem 47/100) złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 490 (czteryście dziewięćdziesiąt)

złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

I ACa 561/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 7 maja 2013 roku Sąd Okręgowy w Elblągu zasądził od pozwanej (...) Spółki jawnej z siedzibą w C. na rzecz powódki Gminy (...) kwotę 102 477 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty, w pozostałym zakresie powództwo oddalił i rozstrzygnął o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił w toku postępowania, że w dniu 10 czerwca 2010 roku w M., w wyniku przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, w drodze przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych, została zawarta między stronami umowa. Przedmiotem tej umowy była budowa kompleksu sportowego (...) w M. zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego, zasadami wiedzy technicznej, na warunkach wskazanych w ofercie z dnia 24 maja 2010 roku, stanowiącej załącznik nr 1 do umowy. Szczegółowy zakres umowy został opisany w SIWZ, w tym dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Pozwany jako wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami oraz oddania przedmiotu umowy zamawiającemu w terminie w niej uzgodnionym.

Termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy wyznaczono na dzień 30 września 2010 roku. Za datę wykonania przez pozwanego zobowiązania wynikającego z umowy wskazano datę odbioru stwierdzoną w protokole odbioru końcowego. W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad i usterek, powódka jako strona zamawiająca mogła odmówić odbioru do czasu ich usunięcia a wykonawca zobowiązany był usunąć je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Za wykonania przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1 067.468,45 zł. W umowie tej zastrzeżone zostały kary umowne. Zgodnie z § 8 ust.1 lit. a umowy wykonawca zobowiązany był zapłacić zamawiającemu kary umowne za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień zwłoki ($1067.468,45 \times 0,3 = 3202,40$ zł).

Sąd I instancji ustalił ponadto, że do przejścia przez pozwanego placu budowy doszło w dniu 10 czerwca 2010 roku. W dniu 23 czerwca 2010 roku pozwana zawarła umowę z R. M. na wykonanie robót budowlanych opisanych w SIWZ i dokumentacji projektowej, zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy. Termin wykonania umowy określono na dzień 30 września 2010 roku. Pismem z dnia 13 lipca 2010 roku pozwana zwróciła się do powódki o pilną przebudowę przyłącza energetycznego wskazując, że niewykonanie tych robót wstrzymuje wszelkie prace ziemne. W odpowiedzi powódka poinformowała pozwaną, że przewidziana jest przebudowa linii elektroenergetycznej zasilającej budynek szkoły, roboty te nie powinny jednak wstrzymywać prac ziemnych koniecznych dla wykonania przez pozwaną umowy. Z dokumentacji projektowej w szczególności nie wynika, by warunkiem rozpoczęcia prac ziemnych było przełożenie linii. Ani projektant ani też inspektorzy nadzoru nie zabraniają wykonywania prac ziemnych przed przełożeniem linii kablowej. Powódka pouczyła pozwaną o obowiązku powiadomienia (...) S.A., jak i innych właścicieli i dysponentów urządzeń i sieci na 7 dni przed przystąpieniem do robót ziemnych. Równocześnie wezwano pozwaną do rozpoczęcia robót objętych umową i dotrzymania terminu umownego.

W dniu 14 lipca 2010 roku geodezyjnie wytyczono obiekt, nadto zlokalizowano przebieg przewodu zasilającego szkołę. Kierownik budowy wpisem do dziennika budowy wskazał na potrzebę przełożenia kabla energetycznego. Pismem z dnia 23 lipca 2010 roku pozwana poinformowała (...) S.A. o rozpoczęciu w dniu 2 sierpnia 2010 roku prac ziemnych przy realizacji inwestycji w M. przy ul. (...) wnosząc o określenie zasad postępowania przy wykonywaniu tych prac. W dniu 2 sierpnia 2010 roku zakład energetyczny określił zasady wykonywania robót ziemnych w obrębie kabla

energetycznego nakazując ręczne prowadzenie tych robót. Kabel elektroenergetyczny nie stanowił przeszkody w prowadzeniu robót.

