

Sygn. akt I ACa 520/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Ewa Giezek
Sędziowie:	SA Barbara Lewandowska (spr.) SA Marek Machnij
Protokolant:	stażysta Arleta Żuk

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2013 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

przeciwko Gminie M. (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 2 kwietnia 2013 r. sygn. akt I C 740/11

I/ zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie I (pierwszym) w ten sposób, że zasądza od pozwanej Gminy M. (...) na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. kwotę 102.961,90 (sto dwa tysiące dziewięćset sześćdziesiąt jeden 90/100) złotych z ustawowymi odsetkami od kwoty 36.600 zł od dnia 22 stycznia 2011 r. do dnia zapłaty, a od kwoty 66.361,90 zł – od dnia 7 lutego 2011 r. do dnia zapłaty,

oddalając powództwo w pozostałej części,

b) w punkcie II (drugim) w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 12.366 (dwanaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt sześć) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II/ oddala apelację w pozostałej części;

III/ zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 7.849 (siedem tysięcy osiemset czterdzieści dziewięć) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

I ACa 520/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 kwietnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił powództwo Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. przeciwko pozwanej Gminie M. (...) o zapłatę kwoty 102.961,90 zł z ustawowymi odsetkami. Dochodzona kwota stanowi pozostałą do zapłaty część wynagrodzenia powoda za wykonane przez niego prace (36.600 zł) oraz podlegającą zwrotowi kaucję zabezpieczającą należyte wykonanie umowy (66.361,90 zł). Pozwana odmówiła zapłaty z uwagi na potrącenie z kwotą dochodzoną własnej wierzytelności z tytułu naliczonych kar umownych.

Rozstrzygnięcie zapadło w następującym stanie faktycznym ustalonym przez Sąd pierwszej instancji:

W dniu 22 marca 2010 r., w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego ogłoszonego przez pozwaną Gminę, powód zawarł z reprezentującą pozwaną przy realizacji inwestycji spółką z ograniczoną odpowiedzialnością pod nazwą (...) 2012 (dalej: (...)) umowę nr (...), w której zamawiający zlecił powodowi wykonanie badań geotechnicznych gruntu dla projektowanego tunelu pod (...) w ramach Przedsięwzięcia Połączenie (...) z (...) i Trasa (...) zadanie 4 - projektu współfinansowanego ze środków UE. W myśl Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), które łącznie z ofertą przetargową wykonawcy stanowiły integralną część umowy, przedmiot zamówienia obejmował:

- badania terenowe: roboty geodezyjne, roboty wiertnicze, prace hydrogeologiczne,
- badania laboratoryjne,
- opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (dalej: (...)) zawierającej wyniki, analizę i omówienie przeprowadzonych badań,
- opracowanie dokumentacji geotechnicznej (dalej: (...)).

Zgodnie z umową badania będące przedmiotem zamówienia powód miał przeprowadzać zgodnie z dostarczonym mu przez zamawiającego projektem, opracowanym przez Przedsiębiorstwo (...) i stanowiącym załącznik nr 7 do (...) Projekt ten szczegółowo opisywał przedmiot zamówienia i między innymi zakładał wykonanie przez powoda około 60 pomiarów sondą (...). Zawierał też szczegółowe wytyczne co do zawartości zamówionej dokumentacji, a wśród nich - nakaz uwzględnienia przy jej opracowywaniu wyników badań polowych (wiercenia, sondowania, węzły hydrogeologiczne) i badań laboratoryjnych oraz analizy materiałów archiwalnych.

W umowie wskazano, że celem tych prac jest prawidłowe rozpoznanie podłoża gruntowego dla zaprojektowania tunelu w technologii drążonej, a wyniki badań zestawione w (...) będą stanowiły podstawę do prawidłowego przyjęcia parametrów maszyny drążącej tunel. Termin wykonania umowy strony ustaliły do dnia 9 sierpnia 2010 r. Powód miał do tej daty dostarczyć do siedziby zamawiającego dokumentację sporządzoną w formie papierowej i elektronicznej, tożsamą w obu wersjach. Za wykonanie zamówienia strony przewidziały dla wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.327.328 zł brutto, określone przez powoda w ofercie przetargowej według szczegółowej kalkulacji dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

Umowa stron określała precyzyjnie procedurę rozliczania wykonawcy i przeprowadzania odbioru, przewidując wypłatę wynagrodzenia na podstawie faktur VAT wystawianych w trakcie wykonywania prac po przedstawieniu stosownej dokumentacji wraz z wymaganym protokołem jej przekazania. Po podpisaniu tego protokołu zamawiający miał sprawdzić dostarczone dokumenty i przedstawić wykonawcy swoją opinię o nich w terminie nieprzekraczającym 7 dni kalendarzowych. W przypadku stwierdzenia przez zamawiającego wad lub uchybień i zgłoszenia ich wykonawcy, powód zobowiązany został do ich usunięcia w terminie nie dłuższym niż 7 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia. Umowa przewidywała, że wykonawca może zwrócić zamawiającemu uwagę na niezasadność dokonywania zmian w przedmiocie zamówienia, nie może jednak odmówić usunięcia wad i uchybień wskazanych mu przez zamawiającego nawet wówczas, gdy w jego ocenie nie stanowią one wad ani uchybień. Jednakże w takiej sytuacji wykonawca nie ponosi w myśl umowy odpowiedzialności za wadliwość wykonanego opracowania, wynikającą z uwzględnienia wskazań zamawiającego. Dostarczenie przez powoda poprawionego przedmiotu zamówienia wymagało potwierdzenia

w formie podpisania protokołu przekazania. W przypadku dalszego stwierdzenia wad lub uchybień zgłoszonych uprzednio przez zamawiającego a nieusuniętych przez wykonawcę, ponownie miała być powtórzona opisana wyżej procedura, jednak jej uruchomienie nie wstrzymywało naliczenia wykonawcy kar umownych przewidzianych w umowie za tego rodzaju uchybienia.

Na okoliczność braku zastrzeżeń zamawiającego do wykonanej i dostarczonej mu dokumentacji oraz w celu rozliczenia strony miały sporządzić protokół zdawczo-odbiorczy dokumentacji. Termin płatności przez pozwaną za faktury wynosił 28 dni od daty jej wpływu do siedziby (...). Umowa stron przewidywała kary umowne dla wykonawcy: za nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia lub za nieterminowe usunięcie wad czy uchybień zgłoszonych przez zamawiającego - w wysokości 0,4% wartości wynagrodzenia umownego brutto za każdy kalendarzowy dzień zwłoki, a za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie powoda - w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto.

