

Sygn. akt I ACa 565/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2013 roku

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Jerzy Nawrocki (spr.)
Sędzia:	SA Bożena Oworuszko
Sędzia:	SA Alicja Surdy
Protokolant	Sekretarz sądowy Magdalena Szymaniak

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2013 roku w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa Skarbu Państwa reprezentowanego przez Starostę (...)

przeciwko T. S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Zamościu z dnia 4 czerwca 2013 roku, sygnatura akt I C 200/13

I. zaskarżony wyrok zmienia w całości w ten sposób, że:

- zasądza od T. S. na rzecz Skarbu Państwa reprezentowanego przez Starostę (...) 60.815,96 (sześćdziesiąt tysięcy osiemset piętnaście złotych dziewięćdziesiąt sześć groszy) zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 34.751,98 (trzydzieści cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt jeden złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) zł od dnia 22 stycznia 2010 roku i od kwoty 20.063,98 (dwadzieścia tysięcy sześćdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt osiem groszy) zł od dnia 8 maja 2010 roku;
- w pozostałej części powództwo oddala;
- koszty procesu pomiędzy stronami wzajemnie znosi;
- nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sąd Okręgowy w Zamościu od T. S. 3.041 (trzy tysiące czterdzieści jeden) zł tytułem opłaty sądowej od pozwu, od uiszczenia której powód był zwolniony;

II. w pozostałej części apelację oddala;

III. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty procesu poniesione przez strony w postępowaniu apelacyjnym;

IV. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sąd Okręgowy w Zamościu od T. S. 3.041 (trzy tysiące czterdzieści jeden) zł tytułem opłaty sądowej od apelacji, od uiszczenia której powód był zwolniony.

IA Ca 565/13

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 4 czerwca 2013r. Sąd Okręgowy w Zamościu po rozpoznaniu sprawy z powództwa Skarbu Państwa reprezentowanego przez Starostę (...) przeciwko T. S. o zapłatę oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego 7200zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powód w sprawie wnosił o zasądzenie od pozwanego 135 532,71zł tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy.

Sąd Okręgowy ustalił co następuje:

Strony zawarły w dniu 6 listopada 2009 r. umowę, w której Skarb Państwa reprezentowany przez Starostę (...) zlecił T. S. jako wykonawcy zamówienie polegające na wykonaniu przebudowy dróg lokalnych i dojazdowych do gruntów rolnych na terenie obrębu P. gmina P. w zakresie części 3 Drogi dojazdowe (...), zgodnie ze złożoną ofertą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia stanowiącymi integralną część umowy. Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia strony określiły na poziomie 1737598,72zł [Sąd Okręgowy błędnie wskazał kwotę 3.726.478,43 zł (k. 5-9 – (...) umowy z dnia 6 listopada 2009 r., k. 8, oferta k. 208).

W(...) umowy strony ustaliły, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany do dnia 29 grudnia 2009 r.

W (...) ustaliły odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy w formie kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

- a) za każdy dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu zamówienia karę w wysokości 0,1% ceny brutto zamówienia,
- b) za odstąpienie od wykonania umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto zamówienia,
- c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przez zamawiającego, w wysokości 0,1% ceny brutto zamówienia – za każdy dzień zwłoki.

Prace budowlane już od samego początku tj. 9 listopada 2009r. były prowadzone w trudnych warunkach, bowiem w październiku 2009 r. spadł śnieg i występował mróz (k. 497-498v - wyjaśnienia pozwanego).

W dniu 29 grudnia 2009 r. inspektor nadzoru – co wynika z umowy z dnia 12 listopada 2009r., S. M. (1) poinformował stronę powodową, że zaawansowanie robót budowlanych w omawianej inwestycji na dzień 29 grudnia 2009 r. wyniosło 93% i jednocześnie stwierdził, że niedotrzymanie terminu zakończenia robót przez wykonawcę było spowodowane niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi (k. 14 – raport).

Sąd uznał w oparciu o zeznania świadka A. M., pełniącego funkcję kierownika budowy, że do dnia 31 grudnia 2009 r. pozwany wykonał 100% zamówionych robót budowlanych (k. 187v – zeznania świadka A. M.) i w dniu tym zgłosił stronie powodowej odbiór wykonania zamówionych robót [pismo z dnia 31 grudnia 2009r. k. 38].

Potwierdzenie zakończenia robót budowlanych złożył też A. K. (1) jako inspektor nadzoru, potwierdzając gotowość zadania do odbioru [pismo z dnia 31 grudnia 2009 r.).