Z dalszych ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że roboty ziemne zostały rozpoczęte w dniu 7 sierpnia 2010 roku. Wpisem do dziennika budowy z dnia 9 września 2010 roku inspektor nadzoru nakazał zwiększenie tempa prac. W tym samym dniu doszło do spotkania przedstawicieli powódki z osobami reprezentującymi pozwaną, w trakcie którego pozwana zobowiązała się do aktualizacji harmonogramu rzeczowo finansowego, wykonania umowy do 15 – 22 października 2010 roku. W dniu 24 września 2010 roku pozwana zawarła umowę z M. R. (1) prowadzącym działalność gospodarczą na wykonanie podsypki żwirowej z zagęszczeniem, drenażu, przepompowni, podbudowy z kruszyw, przyłącza wodnego oraz sanitarnego, ułożenia kostki brukowej wokół budynku, schodów i obrzeży. Termin wykonania robót określono na dzień 18 października 2010 roku. Pismem z dnia 27 września 2010 roku pozwana złożyła R. M. oświadczenie o odstąpieniu od umowy wskazując, że kontrahent ten wykonał zaledwie 10% robót objętych umową. Pismem z dnia 12 października 2010 roku dyrektor Szkoły Podstawowej nr (...) w M. wystąpił do Starosty (...) o zezwolenie na wycinkę 6 drzew znajdujących się na terenie inwestycji.

Sąd I instancji ustalił również, że w dniu 13 października 2010 roku doszło do spotkania przedstawicieli stron z projektantem i inspektorem nadzoru celem wyjaśnienia wątpliwości dotyczących niektórych rozwiązań konstrukcyjnych (ogrodzenie, oświetlenie, zabezpieczenie skarpy od strony pochylni dla osób niepełnosprawnych). Projektant zobowiązał się do dostarczenia do dnia 18 października 2010 roku odpowiednich rysunków. Uzgodniono sposób posadowienia słupów oświetleniowych, nadto sposób wykonania ściany żelbetowej oraz sposób mocowania balustrady z pochwytnymi. Ostatecznie następnego dnia sposób wykonania drenażu został zaakceptowany a mimo tego firma kładąca nawierzchnię poliuretanową zeszła z budowy. Kolejne spotkanie stron w związku z opóźnieniem realizacji inwestycji odbyło się w dniu 10 listopada 2010 roku a wykonawca zadeklarował, że od dnia 11 listopada 2010 roku zwiększy ilość pracowników i tempo robót, aby do końca listopada zakończyć prace. Zadeklarował zakończenie robót na boisku trawiastym, wielofunkcyjnym, przy oświetleniu i ogrodzeniu do 22 listopada 2010 roku. W dniu 8 grudnia 2010 roku pozwana zgłosiła gotowość do odbioru prac będących przedmiotem umowy. Termin odbioru końcowego ustalono na dzień 10 grudnia 2010 roku. W trakcie czynności nie stwierdzono wad, które uniemożliwiłyby użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem. Stwierdzono usterki, które nie stanowiły przeszkody w dokonaniu odbioru.

Sąd I instancji ustalił ponadto, że z uwagi na opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powódka wezwała pozwaną pismem z dnia 21 grudnia 2010 roku doręczonym 27 grudnia 2010 roku do zapłaty kary umownej w terminie 7 dni. Usprawiedliwione opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy wynosiło 21 dni. W pozostałym zakresie przyczyną niewykonania robót w terminie wynikającym z umowy była zwłoka w rozpoczęciu prac a następnie niedostateczne zaangażowanie w realizację umowy i zła organizacja robót. Gmina (...) nie poniosła szkody w związku z opóźnieniem realizacji inwestycji, w szczególności otrzymała przyznane wcześniej dofinansowanie.