Zgodnie z § 9 wykonawca zobowiązał się do ustanowienia zabezpieczenia służącego pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a także roszczeń z tytułu rękojmi za wady i gwarancji jakości. Zabezpieczenie to miało wynosić 5% całkowitej ceny podanej w ofercie i podlegało zwrotowi w pełnej wysokości w terminie 30 dni od dnia zaakceptowanego przez zamawiającego wykonania zamówienia. Ewentualne zmiany umowy mogły być dokonywane jedynie w przypadkach wskazanych w umowie, w formie pisemnych aneksów pod rygorem nieważności.

Stosownie do umowy powód ustanowił wymagane zabezpieczenie w kwocie 66.361,90 zł. Wkrótce po podpisaniu umowy, powołując się na stanowisko współpracujących specjalistów hydrogeologów, powód zasygnalizował (...) konieczność wykonania dodatkowych odwiertów dla prawidłowego wykonania zamówienia, a także zwrócił uwagę zamawiającego na komplikacje związane z dużym ciśnieniem hydrostatycznym, jakie mogą wystąpić podczas wykonywania otworów na wodzie, choć brak było w wówczas precyzyjnych danych umożliwiających ocenę rzeczywistej skali ewentualnego problemu. W związku z tymi zastrzeżeniami powód wskazywał na celowość zmiany sondy (...) na sondę (...) oraz zgłosił potrzebę przedłużenia terminu wykonania prac do 31 sierpnia 2010 r.

Przedstawiciel zamawiającego nie wyraził zgody na zmianę urządzenia sondującego, natomiast zaakceptował celowość wykonania dodatkowych odwiertów. W związku z tym, na podstawie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, umową z dnia 16 czerwca 2010 r. powodowi zlecono dodatkowo wykonanie badań geotechnicznych gruntu dla projektowanego tunelu pod (...) polegających na wykonaniu dodatkowych otworów badawczo- hydrologicznych oraz zwiększeniu głębokości otworów badawczo- hydrologicznych, w terminie do dnia 23 sierpnia 2010 r.

Aneksem nr (...) z dnia 13 lipca 2010 r. strony zmieniły termin realizacji przedmiotu zamówienia objętego umową z dnia 22 marca 2010 r., ustalając go na dzień 23 sierpnia 2010 r. Powód przystąpił do wykonywania otworów na lądzie oraz w wodzie w celu przeprowadzenia sondowań. Na prace w wodzie - na (...) - przeznaczono po jednym dniu na każdy z otworów. W trakcie prac okazało się, że w miejscu wykonywania otworów faktycznie istotne utrudnienie stwarza bardzo wysokie ciśnienie hydrostatyczne, określane „problemem korka”. W związku z tym badania przy użyciu sondy (...) nie dawały wiarygodnych wyników i powód, również z uwagi na ograniczony czas, w którym możliwe było wykonanie otworów, bez zgody zamawiającego zmienił urządzenie sondujące na sondę (...), wykonując nią więcej sondowań niż ilość zaplanowana przy użyciu sondy (...). Metryki wierceń przekazywano na bieżąco przedstawicielom zamawiającego. Z zamierzonych 60 sondowań sondą (...) wykonano około 50, przy czym po odrzuceniu wyników niewiarygodnych wykorzystano z nich jedynie 27 badań. Żadne z ostatecznie przyjętych sondowań sondą (...) nie było sondowaniem z wody.

W terminie określonym w umowie i aneksie, do dnia 23 sierpnia 2010 r. powód wykonał dokumentację (...), bazując na wynikach badań sondą (...), uzupełnionych o badania sondami (...) oraz (...). W umówionym terminie sporządził również dokumentację (...), przy opracowaniu której nie uwzględnił projektu budowlanego planowanego tunelu, gdyż o istnieniu takiego projektu nie było poinformowany ani przez pozwaną, ani przez projektantów. W tym samym

dniu w godzinach popołudniowych do siedziby (...) dostarczono po 10 egzemplarzy każdej z dokumentacji wraz z dwoma egzemplarzami wersji elektronicznej - odebrał je pracownik ochrony i przekazał do (...) następnego dnia, tj. 24 sierpnia 2010 r.

Do powyższej dokumentacji (...) zgłosił szereg uwag krytycznych, kierując się opinią konsorcjum firm (...) SA w M. oraz autora projektu badań, tj. G. G., którzy zarzucili brak weryfikacji wyników badań archiwalnych w (...) oraz zbyt duży stopień ogólności w (...), a także brak nawiązania w niej do aktualnego projektu budowlanego tunelu. W dniu 1 września 2010 r. odbyła się narada, podczas której przedstawiciel zamawiającego przedstawił zastrzeżenia do otrzymanej dokumentacji, dotyczące głównie zakresu badań wykonanych sondą (...) oraz treści opracowania (...), zastrzegając, że pełna wersja tych uwag zostanie przedstawiona w następnym tygodniu. Przedstawiciel zamawiającego określił też, że oczekuje wykonania poprawionej dokumentacji (...) do końca września 2010 r.

Odnosnie do (...) powód zadeklarował wykonanie brakujących sondowań w miejscach i ilości proponowanych w dniu 19 sierpnia 2010 r, a (...) zadeklarowały podjęcie decyzji co do tej propozycji w dniu 2 września 2010 r. w uzgodnieniu z G. G. oraz E., zakreślając jednocześnie powodowi termin do uzupełnienia brakujących badań do 15 września 2010 r. W piśmie z dnia 3 września 2010 r., dostarczonym do siedziby powoda w piątek w godzinach popołudniowych, (...) wskazały zakres sondowań uzupełniających. Powód zapoznał się z treścią tego pisma dopiero w dniu 6 września 2010 r., zgłaszając zamawiającemu, że z uwagi na powyższe opóźnienie postulowany termin realizacji badań i uzupełnienia (...), tj. 15 września 2010 r., jest nierealny i winien zostać przesunięty na 19, a w zasadzie na 20 września 2010. Ponadto powód wskazał, że podstawowym czynnikiem warunkującym wszystkie terminy jest możliwość realizacji wierceń z wody, które według deklaracji firmy (...) mogą być rozpoczęte w dniu 13 września 2010 r. Jednak już w dniu 7 września 2010 powód skierował swoich pracowników wraz ze sprzętem do G. i 8 września przystąpiono do prac na lądzie, a od 13 września 2010 - na wodzie. W związku z bardzo wysokim ciśnieniem hydrostatycznym zaplanowano dłuższe wykonywanie badań, po 3 dni na każdy otwór. By nie opóźniać tempa prac, powód zdecydował się na prowadzenie sondowań w sposób niezapewniający pełnego bezpieczeństwa, tj. na rozpinanie platformy na wodzie i zostawianie rur w ziemi. Pomimo utrudnień wynikających z „problemu korka” część sondowań sondą (...) udało się wykonać przy bardzo dużym nakładzie pracy. Sondowania w pierwszym z otworów (B21) zakończono w ciągu 3 dni, ale prace w kolejnym zajęły już 5 dni, a w trzecim wykonywano je dwukrotnie z uwagi na zakwestionowanie przez firmę (...) otworu wykonanego pierwotnie w związku z jego zbyt małą głębokością - co przedłużyło prace o kolejne 4 dni. Badania wykonywano sondą (...).

