

Sygn. akt I ACa 207/13

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Michał Kopeć
Sędziowie:	SA Ewelina Jokiel SA Barbara Lewandowska (spr.)
Protokolant:	referent-stażysta Jan Kotula

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2013 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa M. M.

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w R.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 19 października 2012 r. sygn. akt IX GC 253/11

I/ zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że zasądzoną w nim od pozwanego na rzecz powoda kwotę 108.563,25 zł obniża do kwoty 75.926,62 zł (siedemdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset dwadzieścia sześć złotych 62/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 10 marca 2011 roku do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części,

b) w punkcie III (trzecim) w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 8.667,30 zł (osiem tysięcy sześćset sześćdziesiąt siedem złotych 30/100) z tytułu zwrotu kosztów procesu,

c) w punkcie IV (czwartym) w ten sposób, że w miejsce kwoty 1.502,37 zł nakazuje ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 1.051,66 zł (jeden tysiąc pięćdziesiąt jeden złotych 66/100) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych;

II/ oddala apelację w pozostałej części;

III/ zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 548,70 zł (pięćset czterdzieści

osiem złotych 70/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 19 października 2012 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku zasądził od pozwanego Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R. na rzecz powoda M. M. kwotę 108.563,25 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 marca 2011 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie oraz orzekł o kosztach procesu, obciążając nimi pozwanego.

Podstawę rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia faktyczne i rozważania Sądu pierwszej instancji:

Umową z dnia 18 sierpnia 2009 r. Miasto R. zleciło powodowi, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo (...) w G., budowę kanalizacji w zlewni oczyszczalni (...) (etap II, odcinki: A7, A11, A12 i Z3), w terminie do dnia 8 listopada 2010 r. Na zaprojektowanej sieci sanitarnej znajdowały się czynne wodociągi. Kolidująca sieć kanalizacyjnej i wodociągowej dotyczyła ulic (...) w R..

W dniu 7 października 2009 r. powód zawarł z pozwaną Spółką dwie umowy: nr (...) na przebudowę i remont wspomnianej sieci wodociągowej w ulicy (...) za kwotę 183.000 zł brutto oraz nr (...) na remont sieci wodociągowej w ulicy (...) za kwotę 110.410 zł brutto. Prace z obu tych umów powód miał wykonać do dnia 31 grudnia 2009 roku, przy czym zobowiązał się wobec kontrahenta do zapłaty kar umownych za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,15% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień.

Realizacje projektów budowy sieci kanalizacyjnej oraz przebudowy sieci wodociągowej nakładały się na siebie zarówno w czasie, jak i lokalizacji. Mimo to nie został opracowany projekt organizacji robót, uwzględniający kolejność i terminarz wykonania poszczególnych prac. Powód przyjął technologię polegającą na wcześniejszym wykonaniu sieci wodociągowej przed kanalizacyjną, co było uzasadnione koniecznością zapewnienia ciągłości dostawy wody dla mieszkańców, głębokością wykopów oraz bliskością fundamentów budynków mieszkalnych objętych ochroną konserwatorską. Kanalizacja sanitarna wymagała głębszego posadowienia niż wodociągi. Pomimo zapewnienia pogrążalnego pełnego zabezpieczenia wykopów stalowymi wypraskami, po zakończeniu robót każdego dnia wykopy były zasypywane, co powodowało, że wykonawca nie przedkładał inspektorowi nadzoru protokołów odbioru niektórych robót zanikowych. Początkowo wykonawca podjął wprawdzie próbę wykonania robót metodą bezwykopową, ale ta nie powiodła się i zaszła konieczność ponownego trasowania kanału. Nadto w czasie realizacji prac doszło do obsunięcia terenu, co także wywołało konieczność trasowania kanału ściekowego, powodując znaczne opóźnienia. Zakończenie przebudowy wodociągów w zakresie naprawy nawierzchni drogowych i jezdnych nie było możliwe przed zakończeniem zakresu robót kanałowych z uwagi na konieczność przebudowy wodociągów w sposób wyprzedzający budowę kolektorów ogólnospławnych. Z tych przyczyn prace związane z budową sieci kanalizacyjnej opóźniły się w stosunku do harmonogramu. Dodatkowy wpływ na terminowość prac powoda miały warunki atmosferyczne. Po rozpoczęciu robót okazało się nadto, że z uwagi na szkody górnicze nieaktualne są repery geodezyjne, jakimi dysponował wykonawca.

W czasie prac powoda zarówno stary, jak i nowy wodociąg, pozostawały czynne. Roboty związane z remontem wodociągów powód wykonywał etapami. Część z nich zakończyła się jeszcze w 2009, a część w 2010 roku. Do obowiązków wykonawcy należało też przywrócenie terenu (nawierzchni jezdnych) do stanu pierwotnego. Z uwagi na niezakończenie prac związanych z budową sieci kanalizacyjnej, niecelowe było wykonywanie nawierzchni jezdnych (konieczne do celu przeprowadzenia formalnego odbioru robót wodociągowych przez pozwanego), by rozebrać je ponownie dla umożliwienia dalszych prac przy sieci kanalizacyjnej.