Oceniając żądanie powódki Sąd Okręgowy zważył, że powództwo zasługuje na częściowe uwzględnienie. Okolicznością niesporną jest to, że strony łączyła umowa o roboty budowlane a zgodnie z treścią umowy roboty miały być ukończone do dnia 30 września 2010 roku. W terminie tym pozwana nie zrealizowała robót objętych umową. Zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.). Główną przyczyną opóźnienia – zdaniem pozwanej – było nieprzebudowanie sieci elektroenergetycznej. W kontekście tego zarzutu zauważyć należy, że przystępując do przetargu pozwana miała możliwość zapoznania się z SIWZ, w tym z dokumentacją techniczną. O fakcie, że kabel elektroenergetyczny przebiega pod projektowanym boiskiem pozwana wiedziała skoro w harmonogramie rzeczowo – finansowym przewidziała pozycję „przebudowa sieci kablowej 0,4 kV” na kwotę 1454,82 zł netto. Oczywiście jest, zważył dalej Sąd Okręgowy, że w tej kwocie z uwagi na jej wysokość nie mogła być planowana żadna przebudowa. Jak wskazał biegły mógł być to jedynie koszt wykopów kontrolnych, ewentualnego zabezpieczenia kabla przez jego podwieszenie i to nie na całej jego długości. Pozwana jest profesjonalistą, wiedziała zatem, że roboty

w obrębie kabla energetycznego należy zgłosić, gdyby jednak miała wątpliwości w tej materii winna przede wszystkim przedstawić je inwestorowi, co faktycznie uczyniła jednakże dopiero pismem z dnia 13 lipca 2010 roku.

Za nieusprawiedliwione uznać należy także twierdzenie, że pozwana nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie, ponieważ na terenie inwestycji znajdowały się drzewa wymagające wycinki. Problem drzew ujawniony został w październiku 2010 roku a zatem już po upływie umownego terminu do zakończenia robót. Pozwana twierdziła ponadto, że opóźnienie w realizacji inwestycji było wynikiem bezpodstawnego zakwestionowania prawidłowości wykonania drenażu. Okolicznością niesporną jest, że prawidłowość wykonania tej pracy została zakwestionowana w dniu 13 października 2010 roku, jednakże już następnego dnia dopuszczono możliwość kontynuowania pracy. Pozwana nie wykazała też, by warunki pogodowe faktycznie wpłynęły na przedłużenie robót. Zeznania świadków w tym zakresie były niespójne, tymczasem obiektywnym i pewnym dowodem mogłaby być jedynie informacja z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej. W tym kontekście Sąd I instancji zauważył, że najprawdopodobniej rzeczywiście w listopadzie i grudniu pogoda mogła już nie sprzyjać robotom, jednakże roboty miały zostać zakończone do końca września.

Nie miał też – w ocenie Sądu Okręgowego – znaczenia fakt uszkodzenia skarpy przez zakład energetyczny, ponieważ usunięcie uszkodzeń obarczało sprawcę szkody a nie pozwaną. Jak już wskazano sam fakt istnienia pod płytą planowanego boiska przewodu elektroenergetycznego nie był przeszkodą w realizacji umowy. Roboty musiały być jednak realizowane ze szczególną ostrożnością, ręcznie. Z tego tytułu należało uwzględnić zwiększoną robociznę (nieobjętą harmonogramem i wyceną). Dodatkowy czas pracy biegły określił na 8 dni przy przyjęciu 4 osobowego zespołu wykonującego roboty.

Sąd I instancji zważył ponadto, że w świetle przeprowadzonego postępowania dowodowego za udowodnione uznać należy, że dokumentacja projektowa dotycząca murku oporowego oraz rozwiązania projektowe dotyczące 3 lamp oświetleniowych zawierały błędy. Projektant na skutek interwencji wykonawcy przedłożył rysunki weryfikujące zakwestionowane przez pozwaną rozwiązania. Z tego tytułu za usprawiedliwione należało uznać opóźnienie w wymiarze 12 dni. Okres opóźnienia odpowiada okresowi od dnia zgłoszenia uwag projektantowi do dnia zmiany projektu (10 dni) oraz wydłużenia pracy w związku ze zmianą sposobu montażu lamp oświetleniowych (2 dni).