Dodatkowo prace przy wykonywaniu otworów na wodzie komplikowała bardzo niekorzystna pogoda oraz ruch statków. W takich warunkach powód kilkakrotnie nie otrzymał zgody Kapitanatu (...) na podjęcie prac w wodzie. Pracownicy powoda na bieżąco śledzili pogodę, a o zaistniałych problemach informowali (...). Na miejscu prac codziennie obecni byli przedstawiciele powoda i zamawiającego. Ostatecznie badania zakończyły się 7 października 2010 r., do tego dnia powodowi udało się wykonać cały zakres brakujących sondowań sondą (...). W dniu 8 października 2010 powód przesłał do (...) uzgodnioną liczbę egzemplarzy uzupełnionej wersji dokumentacji (...) oraz protokół zdawczo-odbiorczy wraz z oświadczeniem i fakturą VAT na kwotę 1.020.774 zł netto plus 22% podatku VAT. Przesyłkę doręczono (...) w dniu 11 października 2010 r. Strony uzgodniły następnie, że za datę dostarczenia oprawionej dokumentacji (...) uznają dzień jej skompletowania i podpisania przez wszystkich autorów, to jest 15 października 2010 r. W dniu 29 października 2010 r. strony podpisały protokół zdawczo-odbiorczy (...), w którym oświadczone, że przekazana dokumentacja jest zgodna z wymogami zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami prawa, a także kompletna z punktu widzenia celu, któremu ma służyć.

Poprawiona (...) zawierała wyniki zbieżne z uzyskanymi na pierwszym etapie badań, a większa ilość sondowań sondą (...) nie doprowadziła do wysunięcia innych wniosków. Jedyną okolicznością nową było ujawnienie w podłożu strefy scementowanego żwiru (żwirów gliniastych), której nie dostrzeżono poprzednio na skutek odmiennej interpretacji próbek. Generalny obraz geologii oraz warstw geotechnicznych nie uległ jednak zmianie. Wprowadzono jednocześnie pełne dane archiwalne.

Także termin określony początkowo na uwzględnienie poprawek w zakresie dokumentacji (...) na dzień 30 września 2010 r. powód uznał za niemożliwy do dotrzymania. W dniu 8 września 2010 r. odbyła się kolejna narada, w trakcie której (...) przekazały powodowi opracowaną przez G. G. opinię dotyczącą (...). Strony uzgodniły, że zakres poprawek w dokumentacji (...) zostanie określony na kolejnym spotkaniu, po którym ustalą termin wykonania wersji poprawionej. Spotkanie takie odbyło się 20 września 2010 r. w M., z udziałem autorów dokumentacji geotechnicznej, przedstawicieli biur projektów wykonujących projekt budowlany i wykonawcy tunelu. Projektanci postawili szereg wymagań technicznych wynikających z doświadczenia i praktyki niemieckiej w drażeniu tuneli i sporządzaniu dokumentacji, wykonywanej w inny sposób niż przyjęty w praktyce polskiej. Na spotkaniu tym powód zobowiązał się do dostarczenia poprawionej dokumentacji (...) do połowy listopada 2010 r., jednak przy założeniu szybkiego dostarczenia mu polskiej wersji protokołu z narady. Do sporządzenia poprawionej dokumentacji powód zaangażował eksperta z Niemiec, by sprostać określonym na spotkaniu w M. wymogom odpowiadającym praktyce niemieckiej. Pierwszą wersję protokołu przesłano powodowi od koniec września, jednak powód zgłosił do niej swoje uwagi. Wersję ostateczną tego protokołu powód uzyskał w dniu 13 października 2010 r. o godzinie 23:27 w wersji elektronicznej.

Na spotkaniu w dniu 14 października 2010 w G. strony omówiły protokół narady z M. i przedyskutowały zakres koniecznych uzupełnień dokumentacji (...), a (...) określiły termin jej wykonania z poprawkami na dzień 15 listopada 2010 r. Strony uzgodniły też, że dla przyspieszenia procedury sprawdzania pracy powód będzie ją dostarczał częściami tak szybko jak to będzie możliwe. Powód wskazywał jednak na konieczność korzystania z pomocy niemieckiego eksperta i związane z tym wydłużenie terminu realizacji zadania do końca listopada 2010 r. W dniu 22 listopada 2010 powód przesłał do (...) całość poprawionej dokumentacji (...), a po zgłoszeniu zastrzeżeń ze strony zamawiającego oraz wyjaśnień ze strony wykonawcy, w dniu 23 grudnia 2010 strony podpisały protokół zdawczo-odbiorczy ze stwierdzeniem, że dokumentacja ta odpowiada umowie i jest zgodna z wymogami zamawiającego i obowiązującymi przepisami prawa, a także kompletna z punktu widzenia celu, któremu ma służyć. W tym samym dniu powód wystawił pozwanemu fakturę VAT na kwotę 36.600 zł, stanowiącą resztę wynagrodzenia za opracowanie dokumentacji. Faktura ta wpłynęła do (...) w dniu 24 grudnia 2010 r.

Zarzuty powoda do protokołu narady z dnia 14 października 2010 r. dotyczyły nieobjęcia nim części uzgodnień poczynionych z (...), w szczególności co do rezygnacji zamawiającego z dochodzenia odsetek za zwłokę w wykonaniu umowy. Pozwana Gmina notą z dnia 20 stycznia 2011 r. obciążyła powoda kwotą 148.650,65 zł tytułem kary umownej za zwłokę w usunięciu wad (...) (20 dni zwłoki) oraz w usuwaniu wad (...) (8 dni zwłoki). W treści noty wskazano, że na poczet kary umownej zaliczona zostanie należność z faktury powoda z dnia 23 grudnia 2010 na kwotę 36.600 zł. Pozwana wezwała powoda do zapłaty pozostałej części kwoty objętej notą obciążeniową w terminie 7 dni od jej doręczenia. Z kolei powód odmówił zapłaty, zakwestionował zasadność naliczenia mu kary umownej oraz wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 36.600 zł z faktury z dnia 23 grudnia 2010 obejmującej końcowe rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie umowy, a także kwoty 66.361,90 zł zatrzymanej tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wraz z odsetkami za opóźnienie, w terminie 5 dni od otrzymania wezwania.