Dostrzegając te problemy powód pismem z dnia 21 stycznia 2010 r. zwrócił się do pozwanego o prolongatę terminu zakończenia robót remontowych sieci wodociągowej do dnia 30 kwietnia 2010 r., wskazując na kolidującą z pracami związanymi z budową sieci kanalizacyjnej. W odpowiedzi pozwany pismem z dnia 18 marca 2010 r. wyraził zgodę na przesunięcie terminu zakończenia robót do dnia 30 kwietnia 2010 r.

Do odbioru przez pozwanego tych robót doszło w dniu 7 października 2010 r. – sieci wodociągowej w ulicy (...), a w dniu 6 grudnia 2010 r. – sieci w ulicy (...). Po wykonaniu umowy powód wystawił pozwanemu trzy faktury VAT:

- nr (...) z dnia 15 października 2010 r. na kwotę 33.123 zł brutto,
- nr (...) z dnia 8 grudnia 2010 r. na kwotę 61.000 zł brutto,
- nr (...) z dnia 9 grudnia 2010 r. na kwotę 36.000 zł brutto.

Pozwany natomiast wystawił powodowi dwie noty księgowe – nr (...) (...) z dnia 7 października 2010 r. na kwotę 36.788,25 zł z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nr (...), naliczonej za okres od dnia 1 stycznia do dnia 28 września 2010 r. (tj. za prace przy ulicy (...)) oraz nr (...) (...) z dnia 17 listopada 2010 r. na kwotę 71.775 zł z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nr (...), za okres od dnia 1 stycznia do dnia 15 listopada 2010 r., tj. za 319 dni opóźnienia w pracach przy ul.(...). W dniu 5.01.2011 r. służby finansowe powoda zwróciły się do pozwanego o uzgodnienie salda rachunków stwierdzając, że pozwany jest winien powodowi łącznie kwotę 127.161,65 zł. Na dokumencie tym nieustalona osoba (prawdopodobnie z księgowości pozwanego) wpisała adnotację, że saldo powyższe jest zgodne, pod warunkiem uwzględnienia not księgowych wystawionych przez pozwanego tytułem kar umownych.

Do chwili wytoczenia powództwa pozwany nie zapłacił powodowi łącznie kwoty 108.563,25 zł za wykonanie remontu wodociągów w R., ani też powód nie zapłacił naliczonych mu przez pozwanego kar umownych, które uznaje za bezzasadne.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne Sąd pierwszej instancji ocenił powództwo jako uzasadnione. Podzielając wnioski wynikające z dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu instalacji sanitarnych i urządzeń wodno-kanalizacyjnych K. M. Sąd orzekający uznał za wykazane przez powoda okoliczności, które spowodowały jego opóźnienie w oddaniu umówionego obiektu. Sąd podzielił przy tym pogląd powoda o niecelowości wykonywania nawierzchni, koniecznego do formalnego odbioru prac wodociągowych przez pozwanego, bowiem następnie należałoby je ponownie rozkopać, by móc kontynuować roboty kanalizacyjne.

Sąd Okręgowy wskazał, że strony łączyły dwie umowy o roboty budowlane, uregulowane w art.647 k.c., w których termin wykonania prac przez powoda określony został na dzień 31 grudnia 2009 r., przedłużony następnie na prośbę powoda do dnia 30 kwietnia 2010 roku oświadczeniem zawartym w jego piśmie z dnia 18 marca 2010 r. Z tego względu, zdaniem Sądu orzekającego, niezasadne było naliczenie przez pozwanego kar umownych za okres od dnia 1 stycznia do dnia 30 kwietnia 2011 r., bowiem w świetle treści umowy powód popadł w opóźnienie dopiero począwszy od dnia 1 maja 2010 roku.

Za istotne dla rozstrzygnięcia uznał jednak Sąd orzekający rozważenie kwestii, czy opóźnienie to zostało zawinione przez powoda, tj. czy można mu przypisać zwłokę, bowiem umowa stron tylko za zwłokę przewidywała możliwość naliczenia kary umownej. Sąd pierwszej instancji zważył przy tym, że także według poglądów orzecznictwa kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Zdaniem Sądu nie bez znaczenia dla oceny zawinienia powoda za opóźnienie jest stanowisko Miasta R., które jako odrębny zamawiający w zakresie prac kanalizacyjnych uznał za zasadne przyczyny opóźnienia wskazywane przez powoda, a wynikające z konieczności jednoczesnego prowadzenia prac zamówionych przez pozwanego i przedłużył termin powodowi do zakończenia tych prac do dnia 8 listopada 2010 roku. Powyższe stanowisko miejskiego inwestora, niedostrzegającego w działaniu powoda zawinienia w nieterminowym wykonywaniu prac kanalizacyjnych, nierozzerwalnie powiązanych z pracami wodociągowymi, potwierdza, zdaniem Sądu Okręgowego, ocenę postępowania powoda jako zachowującego należyta staranność w znaczeniu obiektywnym.