W ocenie Sądu Okręgowego, poza ustaleniami wynikającymi z opinii biegłego należało uwzględnić także 1 dzień opóźnienia z tytułu braku akceptacji robót drenarskich. Nie ulega wątpliwości, że roboty te zostały zakwestionowane w dniu 13 października 2010 roku a następnego dnia zostały one już odebrane. Oczywiście jest, że w tak krótkim czasie nie było możliwe dokonanie jakichkolwiek zmian w zakresie tych robót. Uznać zatem należy, że skoro możliwy był odbiór robót w dniu 13 października 2010 roku, to pozwana nie powinna ponosić konsekwencji przerwania tych prac. W ocenie Sądu Okręgowego nie oznacza to jednak, że zdarzenie to usprawiedliwiało opóźnienie w większym rozmiarze, w szczególności związanym z zejściem konsorcjanta z placu budowy, skoro sprawa prawidłowości wykonania drenażu nie została w dniu 13 października 2010 roku ostatecznie wyjaśniona a już następnego dnia możliwe było kontynuowanie robót. W rezultacie Sąd I instancji uznał, że pozwany nie odpowiada za 21 dniowe opóźnienie w wykonaniu robót.

Sąd I instancji podzielił też częściowo argumentację pozwanej dotyczącą miarkowania kary umownej wskazując, że kara umowna na poziomie 0,3% wynagrodzenia za całość robót za każdy dzień zwłoki jest karą wysoką a dochodzone roszczenie stanowi ponad 20% wynagrodzenia należnego pozwanej. Z okoliczności ujawnionych w toku postępowania nie wynikało też, by powódka poniosła jakąkolwiek szkodę w związku z nieterminowym wykonaniem zadania przez pozwaną, która wykonała umowę w całości i nie było zastrzeżeń co do jakości wykonanych przez nią robót. Okoliczności te przemawiają za miarkowaniem kary żądanej przez powódkę z mocy art. 484 § 2 k.c. W tych warunkach Sąd Okręgowy uznał za usprawiedliwione obniżenie kary umownej do 0,2% wynagrodzenia za każdy dzień, co skutkowało uwzględnieniem roszczenia do kwoty 102 476 zł (1067 468,45 x 0,2 x 48).

W apelacji pozwana zaskarżyła wyrok w części uwzględniającej powództwo i dotyczącej rozstrzygnięcia o kosztach procesu zarzucając naruszenie przepisu art. 233 §1 k.p.c. w związku z art. 224 § 1 k.p.c. i art. 232 k.p.c. przez

nirozpoznanie wszystkich twierdzeń, zarzutów i wniosków dowodowych pozwanego, nieprzeprowadzenie wszystkich dowodów i przedwczesne zamknięcie rozprawy, co stanowiło także pominięcie części materiału dowodowego oraz brak obiektywnej i wszechstronnej oceny całego zgromadzonego materiału oraz skutek oddalenia wniosku dowodowego pozwanej o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego w sytuacji, gdy nie zostały wyjaśnione wszystkie okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy wymagające wiadomości specjalnych ; naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c. polegające na przekroczeniu zasad swobodnej oceny dowodów w części obejmującej odmowę uznania przez biegłego dalszego opóźnienia ponad 20 dni za usprawiedliwione w sytuacji, gdy biegły nie wypowiedział się co do wszystkich przyczyn opóźnienia oraz pominął wpływ usprawiedliwionych opóźnień na pozostałe roboty ; naruszenie prawa materialnego, to jest art. 483 § 1 k.c. poprzez uznanie, że pozwany ponosi odpowiedzialność za 48 dni opóźnienia i zasądzenie kary umownej pomimo braku podstaw do uznania odpowiedzialności pozwanego za ten okres ; naruszenie prawa materialnego, to jest art. 484 § 2 k.c. poprzez nieuwzględnienie przy miarkowaniu kar umownych z powodu ich rażącego wygórowania okoliczności wynikających z narzucenia pozwanemu wzorca umownego, poniesionych kosztów działań zmierzających do nadrobienia opóźnienia przez pozwanego, wykonania robót dodatkowych, powstania przeszkód niezależnych od pozwanego i pominięcie nadużycia prawa i naruszenia zasad współżycia społecznego przez powodową gminę.