Oświadczeniem z dnia 3 marca 2011 r. pozwana potrąciła własną wierzytelność w kwocie 148.650,65 zł z tytułu kar umownych za zwłokę z usuwaniu wad (...) i (...) w ramach umowy z dnia 22 marca 2010 r. z wierzytelnościami powoda w kwocie 36.600 zł z tytułu pozostałej, objętej fakturą z dnia 23 grudnia 2010 r. części wynagrodzenia za wykonanie tej umowy oraz w kwocie 66.361,90 zł należnej powodowi w ramach zwrotu zabezpieczenia. O sumę potrąconych kwot (102.961,90 zł) z należnymi odsetkami powód wytoczył niniejsze powództwo.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne Sąd pierwszej instancji ocenił powództwo jako niezasadne. Stosunek prawny łączący strony zakwalifikował jako umowę o dzieło i za bezsporne uznał roszczenie powoda o zapłatę pozostałej części umówionego wynagrodzenia w sytuacji, gdy dzieło to zostało wykonane i odebrane. Zasadne też, zdaniem Sądu orzekającego, jest roszczenie powoda o zwrot kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie umowy. Powód prawidłowo określił także termin, od którego mógł liczyć odsetki z tytułu opóźnienia pozwanej w zapłacie: co do kwoty 36.600 zł - po upływie 28 dni od doręczenia faktury VAT, tj. od dnia 24 grudnia 2010 r., a co do kwoty 66.361,90 zł - po upływie 30 dni od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, tj. od 23 grudnia 2010 r. Sąd pierwszej instancji wskazał,

że pozwana, dokonując potrącenia własnej wierzytelności z tytułu kar umownych, uznała faktycznie swój dług wobec powoda.

Jednocześnie Sąd orzekający zważył, że powód nie kwestionował wysokości stawki kary umownej za każdy dzień zwłoki ani prawidłowości jej rachunkowego wyliczenia przez pozwaną, podnosił natomiast, że po jego stronie nie wystąpiła zwłoka uzasadniająca co do zasady nałożenie kary. Według powoda bowiem opóźnienie w realizacji przedmiotu zamówienia było następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji przeprowadzone na wniosek powoda dowody z zeznań świadków i z dokumentów przemawiają za ustaleniem, że powód istotnie nie ponosi odpowiedzialności za występujące po dniu 24 sierpnia 2010 r. okoliczności prowadzące do opóźnienia w usunięciu wad dokumentacji. W odniesieniu do (...) Sąd Okręgowy zważył, że przedmiot zamówienia w tej części praktycznie został precyzyjnie określony dopiero we wrześniu 2010 roku po spotkaniu w M., a w konsekwencji doszło do uzgodnionego przez strony przesunięcia terminu realizacji tej części umowy do połowy listopada 2010 roku. Skoro zatem pozwana uznała, że powód oddał dzieło w dniu 23 listopada 2010 r., to naliczenie przez nią w okolicznościach sprawy kar umownych za zwłokę za okres od 16 do 23 listopada 2010 r. było, zdaniem Sądu meriti, nieuzasadnione, ponieważ opóźnienie w tym okresie nie było wynikiem okoliczności obciążających powoda.

Odnośnie do dokumentacji (...) natomiast Sąd pierwszej instancji podniósł, że po dniu 24 sierpnia 2010 r. powód podjął wszystkie niezbędne działania w celu jak najszybszego wykonania zleconego zadania, którego zakres wymagał dodatkowych uzgodnień z zamawiającym. Zdaniem Sądu nieuzasadnione są zarzuty zbyt późnego przystąpienia do prac, skoro w braku ostatecznej decyzji co do zakresu dodatkowych wierceń i sondowań podjęcie robót przed otrzymaniem ostatecznie określonego zakresu było niemożliwe. Powód nie ponosi też, zdaniem Sądu orzekającego, winy za opóźnienie spowodowane przestojami wynikającymi z obiektywnych przeszkód, takich jak złe warunki atmosferyczne czy ruch statków, skutkujące brakiem zgody Kapitanatu na wykonywanie sondowań z wody. Sąd zauważył, że w celu wykonania zobowiązania w terminie powód podjął dodatkowe ryzyko, pozostawiając na noc tratwy i rury, co świadczy o jego zaangażowaniu w jak najszybsze wykonanie niezbędnych badań w terenie, zwłaszcza tych „z wody”. Sąd podniósł nadto, że przedstawiciele pozwanej nie stwierdzili opieszałości czy braku aktywności po stronie pracowników powoda we wrześniu i październiku 2010 roku.

Jednocześnie Sąd pierwszej instancji wskazał, że dla oceny odpowiedzialności powoda za opóźnienie w uzupełnieniu braków (...) bez znaczenia pozostaje kwestia wprowadzenia danych archiwalnych, bowiem czas uzupełnienia (...) był zdeterminowany koniecznością wykonania brakujących sondowań, a przy tym zobowiązanie umowne w tym zakresie zostało sformułowane tak ogólnie, że nie sposób upatrywać nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda w niewprowadzeniu w całości danych archiwalnych w dokumentacji z sierpnia 2010 r.

Pomimo takiej oceny stanu faktycznego Sąd Okręgowy oddalił powództwo uznając, że opóźnienie w przekazaniu (...) było wynikiem okoliczności, za które powód ponosi odpowiedzialność, a występujących w okresie poprzedzającym przekazanie pierwszej wersji dokumentacji. Sąd orzekający zważył bowiem, że opóźnienie w usuwaniu wad (...) było spowodowane uchybieniami na etapie poprzedzającym oddanie (...) w sierpniu 2010 r. W przypadku (...) powód dopiero na etapie usuwania wad dokumentacji poznał nowe wytyczne co do kształtu przedmiotu zamówienia i dlatego nie ma związku pomiędzy ewentualnymi uchybieniami powoda przy wykonywaniu dzieła w okresie przed 23 sierpnia 2010 a opóźnieniem w usuwaniu wad dokumentacji w okresie późniejszym. W przypadku zaś (...) powód uzyskał wprawdzie nowe wytyczne co do miejsca wykonywania odwiertów i sondowań (...), ale fakt ten nie miałby w ogóle miejsca i powód nie byłby zmuszony do prowadzenia takich sondowań, gdyby na pierwszym etapie prac wykonał wszystkie sondowania przewidziane umową. To, że ich nie wykonał, spowodowało późniejszą konieczność usuwania wad i wydłużenie czasu trwania tej czynności. Sąd orzekający zważył, że z materiału dowodowego wynika, iż okres usuwania wad w (...) odpowiadał faktycznie okresowi wykonywania sondowań (...) w liczbie brakującej do wskazanej w umowie. Zdaniem Sądu, samowolnie odstępując początkowo od badań sondą (...) powód działał na własne ryzyko, a późniejsze (we wrześniu - październiku) uzupełnienie liczby otworów i badań świadczy o tym, że wykonanie zamówionych sondowań było możliwe i nie można przyjąć, iż problemy z ciśnieniem hydrostatycznym

uniemożliwiały ich wcześniejsze wykonanie - wymagało to jedynie większego czasu i nakładu pracy niż pierwotnie planowano. Skoro zatem opóźnienie w uzupełnieniu (...) było wynikiem niewykonania dostatecznej liczby sondowań (...) w okresie przed 23 sierpnia 2010 r., to nie sposób przyjąć, że opóźnienie będące wynikiem konieczności wykonania części prac, które miały być wykonane do 23 sierpnia 2010 r. było efektem okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności.

Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska powoda, zgodnie z którym niewykonanie wszystkich sond (...) przed 23 sierpnia 2010 nie może być okolicznością uzasadniającą naliczenie kar umownych, ponieważ kary te zostały naliczone na podstawie § 8 ust. 1b umowy, tj. za zwłokę w usunięciu wad lub uchybień w przedmiocie zamówienia, do czego umowa przewidywała termin 7 dni. Termin ten nie został dochowany, ponieważ powód zaniechał wykonania części prac przewidzianych umową w okresie poprzedzającym przekazanie dokumentacji. Pomiedzy tym zaniechaniem a okresem uzupełnienia braków występuje normalny związek przyczynowy i uzasadnione było, w ocenie Sądu pierwszej instancji, naliczenie przez pozwaną kary umownej za powstałą zwłokę za okres od dnia 22 września do dnia 11 października 2010 r., tj. do dnia doręczenia poprawionej dokumentacji (...) do siedziby zamawiającego. Okres ten wyniósł 20 dni, a kara umowna - łącznie 106.179,04 zł. W sytuacji gdy powód dochodził kwoty niższej (102.961,90 zł), na mocy art.498 § 2 k.c. wskutek złożonego oświadczenia o potrąceniu obie wierzytelności uległy umorzeniu do wysokości wierzytelności niższej, co oznacza całkowite umorzenie wierzytelności powoda. W tych warunkach powództwo uległo oddaleniu na mocy art.498 § 2 k.c., art.483 § 1 k.c. i § 8 umowy. O kosztach procesu Sąd orzekł na mocy art.98 § 1 i 3 k.p.c.

Od przedstawionego wyroku powód wniósł apelację, zarzucając:

- a) błędne przyjęcie, że na opóźnienie w usunięciu wad złożonej przez niego dokumentacji (...) miały wpływ okoliczności związane z jej wykonaniem w ramach podstawowego terminu umownego, podczas gdy okoliczności te nie mogły mieć wpływu na usunięcie zgłoszonych wad,
- b) błędne przyjęcie, że okoliczności wykonania przedmiotu umowy w terminie umownym mają lub mogą decydować o odpowiedzialności wykonawcy za przekroczenie terminu wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, podczas gdy okoliczności te decydują jedynie o należyтым bądź nienależyтым wykonaniu umowy w pierwotnie ustalonym terminie,
- c) błędne uznanie, że między stronami nie doszło do ustalenia nowego terminu na usunięcie zgłoszonych do dokumentacji (...) wad i usterek, a co za tym idzie pomiędzy stronami obowiązywał określony w § 7 ust.9 umowy 7-dniowy termin, pomimo, że z zebranego materiału dowodowego wynikało, iż nowy termin został określony przez strony na dzień 21 września 2010 r.,
- d) w przypadku uznania bezzasadności powyższych zarzutów, z ostrożności procesowej, powód podniósł również zarzut błędnego ustalenia stanu faktycznego, polegający na pominięciu okoliczności związanych z zawartym w dniu 14 października 2010 r. pomiędzy stronami porozumieniem o odstąpieniu przez obie strony od zgłaszania roszczeń finansowych, w tym przez powoda związanych z wykonaniem dodatkowych robót, zaś przez pozwaną wynikających z ewentualnych kar umownych.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje, w tym - kosztów zastępstwa procesowego podwyższonych do podwójnej stawki minimalnej za postępowanie pierwszoinstancyjne z uwagi na zawilość sprawy i duży nakład pracy z tym związany, ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji, przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwana wniosła odpowiedź na apelację, domagając się jej oddalenia i zasądzenia od powoda kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja w zasadniczej części zasługuje na uwzględnienie. Sąd Apelacyjny podzielił w pierwszym rzędzie ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, które są szczegółowe i wyczerpujące, przez co winny stanowić należyte oparcie faktyczne także dla niniejszego rozstrzygnięcia. Zdaniem Sądu Apelacyjnego akceptacji wymagają także te rozważania Sądu orzekającego, które odnoszą się do oceny zasadności naliczenia przez pozwaną kary umownej za nieterminowe wykonanie przez powoda dokumentacji (...). Sąd Okręgowy trafnie ustalił i zanalizował przebieg wykonania tego elementu umowy i uwzględniając powiązane z nim okoliczności faktyczne doszedł do prawidłowego wniosku, że pozwana nie miała usprawiedliwionych podstaw do naliczenia powodowi kary umownej za spóźnione o 8 dni przekazanie zamówionej dokumentacji geotechnicznej (...), wobec czego brak było w tym zakresie wiarygodności wzajemnej nadającej się do potrącenia. Odwołać się w tym miejscu w całości należy do trafnych wywodów Sądu Okręgowego, bez potrzeby ponownego ich przytaczania.

Odmienne natomiast ocenił Sąd Apelacyjny podstawy do obciążenia powoda odpowiedzialnością z tytułu kary umownej w części wynikającej ze spóźnionego w stosunku do treści umowy oddania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (...), według strony pozwanej o 20 dni. Umowa stron przewidywała szczegółową procedurę odbioru dzieła przez zamawiającego: po wykonaniu i przekazaniu go wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym zamawiający dysponował terminem 7-dniowym na sprawdzenie zgodności dzieła z zamówieniem i na złożenie swojej opinii w tym względzie. W razie dostrzeżenia i zgłoszenia wad dzieła wykonawcy, ten uzyskiwał kolejny termin 7 dni na usunięcie wad. Oddanie poprawionego dzieła następować miało według takiej samej procedury, która mogła powtarzać się nawet kilkakrotnie, z tym, że stwierdzenie przez zamawiającego, iż wad nie usunięto lub że dzieło wymaga dalszych napraw, nie zwalniało wykonawcy z odpowiedzialności z tytułu kary umownej za niedotrzymanie określonego w umowie terminu usunięcia wszelkich wad przedmiotu zamówienia.