W tych warunkach, wobec obalenia przez powoda domniemania zawinienia w niedotrzymaniu terminu zakończenia prac związanych z remontem wodociągów, Sąd orzekający uznał, że pozwany bezpodstawnie naliczył wykonawcy kary

umowne także za dalszy okres, a w konsekwencji – że objęte pozwem żądanie zapłaty pozostałej części wynagrodzenia zasługuje na uwzględnienie. Jedyne częściowo natomiast uwzględnił Sąd Okręgowy powództwo w zakresie odsetek ustawowych od należności głównej, wskazując, że w aktach brak jest dowodu doręczenia pozwanemu przedmiotowych faktur VAT, zatem zasadne jest przyjęcie daty wymagalności świadczenia na dzień wniesienia pozwu, tj. 10.03.2011 r. Podstawę rozstrzygnięcia o odsetkach stanowił przepis art.481 § 1 k.c., zaś o kosztach – art.98 i nast. k.p.c., wyrażające zasadę odpowiedzialności za wynik procesu.

Od przedstawionego wyroku pozwany wniósł apelację, zarzucając:

- 1) naruszenie art.355 § 2 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie w odniesieniu do oceny postępowania powoda, w szczególności nieuwzględnienie tego, że powód jako profesjonalista o dużym poziomie specjalizacji zobowiązany był do wykonania świadczenia zgodnie z wymogiem kwalifikowanej staranności, uwzględniającej typ zobowiązania, jego przedmiot (rodzaj i rozmiar świadczenia) i cel gospodarczy,
- 2) naruszenie przepisu art.354 § 1 k.c. przez jego niezastosowanie i w konsekwencji pominięcie w ocenie świadczenia powoda rozważań, czy spełnione świadczenie odpowiada kryterium właściwego sposobu stosownego do celu społeczno-gospodarczego, zasad współżycia społecznego i obowiązujących zwyczajów,
- 3) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegającą na błędnej ocenie treści pisma powoda z dnia 22.10.2010 r., gdzie powód oręduje za odstąpieniem przez pozwanego od naliczania kar umownych, które w powiązaniu z treścią dokumentu potwierdzenia sald według stanu na dzień 31.10.2010 r. o treści korelującej stanowią uznanie niewłaściwe długu i wnioski o zwolnienie z długu w rozumieniu art.508 k.c.

Wskazując na te zarzuty pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację powód domagał się jej oddalenia i zasądzenia na jego rzecz od pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja w części zasługuje na uwzględnienie. Sąd Apelacyjny podzielił zasadnicze ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, czyniąc je podstawą faktyczną także dla własnego rozstrzygnięcia.

Podnieść należy, że apelacja pozwanego nie podnosi w istocie żadnych argumentów przeciwko tej części zaskarżonego rozstrzygnięcia, która za przyczynę uwzględnienia powództwa miała przedłużenie terminu wykonania umowy stron do dnia 30 kwietnia 2010 roku. Z tego oczywistego względu apelacja pozwanego w części, w jakiej kwestionuje nieuwzględnienie przez Sąd Okręgowy naliczenia przez skarżącego kar umownych za okres od 1 stycznia do 30 kwietnia 2010 roku, to jest za pierwsze 120 dni, musi być uznana za pozbawioną podstaw. Powód nie mógł bowiem popaść w opóźnienie z realizacją prac za ten okres, skoro strony zmieniły w tym zakresie postanowienie umowy, przedłużając powodowi termin do zakończenia zadania. Sąd orzekający słusznie zatem przyjął, że o opóźnieniu i jego przyczynach może być mowa dopiero za okres poczynszy od dnia 1 maja 2010 roku do końca okresów naliczania kar umownych.

Odmienne natomiast, niż przyjął to Sąd Okręgowy, winna przedstawiać się w warunkach faktycznych sprawy ocena zasadności naliczenia tych kar za dalszy okres, tj. od dnia 1 maja 2010 roku do 28 września 2010 roku co do robót w obrębie ulicy (...) oraz od dnia 1 maja 2010 roku do 15 listopada 2010 roku co do robót w ulicy (...).