Wskazując na przytoczone podstawy apelacji pozwana wносиła o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji. Powołując się na przepis art. 380 k.p.c. pozwana wносиła o rozpoznanie postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 23 kwietnia 2013 roku oddalającego wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego sądowego na okoliczności wskazane w piśmie procesowym z dnia 29 marca 2013 roku oraz zobowiązanie powódki do złożenia dokumentacji zawnioskowanej w wymienionym piśmie pozwanego i przeprowadzenie wnioskowanych dowodów przez sąd II instancji.

W odpowiedzi na apelację powódka wносиła o jej oddalenie i zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje :

Apelacja pozwanej zasługuje częściowo na uwzględnienie. Trafny jest bowiem zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń w zakresie odpowiedzialności pozwanej za niewykonanie robót budowlanych w terminie, przyczyn opóźnienia i okresów usprawiedliwionego opóźnienia z pominięciem niektórych dowodów lub przy zastosowaniu oceny sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania. Uchybienie to dotyczy zarzutu braku zgłoszenia robót przez inwestora (powódkę w niniejszym postępowaniu) do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego ponieważ podjęcie robót budowlanych było możliwe dopiero po upływie 7 dni od daty zgłoszenia zamiaru podjęcia robót, jeżeli organ ten nie złożył żadnego oświadczenia. Pozwany podnosił taki zarzut w toku postępowania po raz pierwszy w sposób jednoznaczny w piśmie procesowym z dnia 25 stycznia 2013 roku , formułując pytanie do biegłego , czy na termin wykonania robót wpłynęły : niezgłoszenie przez inwestora do organów nadzoru budowlanego faktu rozpoczęcia robót, ewentualnie o jaki okres ? (k- 593). Na rozprawie w dniu 21 marca 2013 roku biegły sądowy odpowiadając na pytania pełnomocnika pozwanego zeznał , że „ od strony formalnej inwestor powinien zawiadomić Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego informując o terminie rozpoczęcia prac nie krótszym niż 7 dni, z podaniem osób funkcyjnych wymaganych w pozwoleniu na budowę”. Skoro pozwana w kolejnym piśmie procesowym powołując się na przytoczoną wypowiedź biegłego domagała się ustalenia za usprawiedliwione opóźnienia rozpoczęcia robót o 7 dni (k- 647), zaś powódka nie przedłożyła dowodu wskazującego na złożenie pisma do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego przed upływem 7 dni od przekazania pozwanej terenu budowy w dniu 10 czerwca 2010 roku, należało uznać za usprawiedliwiony 7 dniowy okres opóźnienia rozpoczęcia robót liczony od przekazania pozwanej terenu budowy do 17 czerwca 2010 roku.

Trafnie też zarzucała pozwana, że należało ocenić jako usprawiedliwione opóźnienie wynikające z podjętych przez pozwaną prac polegających na usunięciu skutków uszkodzenia skarpy przez pracowników zakładu energetycznego w listopadzie 2010 roku. Wprawdzie usunięcie skutków tego zdarzenia należało do osoby trzeciej (zakładu

energetycznego), lecz z zeznań świadków wynika, że czynności naprawcze zostały podjęte przez pozwaną i trwały około 3 dni (zeznania świadka M. R. k- 338, J. B. k – 472, G R., k- 460). Uzasadnione było zatem uznanie za usprawiedliwione opóźnienia przez kolejne 3 dni , niezbędne do usunięcia skutków zniszczonej skarpy przez pozwanego, który realizując umowę nie mógł oczekiwać na usunięcie uszkodzeń obrzeża płyty boiska przez osobę trzecią przez czas bliżej nieokreślony.