W umowie strony ustaliły odrębne kary umowne za zwłokę w realizacji przedmiotu zamówienia oraz odrębne - za zwłokę w usuwaniu wad przedmiotu umowy. W przedmiotowej sprawie pozwana powołuje się na zarzut potrącenia kar umownych naliczonych wyłącznie za drugie z wymienionych wyżej uchybień wykonawcy, tj. za zwłokę powoda w usuwaniu wad dokumentacji (w omawianym przypadku - (...)).

Podkreślenia wymaga niekwestionowana w sprawie ścisła współpraca zamawiającego i wykonawcy, ukierunkowana na zapewnienie prawidłowego efektu zleconych powodowi badań, mających kluczowe znaczenie dla kosztownej, nietypowej w warunkach krajowych i prestiżowej inwestycji, jaką miała być budowa podwodnego tunelu. Ustalony przez Sąd pierwszej instancji stan faktyczny precyzyjnie obrazuje, przed jakimi trudnościami stał inwestor, a wraz z nim wykonawcy tak skomplikowanego technicznie zadania. Niesporne jest, że przedmiot zamówienia od strony technicznej i praktycznej został w znaczącej części sprecyzowany już po zawarciu umowy i po zasięgnięciu opinii specjalistów spoza stosunku umownego, w tym - ekspertów zagranicznych. Obie strony z wielką ostrożnością podchodziły do wszystkich aspektów projektowanej budowy, stąd przeciągające się w czasie liczne narady, sporządzanie opinii i namysł nad każdym kolejnym krokiem podejmowanym w związku z przyszłą budową, a także ścisłe współdziałanie stron i uzgadnianie wszelkich decyzji związanych z prowadzonymi pracami badawczymi.

Wskazać należy, że początkowo termin realizacji przedmiotu umowy strony uzgodniły na dzień 9 sierpnia 2010 r. Wkrótce jednak po przystąpieniu do wykonywania zamówienia powód zgłosił zamawiającemu rysujące się według niego problemy, wskazując na potrzebę wykonania dodatkowych odwiertów i zwiększenia ich głębokości, zagrożenie bardzo wysokim ciśnieniem hydrostatycznym przy badaniach w dnie (...) (szybko potwierdzone w praktyce wystąpieniem tzw. „efektu korka”), celowość zmiany urządzenia sondującego, bowiem według oceny wykonawcy badania zleconą sondą (...) nie dawały miarodajnych wyników, wreszcie - potrzebę wydłużenia terminu wykonania dzieła do końca sierpnia 2010 r. Z postulatów tych zamawiający uwzględnił potrzebę wykonania dodatkowych odwiertów i zwiększenia ich głębokości oraz przesunięcia terminu wykonania umowy do dnia 23 sierpnia 2010 r.

Poza sporem pozostaje fakt, że powyższy termin wykonania zamówienia został przez powoda dotrzymany, bowiem zamówiona dokumentacja została o czasie przedstawiona zamawiającemu. Okoliczność ta wyłącza możliwość obciążenia wykonawcy karami umownymi za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Niesporne również w sprawie jest to, że oddane zamawiającemu dzieło miało wady, usprawiedliwiające skorzystanie z uprawnienia do

żądania ich usunięcia w terminie określonym w umowie, pod rygorem zastosowania przez pozwaną sankcji w postaci kary umownej za zwłokę w usunięciu zgłoszonych wad. Trafnie w tym zakresie powód zwraca w apelacji uwagę na ustanowienie w umowie stron dwóch całkowicie odrębnych zdarzeń, których wystąpienie miało powodować powstanie odpowiedzialności wykonawcy wobec zamawiającego w postaci kar umownych - za zwłokę w wykonaniu dzieła i za zwłokę w usunięciu jego wad. Z tej przyczyny, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie ma racji Sąd pierwszej instancji, obciążając powoda odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za opóźnienie w usuwaniu wad dzieła z przyczyn powstałych nie w procesie ich usuwania, lecz w fazie wykonywania dzieła, zakończonej - jak wyżej wskazano - jego terminowym oddaniem zamawiającemu. De facto bowiem oznaczałoby to obciążenie powoda nie odpowiedzialnością za zbyt długie w stosunku do zakreślonego terminu usunięcie wad, lecz odpowiedzialnością za powstanie obowiązku ich usunięcia, czyli za samo ich wystąpienie - zdaniem Sądu meriti zawinione przez powoda. Według stanowiska Sądu pierwszej instancji gdyby powód prawidłowo realizował umowę od chwili przystąpienia do robót, to nie powstałaby potrzeba usuwania wad i w tym sensie ponosić winien odpowiedzialność za nieterminowe wydanie naprawionego przedmiotu zamówienia.

Stanowiska powyższego Sąd Apelacyjny nie podzielił, gdyż - jak wyżej wskazano - podkreślenia wymaga w sprawie uzgodniona w kontrakcie przez strony odrębność zdarzeń stanowiących podstawę do naliczenia kar umownych. W odniesieniu do procedury zgłaszania i usuwania wad umowa jednoznacznie przewiduje taką odpowiedzialność wykonawcy wyłącznie za zwłokę w usunięciu wad lub uchybień w przedmiocie zamówienia, tj. za niezachowanie w tym względzie terminu 7-dniowego. Jest to odpowiedzialność niezależna od przyczyn wystąpienia wad i odnosi się jedynie do procesu ich usuwania, a nie ich powstania.

Jak wynika z przedstawionych wyżej ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji, po terminowym oddaniu przedmiotu zamówienia pozwanej strona zamawiająca przystąpiła do jego oceny, w wyniku której zgłosiła - w zakresie dokumentacji (...) dwa rodzaje zastrzeżeń: brak weryfikacji wyników badań archiwalnych (zasadnie ocenione przez Sąd meriti jako okoliczność niemająca decydującego wpływu na termin zakończenia prac nad (...) w sytuacji kontynuowania prac badawczych podłoża) oraz niedostateczną dla uzyskania miarodajnego wyniku ilość badań wykonywanych sondą (...). Zgłoszenie to nastąpiło w dniu 1 września 2010 r., zatem w myśl umowy powód miał od tej daty termin 7 dni na wyeliminowanie wskazanych uchybień. Obie strony miały jednak na uwadze doniosłość prowadzonych przez powoda badań dla uzyskania miarodajnej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, która miała stanowić podstawę dla projektu i późniejszego wykonania tunelu. Z tej przyczyny zamawiający sam potrzebował czasu na analizę sytuacji i podjęcie decyzji co do tego, jaki ma być praktyczny zakres korekty prac wykonanych przez powoda, a powód miał uzasadnioną tym faktem potrzebę wyczekiwania na decyzję zamawiającego, przede wszystkim co do kluczowej kwestii ilości i rodzaju odwiertów w dniu (...) Stanowisko sprecyzowane w tym zakresie przez zamawiającego powód otrzymał dopiero w dniu 6 września 2010 r., a z uwagi na skomplikowany technicznie charakter tych prac strony (na narzędzie przeprowadzonej w dniu 8 września 2010 r.) uzgodniły termin wykonania prac usuwających wady dzieła na dzień 20 września 2010 r.