Podstawowym zarzutem skarżącego w tej kwestii jest wadliwa, w jego przekonaniu, ocena przez Sąd pierwszej instancji kwestii kolizji obu sieci na obszarze realizowanych przez powoda robót budowlanych. Pozwany uważa bowiem, że powód jako profesjonalista winien był odpowiednio zanalizować zakres umowy łączącej go z Miastem R. o prace kanalizacyjne i porównać ten zakres z przedmiotem umowy zawieranej z pozwanym o prace wodociągowe, przemyśleć odpowiednią organizację wykonania obu umów i dostosować własne działania do wymogów technologicznych tej

inwestycji, czego bezpodstawnie zaniechał, dopuszczając w efekcie do spornego opóźnienia. Podkreślana była przez skarżącego całkowita w tym zakresie swoboda powoda, który jako wykonawca tak ściśle ze sobą powiązanych robót, realizowanych w znacznej części w jednym miejscu – przynajmniej gdy chodzi o obszar ulic (...), sam decydował o metodzie i kolejności wykonywanych czynności oraz sam koordynował realizację prac z obu umów.

Sąd orzekający uznał, że stopień technicznego skomplikowania tych robót i warunki techniczne, jakie musiał zachowywać powód, a do tego złe warunki atmosferyczne, a także nieaktualność reperów geodezyjnych, usprawiedliwiały opóźnienie i że z tych względów nie ma podstaw do przyjęcia, że opóźnienie to nastąpiło z przyczyn, za które powód ponosi odpowiedzialność. Zasadnie jednak strona skarżąca wskazała w tym względzie na przepis art.355 § 2 k.c. podnosząc, że należy staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Od powoda jako profesjonalisty słusznie należało oczekiwać postępowania odpowiadającego miernikowi podwyższonej, szczególnej staranności wymaganej od przedsiębiorcy w zakresie jego zawodowej działalności.

W ocenie Sąd Apelacyjny zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do całkowitego zwolnienia powoda z odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji spornych prac. Argumentem na rzecz takiego zwolnienia nie może tu być stanowisko Miasta R., które nie liczyło powodowi kar umownych i zgodziło się na przedłużenie wykonania łączącej to Miasto z powodem umowy ostatecznie do dnia 8 listopada 2010 roku. Pomimo merytorycznego powiązania przedmiotu umowy powoda z Miastem z umową zawartą z pozwaną Spółką, były to dwa odrębne kontrakty zawarte w różnej konfiguracji podmiotowej i niewątpliwie w sprawie niniejszej ocenie mogą podlegać wyłącznie przyczyny opóźnienia w wykonaniu przez powoda zakresu prac związanych z przebudową i remontem sieci wodociągowej w obrębie ulic (...). Nie ma bowiem w materiale sprawy dostatecznych podstaw faktycznych do przyjęcia, że przyczyny opóźnienia prac wodociągowych były tożsame z przyczynami opóźnienia prac kanalizacyjnych zleconych powodowi przez Miasto R. i że te same okoliczności mogły zwalniać powoda z odpowiedzialności za opóźnienie w pracach zleconych mu przez pozwanego, które, co należy podkreślić, stanowiły jedynie fragment, choć zapewne istotny, dużego zadania zleconego powodowi w ramach zamówienia publicznego kontraktem zawartym z Miastem R. nr (...) pod nazwą „Budowa kanalizacji w zlewni oczyszczalni (...) – Etap II: O.(...)” (v.K.39-79). Podczas realizacji przez powoda zadania publicznego okazało się bowiem konieczne, ze względów technologicznych, przeprowadzenie remontu przedmiotowego fragmentu sieci wodociągowej biegnącej w dwóch ulicach – K. i (...).

Ocena prawidłowości i profesjonalizmu postępowania powoda przy realizacji umowy stron nie jest jednoznaczna. Jak wynika z zeznań świadka S. B. (K.218-219) – dyrektora zatrudnionego w firmie powoda, zasadniczą przyczyną niedotrzymania terminu realizacji umowy wobec pozwanego były przesunięcia harmonogramu prac z umowy o zamówienie publiczne. Prace związane z budową kanalizacji sanitarnej przeciągały się z różnych przyczyn, takich jak błędy projektowe, sprzeciwy mieszkańców, warunki pogodowe, przeszkody organizacyjne związane z zajmowaniem pasa drogowego. Świadek wyjaśnił, że do czasu ukończenia położonej głębiej w gruncie sieci kanalizacyjnej nie można było zakończyć remontu usytuowanej nad nią sieci wodociągowej. Według tego świadka w chwili zawierania umów z pozwanym powód nie mógł przewidywać tak rozległych komplikacji i przesunięć w robotach związanych z budową kanalizacji, hamujących postęp prac zleconych przez pozwanego, bowiem problemy te ujawniały się dopiero w trakcie realizacji robót, na ich kolejnych etapach.