Nietrafne są natomiast zarzuty dotyczące uchybień procesowych polegających na dowolnej ocenie dowodów, pominięciu niektórych dowodów i jednostronnej ocenie materiału dowodowego co do przyczyn opóźnienia wykonania umowy ujętych we wniosku dowodowym pozwanej a następnie w tezie dowodowej określonej biegłemu przez Sąd I instancji. Co do tych przyczyn wypowiedział się zarówno biegły do spraw budownictwa jak i Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku a wypowiedzi te nie pozostają w sprzeczności ani z zasadami logicznego rozumowania ani z zasadami doświadczenia życiowego. Z pisemnej opinii biegłego wynika, że na podstawie dokumentu na karcie 200, czyli warunków przebudowy sieci elektroenergetycznej, którą pozwana otrzymała wraz z projektem budowlanym w dniu 10 czerwca 2010 roku (k-185) , pozwana powinna przewidywać konieczność wykonania robót ziemnych w obrębie kabla energetycznego ręcznie. Na rozprawie w dniu 21 marca 2013 roku biegły zeznał ponadto, że sam fakt rozpoczęcia prac w obrębie sieci będących w kolizji zgłasza wykonawca bezpośrednio do właścicieli poszczególnych mediów (k- 632), wystąpienie do zakładu energetycznego z informacją o rozpoczęciu prac powinno nastąpić wcześniej, przy czym biegły wyjaśnił, że nie były potrzebne żadne dodatkowe uzgodnienia z zakładem energetycznym , konieczne było tylko zgłoszenie rozpoczęcia prac przy kablu. Uzgodnienie było aktualne na etapie projektu technicznego (zeznania biegłego k- 633 – 633v). Zgłoszenia tych prac pozwana dokonała dopiero pismem z dnia 23 lipca 2010 roku złożonym po sześciu tygodniach od dnia przekazania terenu robót. Skoro obowiązek zgłoszenia prac właścicielom mediów spoczywał na wykonawcy a nie na inwestorze, pozwana ponosi odpowiedzialność za zwłokę w tym zakresie i nie może skutecznie zasłaniać się 7 dniowym terminem niezbędnym na oczekiwaną reakcję zakładu energetycznego skoro jej opóźnienie w złożeniu takiego wniosku wynosiło 6 tygodni. Biegły wyjaśnił i obliczył także szczegółowo z jakich przyczyn uwzględnił usprawiedliwione opóźnienie wynikające z ręcznego wykonywania prac w obrębie kabla energetycznego przez 4 osobowy zespół pracowników w wymiarze 8 dni.

Nie budzi także wątpliwości pominięcie argumentów pozwanej dotyczących takich przyczyn opóźnienia jak czas niezbędny do usunięcia drzew oraz niekorzystne warunki atmosferyczne. Zauważyć należy, że działania w zakresie wycinki drzew zostały podjęte już po upływie terminu wykonania umowy , w październiku 2010 roku a pozwana nie wywiązała się z ciężaru dowodu co do ewentualnego wpływu warunków atmosferycznych na przebieg poszczególnych etapów robót. Mało precyzyjne zeznania niektórych świadków to nie jest wystarczający materiał dowodowy do jednoznacznych ustaleń w tym zakresie.