W odpowiedzi na powyższe pisma zamawiający ustalił termin odbioru robót na dzień 5 stycznia 2010 r. i poinformował o tym T. S.. Następnie termin ten przesunięto na dzień następny, to jest na 6 stycznia 2010 r. (k. 40 - pismo z dnia 4 stycznia 2010 r., k. 41 - pismo z dnia 5 stycznia 2010 r.).

W dniu 6 stycznia 2010 r. komisja powołana przez Starostę (...), przy

udziale obu inspektorów nadzoru i przedstawicieli wykonawcy stwierdziła brak możliwości odbioru wykonanych robót z powodu zalegającej warstwy śniegu i niskich, ujemnych temperatur. Wyznaczono nowy termin odbioru - nie później niż 29 stycznia 2010 r. (42-43 - protokół, k. 15 - oświadczenie inspektora budowy S. M. (1)).

Komisja powołana przez zamawiającego przy udziale inspektorów nadzoru w dniu 3 lutego 2010 r. dokonała ponownych oględzin zakresu robót oraz uznała roboty za wykonane.

Powyższe było podstawą sporządzenia w dniu 10 marca 2010r. protokołu w sprawie odbioru końcowego, w którym ustalono termin wykonania robót na dzień 3 lutego 2010 r. (k. 16-17 - protokół w sprawie odbioru końcowego z dnia 10 marca 2010r.).

Stwierdzono w nim ponadto fakt wykonania przez pozwanego robót dodatkowych nieujętych w umowie łączącej strony oraz usterek, dla usunięcia których ustalono termin [pkt 6-8]. Z tymi postanowieniami protokołu nie zgodził się pozwany. Na podstawie protokołu z dnia 10 marca 2010 r., pozwany wystawił fakturę, która ostatecznie została przez powoda zapłacona w maju 2010 r., zaś za roboty dodatkowe strona powodowa nie zapłaciła. Do chwili obecnej protokół odbioru robót budowlanych nie został podpisany przez T. S. (k. 497- 498v wyjaśnienia pozwanego).

W dniu 18 stycznia 2010 r. Starosta (...) wystawił na rzecz pozwanego notę obciążeniową na kwotę 34.751,98 zł tytułem kary umownej za niewykonanie zamówienia zgodnie z umową w okresie od 30 grudnia 2009 r. do 18 stycznia 2010 r. i tego samego dnia skierował do pozwanego wezwanie do zapłaty. Powyższe dokumenty T. S. odebrał w dniu 21 stycznia 2010 r. (k. 18-19 - nota obciążeniowa i wezwanie do zapłaty, k. 20 - zwrotne potwierdzenie odbioru).

Ponownie w dniu 30 kwietnia 2010 r. strona powodowa obciążyła pozwanego kwotą 26.063,98 zł tytułem kary umownej za okres zwłoki od dnia 19 stycznia do 2 lutego 2010 r. i skierowała przeciwko niemu wezwanie do zapłaty, które pozwany odebrał w dniu 7 maja 2010 r. (k. 21-23 - nota obciążeniowa, wezwanie do zapłaty i zwrotne potwierdzenie odbioru).

Powód wniósł pozew o wydanie nakazu zapłaty na kwotę 60 815,9zł i w dniu 6 września 2010r. został wydany przeciwko pozwanemu nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniający żądanie, od którego pozwany wniósł sprzeciw.

W toku procesu powód pismem z dnia 11 lutego 2013r. rozszerzył powództwo o kwotę 74 716,75zł tytułem kary umownej za okres od 3 lutego 2010r. do 17 marca 2010r. Ostatecznie zatem powód wniósł o zasądzenie 135532,71zł z ustawowymi odsetkami od dat wezwania dłużnika do zapłaty od poszczególnych kwot [pismo z 11 lutego 2013r.]. Postanowieniem z dnia 13 lutego 2013r. Sąd Rejonowy w B. uznał się za niewłaściwy i przekazał sprawę do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Zamościu [k. 640].

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych wyżej dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach niniejszej sprawy, a także zeznań świadków i przesłuchanego w sprawie pozwanego - T. S.. Podstawę rozstrzygnięcia stanowiła także opinia biegłego M. W. z zakresu budownictwa, dróg i nawierzchni lotniskowych [k. 527 i n.].

Sąd Okręgowy zważył, że strona powodowa dochodziła w niniejszym sporze zapłaty kar umownych na podstawie art. 483 § 1 kc za łącznie 78 dni zwłoki od dnia 30 grudnia 2009 r. do dnia 17 marca 2010 r. w kwocie 135.532,71 zł.