Jak wynika z zeznań świadków M. K. (1) (K.219-220) i S. G. (1) (K.220-222), pracowników powoda, przebudowa sieci wodociągowej w obu ulicach okazała się konieczna wobec stwierdzenia, że sieć ta w ulicach (...) koliduje z projektem sieci kanalizacyjnej realizowanej w ramach zamówienia publicznego. Okazało się bowiem, że na trasie zaprojektowanej sieci kanalizacyjnej znajdują się na tym odcinku czynne wodociągi, wymagające bezwzględnie przełożenia. Kłopoty z budową sieci kanalizacyjnej pogłębiały takie zdarzenia, jak powódź w maju 2010 roku, która zalała część już wykonanych prac, co spowodowało konieczność przeprojektowania trasy sieci kanalizacyjnej w tej części. Po podjęciu się przez powoda – jako wykonawcy sieci kanalizacyjnej w ramach zamówienia publicznego – prac przy spornym fragmencie sieci wodociągowej, okazało się, że leżą one na terenie szkód górniczych, których skutki spowodowały powstanie nowego stanu geodezyjnego na gruncie, a stare repery geodezyjne okazały się nieaktualne. Według relacji świadka M. K. już w styczniu 2010 roku prace przy wodociągach w ulicy (...) zakończono i podłączono mieszkańców

do sieci, ale był to tylko odbiór techniczny, nie końcowy, z uwagi na to, że umowa stron przewidywała, co zrozumiałe, także rekonstrukcję nawierzchni ulic, a ponadto powód nie mógł przeprowadzić odbioru, gdyż brakowało mu dokumentacji geodezyjnej. W tych warunkach inspektor nadzoru budowy w styczniu 2010 roku dopuścił wykonaną sieć wodociągową do eksploatacji, jednak jej formalny odbiór nie mógł nastąpić. Także świadek S. G. potwierdził, że mieszkańcy obu ulic pozostawali w czasie robót podłączeni do remontowanej sieci wodociągowej bez większych przerw w dostawie wody. Świadek A. H. – pracownik pozwanego – potwierdził (K.222-225), że w grudniu 2009 roku powód zgłaszał gotowość do odbioru prac wodociągowych, jednak pozwany na odbiór się nie zgodził, bowiem brakowało części prac przewidzianych w umowie, a także wymaganej dokumentacji.

Biegły sądowy K. M. natomiast w wydanej w sprawie opinii stwierdził, że w prowadzonym dzienniku budowy nie ma wpisów dotyczących utrudnień ani kolizji robót. Liczne przerwy w pracach spowodowane były niekorzystnymi warunkami pogodowymi – zimą 2009 były nadmiernie mrozy, wiosną 2010 – w maju – powódź. Według zasługującej na aprobatę oceny wyrażonej przez biegłego obie strony musiały zdawać sobie sprawę z konieczności koordynacji przez powoda robót wynikających z obu umów – z Miastem (z terminem do dnia 8 listopada 2010) i z pozwanym (z terminem do końca kwietnia 2010 roku). Pomimo tego jednak strony tych umów nie opracowały żadnego projektu organizacji prac (harmonogramu), a powód sam podjął się ich koordynacji. Biegły sądowy potwierdził prawidłowość obranej przez powoda technologii i kolejności wykonywania prac, z pierwszeństwem robót w zakresie sieci wodociągowej przed pracami przy sieci kanalizacyjnej. Realizacja zleconych powodowi robót przewidzianą w projekcie metodą bezwykopową okazała się niemożliwa. Prace realizowane przez powoda przebiegały bowiem w trudnym terenie, w którym konieczne było poprowadzenie głębokich wykopów w obrębie wąskich, gęsto zabudowanych ulic (v.opinia K.276-284 i zawarte w niej fotografie terenu spornej budowy, ustne wyjaśnienia biegłego do opinii – K.325-327). Takie położenie terenu budowy wymagało szczególnych zabiegów związanych z utrzymaniem bezpieczeństwa, bowiem wykopy przebiegały bardzo blisko fundamentów budynków pozostających pod ochroną konserwatorską i musiały być stosunkowo głębokie. Z tym z kolei, wobec braku całodobowego dozoru na budowie, wiązała się konieczność każdorazowego zasypywania wykopu po dniu pracy i odtwarzania go dnia następnego, co dodatkowo spowolniało postęp prac.