Nie można także podzielić argumentów skarżącej co do braku jakichkolwiek ustaleń Sądu Okręgowego w zakresie zwłoki spowodowanej błędami dokumentacji projektowej. Na podstawie dowodu z opinii biegłego Sąd I instancji ustalił, że dokumentacja projektowa dotycząca murku oporowego oraz rozwiązania projektowe dotyczące montażu trzech lamp oświetleniowych zawierały błędy. Projektant na skutek interwencji pozwanej przedłożył rysunki weryfikujące zakwestionowane rozwiązania i z tego tytułu Sąd Okręgowy uznał za usprawiedliwione opóźnienie w wymiarze 12 dni (10 dni z uwagi na konieczne prace projektowe i dwa dni na niezbędne prace związane ze zmianą sposobu montażu lamp oświetleniowych). Wprawdzie po sporządzeniu opinii pozwana złożyła wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego m.in. w zakresie dotyczącym wyliczenia okresu usprawiedliwionego opóźnienia w zakresie robót przy podwyższeniu murku oporowego i posadowieniu słupów oświetleniowych, jednakże Sąd I instancji na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2013 roku oddalił ten wniosek dowodowy a pozwana reprezentowana na rozprawie przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego nie złożyła zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. i utraciła w ten sposób możliwość powoływania się w apelacji na uchybienia procesowe związane z oddaleniem tego wniosku dowodowego, nieprzeprowadzeniem wszystkich dowodów, przedwczesnym zamknięciem rozprawy, czy też naruszeniem zasady wszechstronnego rozpoznania całego materiału dowodowego. Powoływany przez skarżącego przepis art. 380 k.p.c. nie może służyć stronie dla usunięcia skutków zaniechania złożenia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. i dlatego wniosek w tym zakresie Sąd Apelacyjny pominął.

Nietrafny okazał się również zarzut naruszenia prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 484 § 2 k.c. poprzez nieuwzględnienie przy miarkowaniu kar umownych z powodu ich rażącego wygórowania, okoliczności wynikających z narzucenia pozwanemu wzorca umownego, poniesionych kosztów działań zmierzających do nadrobienia opóźnienia przez pozwaną, wykonywania robót dodatkowych, powstania przeszkód niezależnych od pozwanej oraz pominięcia nadużycia prawa i naruszenia zasad współżycia społecznego przez powodową gminę. Powstanie przeszkód niezależnych od pozwanego analizował zarówno Sąd I instancji jak również Sąd Apelacyjny odliczając łącznie 31 dni od 69 dni opóźnienia pozwanej w wykonaniu umowy uznając, że opóźnienie w wymiarze 31 dni było usprawiedliwione właśnie z powodu powstania po zawarciu umowy przeszkód niezależnych od pozwanej. Co do kosztów działań zmierzających do usunięcia skutków opóźnienia i robót dodatkowych to Sądy obu instancji uwzględniły te fakty przy ustalaniu terminu usprawiedliwionego opóźnienia w wykonaniu robót (podwyższenie murka oporowego, montaż 3 lamp oświetleniowych, usuwanie skutków zniszczenia skarpy przez zakład energetyczny. Poza własnymi wyliczeniami pozwana nie przedstawiła żadnych wiarygodnych dowodów wskazujących na przeprowadzenie innych robót dodatkowych. Nie zasługują też na uwzględnienie argumenty przemawiające - zdaniem skarżącej – za miarkowaniem kar umownych z powodu narzucenia pozwanemu wzorca umownego w trybie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy pozwana nie posiadała możliwości negocjowania postanowień umowy w zakresie ustalenia odpowiedzialności za zmiany zakresu umowy i terminy jej wykonania. Zauważyć jednak należy, że pozwana jest profesjonalnym podmiotem gospodarczym działającym w formie spółki prawa handlowego, której zakres działania obejmuje wykonywanie robót budowlanych i która swobodnie decyduje o przystąpieniu do przetargów bądź o zawieraniu umów w trybie zamówienia publicznego. Przed zawarciem umowy pozwana powinna zatem dokładnie zanalizować treść proponowanych w ofercie postanowień umowy a zwłaszcza tych dotyczących zasad odpowiedzialności i wysokości kar umownych. Zaniechania w tym zakresie powodują, że pozwana decydując się na zawarcie umowy zobowiązana jest do ponoszenia odpowiedzialności na zasadach przewidzianych w umowie, także w zakresie kar umownych. Sąd Okręgowy znalazł jednak podstawy do miarkowania kar umownych i zastosowania w rozstrzyganym przypadku przepisu art. 484 § 2 k.c. dzieląc niektóre argumenty przedstawione przez pozwaną. Nie dotyczyły one jednak nieważności poszczególnych postanowień umowy bądź ich sprzeczności z zasadami współżycia społecznego. W doktrynie i w judykaturze przeważa pogląd według którego przepis art. 5 k.c. nie może być podstawą wydania orzeczenia zmieniającego treść stosunku prawnego a redukcja kary umownej może nastąpić wyłącznie na podstawie art. 484 § 2 k.c. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2008 roku w sprawie I CSK 126/08, LEX nr 484662 i cytowane w uzasadnieniu tego wyroku wcześniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego). Pogląd ten podziela także Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie. Wprawdzie nie jest wykluczone uznanie dochodzenia roszczeń o zapłatę kary umownej za nadużycie prawa, jednakże w okolicznościach rozważanego przypadku nie zaistniały tego rodzaju fakty, które pozwalałyby na przyjęcie takiej oceny.