Z treści art. 476 k.c. wynika, że dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie oznaczonym, jednakże nie dotyczy to przypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Strony ustaliły, termin zakończenia robót budowlanych i wykonania przedmiotu umowy na dzień 29 grudnia 2009 r.

Sąd Okręgowy uznał, że w terminie zastrzeżonym w umowie roboty nie zostały wykonane, gdyż nastąpiło to dopiero w dniu 31 grudnia 2009 r. Twierdzenia powoda, że do wykonania inwestycji doszło dopiero w maju 2010r. Sąd uznał za nieuzasadnione.

Sąd Okręgowy uznał, że pozwany po 31 grudnia 2009r. nie dopuścił się zwłoki, bowiem opóźnienie w odbiorze robót nie było następstwem okoliczności, za które ponosił odpowiedzialność. Przyczyną opóźnienia były istniejące warunki atmosferyczne, odbiór robót okazał się niemożliwy, mimo że dwukrotnie zwoływano komisję w tym celu.

Niemniej jednak w terminie zastrzeżonym w umowie – 29 grudnia 2009r. - roboty nie zostały wykonane gdyż nastąpiło to dopiero w dniu 31 grudnia 2009 r. Jednakże Sąd Okręgowy w tym zakresie uznał, że pozwany nie dopuścił się zwłoki, bowiem opóźnienie [dwudniowe] nie było następstwem okoliczności, za które pozwany ponosił odpowiedzialność.

Z istoty domniemania zawartego w art. 471 k.c. wynika, że na dłużniku ciąży obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (porównaj wyrok SN z dn. 07.07.2005r., V CK 869/ 04). Do takich okoliczności z pewnością należały warunki atmosferyczne, które panowały od grudnia 2009 r. do lutego 2010 r. W tym to bowiem okresie na miejscu wykonywanej inwestycji zalegał śnieg, panował mróz, zaś wykonanie większości prac budowlanych nie było w tym okresie możliwe.

Złe warunki pogodowe panowały już od listopada 2009 r., kiedy to pozwany przystąpił do realizacji przedmiotu umowy, i skutkowały tym, że pracownicy pozwanego przez dłuższy okres czasu nie mogli wykonywać prac objętych przedmiotem umowy. Fakt złych warunków atmosferycznych w okresie wykonywania umowy powód nie kwestionował.

W ocenie Sądu, warunki atmosferyczne panujące na przełomie 2009 i 2010 r. destabilizowały kalendarz planowanych prac budowlanych na tyle by uniemożliwić terminową realizację przyjętego zamówienia. Okoliczność tę potwierdził również biegły, który stwierdził, że ze względu na braki dokumentacji projektowej, czas realizacji umowy z przyczyn atmosferycznych mógł ulec wydłużeniu i winien być uwzględniony. Ponadto rzeczą powszechnie wiadomą jest [zasady doświadczenia życiowego], że w okresie zimowym naprawa czy przebudowa dróg nie są wykonywane. Co więcej z powodu niekorzystnych warunków atmosferycznych nie był możliwy odbiór prac przez stronę powodową.

Na tej podstawie Sąd uznał za nieuzasadnione roszczenie powódki, z tytułu dwudniowego opóźnienie w oddaniu robót albowiem było ono następstwem okoliczności, za które pozwany nie ponosił odpowiedzialności.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c., Na koszty te w łącznej kwocie 7.200 zł złożyło się wynagrodzenie profesjonalnego

pełnomocnika w osobie radcy prawnego wliczone w oparciu o § 6 pkt 6 w zw. z § 2 ust. 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. z 2002 r. Nr 163, poz.1349 ze zm.). Orzekając o kosztach procesu należnych stronie pozwanej Sąd miał na względzie treść art. 109 § 2 k.p.c. i wziął pod uwagę celowość poniesienia tych kosztów, ich niezbędność z uwagi na charakter sprawy, niezbędny, a w niniejszej sprawie zwiększony nakład pracy pełnomocnika oraz czynności przez niego podjęte w sprawie.