W świetle opinii biegłego, przy przyjętej przez powoda – prawidłowej w zastanych warunkach – technologii robót z góry wiadomo było, że powód nie zdoła dotrzymać terminów ich zakończenia, określonych w umowach z pozwanym. W ocenie Sądu Apelacyjnego wnioski przedstawione przez biegłego, wskazujące na nieprofesjonalne w tym zakresie zachowanie powoda, są uzasadnione i przekonujące. Powód, który zawierał umowy z pozwanym w czasie realizacji umowy o prace kanalizacyjne w ramach zamówienia publicznego, miał, a przynajmniej winien był już w dacie kontraktowania mieć odpowiednią świadomość możliwego stopnia komplikacji wynikającej z jednoczesnej realizacji obu kontraktów. Jako profesjonalny wykonawca powód winien był też w należyтым stopniu zapoznać się z warunkami geotechnicznymi miejsca wykonywania prac, położonego na terenie szkód górniczych, zadbać o prawidłową dokumentację w tym zakresie i uwzględnić przynajmniej pewne spektrum przewidywanych przeszkód na etapie kontraktowania. Nie usprawiedliwia powoda w szczególności brak jego odpowiedniej reakcji na ujawnione na budowie problemy w dacie renegotjacji terminu wykonania umowy. W czasie bowiem, gdy powód wystąpił do pozwanego o prolongatę tego terminu – w styczniu 2010 roku – znane już mu były rzeczywiste warunki wykonywania i stopień trudności obu kontraktów. Niezrozumiałe w tym stanie rzeczy jest podjęcie się przez powoda zrealizowania robót wodociągowych łącznie z rekonstrukcją nawierzchni w terminie znacznie wyprzedzającym zakończenie zamówienia publicznego, skoro wiadomo mu było, że w związku z kontynuacją prac kanalizacyjnych nawierzchnie muszą pozostać otwarte, by zachować dostęp do miejsca wykonywania dalszych etapów robót, a jako doświadczony wykonawca musiał też zdawać sobie sprawę z tego, że niewykonanie nawierzchni będzie potencjalną przeszkodą do przeprowadzenia formalnego odbioru prac wodociągowych, zaś w konsekwencji – do naliczenia kar umownych przewidzianych w umowach z pozwanym.

Ponadto powód, negując uprawnienie pozwanego do liczenia kar umownych, eksponuje jako przyczynę opóźnienia wyłącznie kwestię niecelowości rekonstrukcji nawierzchni w warunkach realizacji obu opisywanych kontraktów, natomiast nie uwzględnia tego, że brak odbioru wodociągów, skutkujący formalnym stanem opóźnienia terminu

wykonania umowy, nie wynikał tylko z braku odtworzenia nawierzchni, lecz, według pozwanego w stopniu decydującym, z nieprzedstawienia zamawiającemu koniecznej przy odbiorze robót budowlanych kompletnej dokumentacji. Pozwany wręcz twierdził, że po wykonaniu przez powoda prac przy wodociągu i podłączeniu mieszkańców powód zrekonstruował 1-metrowy pas gruntu i że to nie brak całej nawierzchni (a w każdym razie nie wyłącznie ten brak) w istocie stanął na przeszkodzie formalnemu odbiorowi tych prac.

W przedstawionych warunkach faktycznych Sąd pierwszej instancji, jak to trafnie zarzuca apelacja, nazbyt łatwo uznał domniemanie braku należytej staranności powoda przy wykonywaniu zobowiązania za skutecznie obalone. Wprawdzie bowiem nie ulega wątpliwości, że zasadniczą przyczyną opóźnienia była opisywana wcześniej kolizja w wykonywaniu prac ze wszystkich umów jednocześnie, jednak powód jako profesjonalista winien był pewien poziom tych komplikacji przewidzieć, a nadto mógł podejmować próby przeciwdziałania im – wskazywane przez biegłego. Powód natomiast, wbrew temu, nie wykazał przezorności wymaganej od profesjonalisty, podejmując się wykonania zadania z umowy stron w terminie do 30 kwietnia 2010 roku. Wbrew stanowisku powoda opinia biegłego wydana w sprawie nie prowadzi do zwolnienia go z odpowiedzialności za kary umowne, lecz przeciwnie, wskazując na kolizję obu umów (z pozwanym i z Miastem R.) wskazuje, że powód jako profesjonalista powinien ją odpowiednio uwzględnić przy zawarciu umów z pozwanym, jeśli nie w dacie pierwotnego określenia terminu zakończenia robót, to już chociażby w chwili negocjowania przedłużenia tego terminu. Nie przekonuje w tym względzie zapatrywanie powoda, że przyczyną braku wcześniejszego (terminowego) odbioru wykonanych prac wodociągowych było niewykonanie nawierzchni, usprawiedliwione koniecznością kontynuowania prac kanalizacyjnych w tym samym gruncie. Skoro bowiem konieczność taka była powodowi znana – a co do tego nie ma wątpliwości – to przewidywany termin zakończenia prac kanalizacyjnych (8 listopada 2010 roku) winien być dla powoda wskazaniem do realnego określenia terminu zakończenia robót wodociągowych. Zaniechanie powoda w tym względzie naraziło go na zgłoszenie przez pozwanego roszczeń z tytułu kar umownych, które w tych warunkach należy ocenić jako zasadne za okres po dniu 1 maja 2010 roku.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny uznał, że w części wierzytelność pozwanego z tytułu kar umownych mogła podlegać potrąceniu z wierzytelnością powoda z tytułu pozostałego wynagrodzenia za wykonane prace. Powód wyliczył te kary z tytułu umowy o wykonanie prac przy ulicy (...) na kwotę 36.788,25 zł za okres od 1.01.2010 r. do dnia 28.09.2010 r., tj. za 271 dni, z czego wynika, że kara umowna za jeden dzień opóźnienia z tego kontraktu wynosiła 135,75 zł. Ze wskazanych wcześniej przyczyn pozwany nie miał podstaw do naliczania kary umownej za pierwsze 120 dni z tego okresu, tj. za czas od 1.01. do 30.04.2010 roku. Kara umowna należąca za okres pozostały, tj. od 1.05. do 28.09.2010 r., czyli za 151 dni opóźnienia, wynosi w tym warunkach 20.498,25 zł (151 dni x 135,75 zł).