W materiale dowodowym sprawy brak jest podstaw do przypisywania powodowi braku należytej staranności w usuwaniu wad dzieła w okresie od uzgodnienia zakresu poprawek (tj. od 6 września 2010 r.) aż do ich zakończenia, co zresztą prawidłowo stwierdził Sąd pierwszej instancji, podkreślając wysokie zaangażowanie wykonawcy w jak najsprawniejsze przeprowadzenie koniecznych prac badawczych, w tym - odwiertów w wodzie, dokonywanych w warunkach szczególnego ryzyka. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nawet przy przyjęciu stanowiska Sądu pierwszej instancji, że zawinienie powoda w przedłużonym usuwaniu wad dokumentacji wywodzi się z nieprawidłowego wykonywania przez niego umowy w pierwszej fazie robót (do czego - jak wyżej wskazano - nie ma w sprawie podstaw), nieuzasadnione byłoby przypisanie powodowi nienależytej staranności polegającej na tym, że przy wykonywaniu badań w tamtej fazie realizacji zamówienia zmienił technikę badań w dniu akwenu wbrew umowie stron. Powód wskazywał bowiem, jako profesjonalista, na występujące podczas badań problemy z ciśnieniem hydrostatycznym i na uzyskiwanie, według jego oceny, niemiarodajnych wyników badań sondą (...), a także na celowość zwiększenia liczby odwiertów. Wskazać należy w tym miejscu na zeznania przesłuchanych w sprawie świadków P. N. (v.K.328v.-329v.) i J. M. (K.330 i v.), z których wynika, że według oceny fachowców zajmujących się sprawą wykonania zamówienia

prorowadzenie odwiertów metodą i w miejscach zgodnych z dostarczonym powodowi projektem, na podstawie którego miały być przeprowadzone badania podłoża, nie było odpowiednie ze względu na charakter badanego gruntu. Z tej przyczyny wątpliwości zostały niezwłocznie zgłoszone zamawiającemu z propozycjami ewentualnych zmian. Żadna ze stron nie miała wówczas całkowitej pewności, czy obawy wykonawcy są w tym zakresie uzasadnione. Także zamawiający mógł mieć obawy o wiarygodność badań, na podstawie których podejmowane będą późniejsze decyzje w procesie drążenia i budowy tunelu, toteż ostatecznie wyraził zgodę na niektóre propozycje wykonawcy. Dopiero rzeczywiste przeprowadzenie dodatkowych odwiertów i pogłębienie otworów postulowane przez powoda, przy zachowaniu techniki badań sondą (...) zgodnie z wymaganiami zamawiającego, pozwoliły na uzyskanie ostatecznego potwierdzenia dotychczasowych wyników badań. Bez ich wykonania strony nie miałyby takiej pewności, jaką osiągnęły poznając końcowy rezultat pracy powoda. Obie strony dochodziły zatem w procesie decyzyjnym do określenia ostatecznej ilości i głębokości oraz technologii odwiertów.

W specyficznych warunkach realizacji umowy strony zachowywały się racjonalnie, działając z namysłem i rozważą, a zaproponowanie przez powoda zmiany technologii wykonywania otworów w wodzie trudno w okolicznościach faktycznych sprawy uznać za wyraz dążenia li tylko do ułatwienia sobie pracy. Przy tak specjalistycznym przedmiocie zamówienia powód jako wykonawca zachował się zgodnie z dyspozycją art.634 k.c., niezwłocznie zawiadamiając zamawiającego o okolicznościach, które, według jego oceny, mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu dzieła. Także umowa stron zawierała zapisy, umożliwiające wykonawcy zgłoszenie zastrzeżeń i akceptujące zwolnienie go z odpowiedzialności w sytuacji zastosowania się do - nawet błędnych - wskazań zamawiającego, na którego przejść w takim wypadku miało ryzyko błędnych wyników badań podłoża, w którym miał być usytuowany tunel.

Z tych względów, w ocenie Sądu Apelacyjnego, niezależnie od braku podstaw w umowie stron do obciążenia powoda odpowiedzialnością w postaci kary umownej za powstanie po jego stronie obowiązku usuwania wad, tj. za oddanie dzieła z wadami, należy stwierdzić, że do powstania tych wad nie doszło z powodu braku należytej staranności ze strony powoda, rozumianej jako lekceważenie obowiązków kontraktowych czy zwykłe wygodnictwo. Ocena taka nie znajduje bowiem wystarczającego oparcia dowodowego, a okoliczności faktyczne, w jakich przebiegało wykonywanie umowy, świadczą o braku uchybień w działaniu wykonawcy. Sąd Okręgowy zajął w sprawie stanowisko niekonsekwentne przyjmując, że w okresie od 6 września 2010 r., tj. od otrzymania ostatecznych wskazań zamawiającego co do sposobu wykonywania zamówienia, nie można powodowi niczego zarzucić w kwestii odpowiedniego zaangażowania w realizację umowy, a jednocześnie uznając, że ponosi on odpowiedzialność za nieterminowe oddanie poprawionego dzieła. W rzeczywistości bowiem Sąd orzekający niesłusznie założył, że powód winien odpowiadać z tytułu kary umownej naliczonej nie za opóźnienie w usuwaniu wad dzieła (tak jak to przewidywała umowa), a za powstanie obowiązku usuwania wad dzieła (za co brak w umowie stron podstaw do naliczenia kary umownej).

Reasumując, apelacja powoda zasadnie zarzuca przyjęcie przez Sąd orzekający błędnej oceny przyczyn opóźnienia w usuwaniu wad dokumentacji (...) i nieuwzględnienie tego, że w świetle treści umowy stron naliczenie przez pozwaną kary umownej za nieterminowe usunięcie wad tej dokumentacji zarówno w zakresie terminu, jak i oceny przyczyn opóźnienia winno odnosić się do okoliczności zaistniałych po upływie 7 dni licząc od daty zgłoszenia wad i uchybień, to jest po rozpoczęciu biegu przewidzianego w umowie terminu na usunięcie tych wad i uchybień. Tym samym, uwzględnienie okoliczności zaistniałych przed zgłoszeniem wad i przed wezwaniem do ich usunięcia, jako stanowiących zawinioną przyczynę opóźnienia w przywróceniu dzieła do stanu akceptowanego przez zamawiającego, nie znajduje podstaw w treści umowy łączącej strony.