W rezultacie, przy uwzględnieniu dalszej redukcji kary umownej o kolejne 10 dni uzasadnione jest naliczenie kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy za 38 dni zwłoki w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Liczona w ten sposób kara umowna wynosi 81 130 zł (1067 468,45 x 0,2%). Dlatego też na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym obniżając zasądzoną w nim kwotę do kwoty 81130 zł. Odpowiedniej zmiany wymagały też rozstrzygnięcia dotyczące kosztów procesu. Powódka dochodziła kwoty 220 966 zł. Uwzględniono powództwo do kwoty 81130 zł, zatem powódka wygrała proces w 37%, zaś pozwana w 63%. Powódka poniosła koszty procesu w łącznej kwocie 18 226 zł (11049 zł – opłata od pozwu + 7217 zł kosztów zastępstwa procesowego). Pozwana natomiast poniosła koszty zastępstwa procesowego w kwocie 7217 zł. Powódka powinna zatem zwrócić pozwanej 63% z kwoty 7217 zł, to jest 4547 zł, zaś pozwana powinna zwrócić powódce 37% z kwoty 18266 zł, czyli kwotę 6758 zł. Różnicę w kwocie 2211 zł (6758 – 4547) należało zatem zasądzić od pozwanej na rzecz powódki zmieniając rozstrzygnięcie w punkcie trzecim zaskarżonego wyroku. W takiej samej proporcji 37% do 63% należało rozdzielić między stronami koszty sądowe tymczasowo wyłożone ze Skarbu Państwa na wydatki związane z opinią biegłego w łącznej kwocie 2779,66 zł. odpowiednio zmieniając rozstrzygnięcie w punkcie czwartym wyroku.

Pozwana poniosła z kolei koszty postępowania apelacyjnego w kwocie 7824 zł (5124 zł opłata od apelacji + 2700 zł koszty zastępstwa procesowego). Powódka poniosła jedynie koszty zastępstwa procesowego w kwocie 2700 zł.

Pozwana przegrała proces w drugiej instancji w 79% ($102\,477 - 81\,130 = 21\,347$ czyli 21 % z kwoty 102 477 zł). Pozwana powinna zatem zwrócić powódce 79% z kwoty 2700 zł , to jest kwotę 2133 zł, natomiast powódka powinna zwrócić pozwanej 21 % z kwoty 7824 zł, to jest kwotę 1643 zł. Różnicę wymienionych kwot (2133- 1643) należało zasądzić od pozwanej na rzecz powódki na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. i art. 100 k.p.c.

Mając na uwadze przytoczone okoliczności Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. , 385 k.p.c. 98 § 1 k.p.c. i art. 100 k.p.c. orzekł jak w sentencji przy uwzględnieniu przepisów § 6 pkt 7, § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz.1349 ze zm.).