Analogicznie, powód wyliczył kary umowne z tytułu niewykonania w terminie umowy o prace przy ulicy (...) na kwotę 71.775 zł za okres od 1.01.2010 do dnia 15.11.2010 r., tj. za 319 dni, z czego wynika, że kara umowna za jeden dzień wynosiła 225 zł. Wobec braku podstaw do liczenia tej kary za pierwsze 120 dni (od 1.01. do 30.04.2010 r.), pozostaje zapłata za okres pozostałych 199 dni, w kwocie 44.775 zł (199 dni x 225 zł). Z sumy potrąconych przez pozwanego kar umownych, wynoszącej 108.563,25 zł, za zasadne należy zatem uznać to potrącenie do łącznej wysokości 65.273,25 zł (według wyliczenia: 20.498,25 zł + 44.775 zł).

Powód, wprawdzie z ostrożności procesowej, ale składał w postępowaniu niniejszym, wniosek o miarkowanie kary umownej na wypadek niepodzielenia argumentacji o braku jakiegokolwiek jego odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu umowy. Na zmniejszenie kary umownej na żądanie dłużnika pozwala przepis art.484 § 2 k.c., stanowiący, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy przypadku, gdy kara umowna jest nadmiernie wygórowana. W ocenie Sądu Apelacyjnego warunki do zastosowania powyższego przepisu zostały w niniejszej sprawie spełnione, bowiem pomimo znaczącego (a obciążającego za wskazany okres powoda) opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy – 151 dni za prace w ulicy (...) i aż 199 dni za prace w ulicy (...) – powód, co bezsporne, całość zleconych mu prac wykonał, a w dacie upływu terminu określonego w umowie stron, tj. 30 kwietnia 2010 roku, prace te były wykonane w znacznej części. Nie zostało w sprawie podważone twierdzenie powoda, mające oparcie także w zeznaniach przesłuchanych świadków, że wykonana przez niego sieć wodociągowa mogła pełnić swoje funkcje już w styczniu 2010 roku, kiedy to inspektor nadzoru

dopuszczył ją do eksploatacji pomimo braku formalnego odbioru, co umożliwiło podłączenie do niej mieszkańców. Zasadniczy cel umowy został zatem osiągnięty przy zachowaniu terminu zakończenia robót.

Pozwany podnosił wprawdzie, że wskutek opóźnienia powoda poniósł stratę 15% ubytków wody na starych wodociągach, a także wydatki na pokrycie kosztów usuwania awarii (v.K.147), jednakże powód stanowczo przeczył poniesieniu jakiegokolwiek szkody przez pozwanego wskutek opóźnienia, zaś pozwany zarzutu tego nie odparł konkretnymi faktami ani dowodami. Niewystarczające jest w tym względzie, jako zbyt ogólne, zeznanie świadka A. H., który stwierdził, że szkoda pozwanego wynikała z opóźnienia robót wodociągowych wyniosła około 70.000 zł (K.222-225). Nie pozwala to bowiem na ustalenie, z czego konkretnie szkoda taka wynika.

Jednocześnie nie sposób zaaprobować wniosku powoda, by ewentualne miarkowanie kar umownych dokonało się poprzez ich zmniejszenie do kwot po 1.000 zł z tytułu nieterminowego wykonania każdej z dwóch umów. Tak radykalne zmniejszenie należności z tego tytułu nie znajduje uzasadnienia w ustalonych w sprawie przyczynach powstania opóźnienia ani w jego rozmiarze i powodowałyby, że kara umowna utraciłaby dla każdej ze stron umowy swoje naturalne funkcje. Z tego względu, w ocenie Sądu Apelacyjnego, usprawiedliwione w warunkach sprawy jest zmniejszenie wspomnianej kary umownej o połowę, tj. do wysokości 10.249,13 zł z tytułu umowy o roboty w ulicy (...) (20.498,25 zł : 2) i 22.387,50 zł z tytułu umowy o roboty w ulicy (...) (44.775 zł : 2), tj. łącznie z obu tych umów do kwoty 32.636,63 zł. Biorąc pod uwagę przedstawione wyżej okoliczności sporu, kara umowna w powyższej kwocie odpowiada kryteriom przewidzianym w art.484 § 2 k.c. Respektuje fakt wykonania zobowiązania przez powoda i nie jest przy tym nadmiernie wygórowana, zważywszy na wartość kontraktową robót w ulicy (...) – 110.410 zł brutto, a w ulicy (...) – 183.000 zł brutto.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Apelacyjny na zasadzie art.386 § 1 k.p.c. zmienił częściowo zaskarżony wyrok, obniżając zasądzone przez Sąd Okręgowy wynagrodzenie powoda z kwoty 108.563,25 zł o kwotę powyższej kary umownej, tj. o 32.636,63 zł, tj. do wysokości 75.926,62 zł z ustawowymi odsetkami zgodnymi z orzeczeniem Sądu pierwszej instancji i niekwestionowanymi w sprawie.