Jednocześnie negatywnie ocenić trzeba podniesione w apelacji powoda supozycje co do wyznaczenia przez zamawiającego nieodpowiedniego, tj. zbyt krótkiego terminu do usunięcia wad i uchybień przedmiotu zamówienia, jako potencjalnej przyczyny niedotrzymania tego terminu przez wykonawcę. Należy bowiem zważyć, że do uzgodnienia tego terminu dla dokumentacji (...) doszło przy pełnym współdziałaniu stron i po uzyskaniu konsensusu - na naradzie roboczej w dniu 8 września 2010 r. powód zaproponował termin zakończenia tego elementu umowy do dnia 20 września 2010 r., a przedstawiciele pozwanej wyrazili na ten termin zgodę. Zakładając wysoki stopień profesjonalizmu obu kontrahentów przy realizacji przedmiotu umowy przyjąć należy, że każda ze stron w sposób

racjonalny i przemyślany oceniała perspektywę czasową, w jakiej możliwe jest należyte wykonanie całości zadania nałożonego na powoda.

Za niezasadny Sąd Apelacyjny uznał także zarzut powoda (przedstawiany „z ostrożności procesowej”) co do ustalonej wspólnie przez strony rezygnacji z wzajemnych roszczeń, w tym - przez pozwaną z roszczeń z tytułu kary umownej. Pomijając to, że umowa stron, jako zawarta w trybie ustawy o zamówieniach publicznych nie mogła być zmieniona, i to co do tak istotnego elementu, w drodze ustnych uzgodnień, należy przede wszystkim wskazać na brak podstaw dowodowych potwierdzających tego rodzaju tezę powoda. Z zeznań świadka M. K. (K.327-328v.), współpracownika powoda obecnego na naradzie stron w dniu 14 października 2010 r., wynika jedynie, że z zasłyszanej przez niego wówczas rozmowy pomiędzy przedstawicielami obu stron zrozumiał, iż jeśli powód zrezygnuje z żądania dodatkowego wynagrodzenia za dodatkowe odwierty, to zamawiający zrezygnuje z żądania kar umownych. Świadek przyznał, że jego udział w naradzie stron nie wiązał się z kwestiami rozliczeń finansowych zamówienia i że nie znał szczegółów dotyczących rozliczeń stron. Świadek podał, że we wspomnianym spotkaniu udział brali „pan B., no krótko wpadła chyba pani dyrektor, pan T., okresowo ja, nie pamiętam czy ktoś jeszcze” (v.K.328v.). Brak jest ponadto w tym stanie rzeczy podstaw do przyjęcia, że nawet jeśli strony czyniły bądź rozważały jakieś wzajemne ustępstwa w stosunku do treści umowy, to że pochodziły one od osób uprawnionych do reprezentacji każdej ze stron. Trafnie zatem Sąd pierwszej instancji ocenił tezę powoda o zrzeczeniu się przez pozwaną roszczeń z tytułu kar umownych za gołosłowną i nieudowodnioną.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny, uznając brak podstaw do naliczenia przez pozwaną kary umownej za niezachowanie terminu usunięcia wad dzieła, a tym samym - brak wiarygodności wzajemnej pozwanej, podlegającej potrąceniu, zmienił zaskarżony wyrok na zasadzie art.386 § 1 k.p.c. w punkcie I (pierwszym) poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda dochodzonej kwoty 102.961,90 zł z tytułu pozostałej części wynagrodzenia oraz zwrotu kwoty zabezpieczenia wykonania umowy, wraz z ustawowymi odsetkami:

- od kwoty 36.600 zł od dnia 22 stycznia 2011 r. do dnia zapłaty (v.K.III - faktura VAT), zgodnie z zasadnym żądaniem pozwu,
- od kwoty 66.361,90 zł od dnia 7 lutego 2011 r. do dnia zapłaty.

Sąd Apelacyjny zważył, że ostatecznie wezwanie do zapłaty przez pozwaną tej kwoty powód wystosował pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. (K.114-115), żądając zwrotu kwoty zabezpieczenia w terminie 5 dni od daty doręczenia pisma. Pismo to wysłano na adres pozwanej w dniu 28 stycznia 2011 r. (v.K.116). Przyjmując założenie, że korespondencja powyższa dotarła do pozwanej do dnia 1 lutego 2011 r., termin zakreślony przez powoda rozpoczął bieg w dniu 2 lutego, a zakończył bieg 6 lutego 2011 r. W tych warunkach Sąd Apelacyjny przyjął, że począwszy od dnia 7 lutego 2011 r. pozwana popadła w opóźnienie w zapłacie dochodzonej kwoty, co z mocy art.481 § 1 k.c. uprawniało powoda do domagania się od niej odsetek ustawowych. W pozostałej natomiast części, tj. co do roszczenia o odsetki od kwoty 66.361,90 zł za okres od 23 stycznia do dnia 6 lutego 2011 r. powództwo, jako niezasadne, wymagało oddalenia. W tej samej części, z mocy art.385 k.p.c., oddaleniu uległa apelacja powoda.

Odpowiednio do powyższej modyfikacji korekty wymagało także orzeczenie o kosztach procesu, zatem zgodnie z art.98 § 1 i 3 k.p.c. Sąd Apelacyjny zmienił nadto zaskarżony wyrok w punkcie II (drugim) poprzez zasądzenie z tego tytułu od pozwanej na rzecz powoda kwoty 12.366 zł. Na kwotę tę składa się zwrot uiszczony przez powoda kwoty 5.149 zł tytułem opłaty sądowej od pozwu (K.23) oraz wynagrodzenie pełnomocnika powoda w wysokości podwójnej stawki minimalnej wynoszącej 3.600 zł, tj.7.200 zł, określonej w oparciu o przepisy § 6 pkt 6 w związku z § 2 ust.1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. 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.). W ocenie Sądu Apelacyjnego stawka minimalna wynagrodzenia zasługiwała na podwojenie zgodnie z wnioskiem strony, z uwagi na znaczny nakład pracy pełnomocnika, a także charakter sprawy i wkład pracy pełnomocnika powoda w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia. Podstawę prawną zwiększenia wysokości wynagrodzenia stanowił § 2 ust.1 i 2 wskazanego wyżej rozporządzenia. Do zasądzonych

na rzecz powoda kosztów procesu zaliczyć nadto należy kwotę 17 zł z tytułu uiszczonej opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd drugiej instancji orzekł na zasadzie art.108 § 1 k.p.c. w związku z art.98 § 1 i 3 k.p.c. oraz na podstawie § 6 pkt 6 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 powołanego rozporządzenia. Na kwotę zasądzoną (7.849 zł) z tytułu tych kosztów składa się 5.149 zł jako zwrot wniesionej przez powoda opłaty sądowej od apelacji oraz kwota 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w jednokrotnej stawce minimalnej, zgodnie z wnioskiem zawartym w apelacji.