W pozostałej części natomiast apelacja pozwanego, jako niezasadna, podlegała oddaleniu na podstawie art.385 k.p.c. Jak wyżej wskazano, pozwany nie miał podstaw do naliczania kar umownych za okres do dnia 30 kwietnia 2010 roku, do którego prolongował wykonawcy termin zakończenia przedmiotu umowy, a za pozostały okres kara ta, jako naliczona zasadnie, podlegała jednak zmniejszeniu o połowę. Bezprzedmiotowy w tej sytuacji stał się ostatni z zarzutów apelacji, zarzucający nieuwzględnienie przez Sąd pierwszej instancji tego, że w sprawie doszło do uznania niewłaściwego długu powoda z tytułu spornych kar umownych. Dodać ubocznie jednak należy, że Sąd Apelacyjny zarzutu tego nie podzielił. Uznania długu nie sposób dopatrywać się w wystąpieniu powoda do pozwanego z dnia 22.10.2010 r. o nienaliczanie kar umownych (K.138), skoro w piśmie tym powód, w reakcji na wcześniejszą zapowiedź pozwanego co do naliczenia kar umownych, przedstawia przyczyny opóźnienia, w jego ocenie usprawiedliwiające niedotrzymanie terminów kontraktowych, przedstawiane konsekwentnie w toku niniejszego sporu. Uznanie długu z tytułu kar umownych nie wynika też z pisma księgowej powoda w sprawie uzgodnienia sald (K.135), skoro przedstawia ono zadłużenie pozwanego wobec powoda m.in. z tytułu dwóch spornych faktur za roboty w ulicach (...), a dalsza odrębna adnotacja pochodzi od nieznanego osoby i ma charakter warunkowy. Przede wszystkim jednak uznanie roszczenia pozwanego z tytułu kar umownych za usprawiedliwione co do zasady za wskazany wyżej okres pozbawia ewentualnego znaczenia podnoszoną przez skarżącego kwestię uznania niewłaściwego.

W konsekwencji częściowej zmiany zaskarżonego wyroku konieczna jest jego odpowiednia korekta w zakresie kosztów procesu, wygranego ostatecznie w pierwszej instancji przez powoda w 70%, a przez pozwanego – w 30%. Powód poniósł przed Sądem Okręgowym koszty w łącznej wysokości 13.932 zł (6.515 zł opłata sądowa od pozwu, 2.000 zł zaliczka na biegłego, 5.400 zł z tytułu kosztów zastępstwa procesowego [3.600 zł wynagrodzenie radcy prawnego plus 1.800 zł koszty postępowania zażaleniowego] i 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa), z czego 70% należne powodowi wynosi 9.752,40 zł.



Z kolei koszty poniesione przez pozwanego w pierwszej instancji wynosiły 3.617 zł (3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika i 17 zł opłata skarbową od pełnomocnictwa), z czego należne mu od powoda 30% wynosi 1.085,10 zł.

Po skompensowaniu obu wskazanych kwot (9.752,40 zł – 1.085,10 zł), Sąd Apelacyjny zasądził od pozwanego na rzecz powoda różnicę w kwotę 8.667,30 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, zaś objętą punktem IV zaskarżonego wyroku kwotę 1.502,37 zł z tytułu nieuiszczonych wydatków obniżył o 30%, tj. do wysokości 1.051,66 zł.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd drugiej instancji orzekł na mocy art.108 § 1 k.p.c. w związku z art.98 § 1 i 3 k.p.c. Koszty postępowania apelacyjnego dla powoda wyniosły 2.700 zł, a dla pozwanego łącznie 8.129 zł (2.700 zł wynagrodzenie pełnomocnika i 5.429 zł opłata sądowa od apelacji). Wobec wygrania tego postępowania przez powoda w 70%, a przez pozwanego jedynie w 30%, należne powodowi od pozwanego koszty (70% z kwoty 2.700 zł) wynosiły 1.890 zł, zaś koszty należne pozwanemu od powoda (30% z kwoty 8.129 zł) – 2.438,70 zł. Po ich kompensacie (2.438,70 zł – 1.890 zł) pozostała różnica, w kwocie 548,70 zł, Sąd Apelacyjny zasądził od powoda na rzecz pozwanego.