Apelację od tego wyroku wniósł powód zaskarżając wyrok w całości i zarzucając mu :

1) Naruszenie prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie:

- art.476 k.c. w zw. z art.483 §1 k.c. przez przyjęcie, iż opóźnienie w wykonaniu robót objętych przedmiotem umowy nie było następstwem okoliczności, za które pozwany ponosi odpowiedzialność;
- art.354 § 1 k.c. w zw. z art.648 § 2 k.c. przez przyjęcie, że:

a/ umowa o roboty budowlane wykonywana była w oparciu o dokumentację dostarczoną przez zamawiającego, która w ocenie Sądu miała braki w postaci: braku przekroju geologicznego gruntu, obliczeń nośności podbudowy i obliczeń mrozoodpornych, nie zaprojektowano rowów odwadniających, podczas gdy dla wykonania robót objętych umową nie jest wymagane sporządzenie dokumentacji budowlanej-projektu budowlanego w rozumieniu przepisów art.18 ust.1 pkt 1 Prawa budowlanego i dokumentacja taka nie była sporządzana przez zamawiającego ani też wykonawca nie realizował robót w oparciu o dokumentację budowlaną przedłożoną przez zamawiającego, a nadto

b /nieuwzględnienie, iż przedmiotem umowy obok wykonania prac budowlanych było też wykonanie dokumentacji geodezyjnej, zgodnie ze złożoną ofertą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które stanowią integralną część umowy ((...) umowy z dnia 6 listopada 2009 r. oraz karta 8 oferty, k. 215 akt), a dokument ten jako istotny element przedmiotu umowy winien zostać przedłożony zamawiającemu przy odbiorze końcowym zadania;

- art. 471 k.c. przez przyjęcie, że zobowiązanie zostało wykonane do dnia 31 grudnia 2009 r., z naruszeniem przez Sąd Okręgowy (...) umowy z dnia 6 listopada 2009 r., zgodnie z którym podstawą zgłoszenia przedmiotu odbioru jest potwierdzenie ich wykonania przez inspektora nadzoru, a warunek ten nie został spełniony oraz nie wykonano dokumentacji geodezyjnej powykonawczej przewidzianej umową.

2) Naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy:

- art.366 k.p.c. poprzez ustalenie, że pozwany pomimo dwudniowego opóźnienia w wykonaniu robót nie dopuścił się zwłoki, w sytuacji, gdy między tymi samymi stronami prawomocnie został rozstrzygnięty spór sądowy o zapłatę kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót polegających na remoncie dróg lokalnych do gruntów rolnych z umownym terminem realizacji do dnia 29 grudnia 2009 r. - wyrok Sądu Okręgowego w Zamościu z dnia 27 marca 2012 r., sygn. akt IC 826/10, uwzględniający powództwo, który wiąże Sąd w niniejszej sprawie;
- art.233 § 1 k.p.c. przez nierozważenie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego i pominięcie:
- dowodu z dokumentów urzędowych w postaci protokołu oględzin sporządzonego przez głównego specjalistę kontroli państwowej w Najwyższej Izbie Kontroli E. S. dnia 24 marca 2010 r. i Protokołu kontroli przeprowadzonej przez NIK,
- dowodu z zeznań świadków zgłoszonych w sprawie przez stronę powodową, m.in. A. Ż., J. F. na okoliczność warunków atmosferycznych i postępu robót,
- dokumentacji fotograficznej sporządzonej z terenu budowy w dniu 1 i 2 marca 2010 r., zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę Nr (...) (...) z dnia 14 maja 2009r., operatu technicznego z inwentaryzacji dróg gminnych gminy P. sporządzonego na zlecenie pozwanego w dniu 12 lutego 2010 r. przez Pracownię (...) w B. M. K., oświadczenia S. M. (1) jako inwestora nadzoru z dnia 7 stycznia 2010 r., iż nie może potwierdzić gotowości wykonania robót zgłoszonych w dniu 30 grudnia 2009 r. przez P.U.H. (...). (...) dróg (...) i jednocześnie stwierdza wykonanie 93% ogólnej wartości inwestycji, dziennika budowy z wpisami o robotach wykonywanych w dniach 8 i 12 stycznia oraz 3 i 19 lutego 2010 r.,
- dowodu z zeznań świadka G. P. na okoliczność szkody, jaką poniósł powód w związku z niedochowaniem terminu umownego realizacji prac przez pozwanego oraz

- świadków strony powodowej będących członkami Komisji przetargowej, m.in. M. G. i J. F., którzy zeznali, iż oświadczenie inspektora nadzoru z dnia 31 grudnia 2009 r. nie było przedłożone członkom Komisji podczas posiedzeń Komisji do dnia 2 marca 2010 r. a widniejąca na tym dokumencie data złożenia w Starostwie Powiatowym w B. to dzień 5 marca 2010 r., a nadto
- dowodu z zeznań świadka E. Ł., który wskazał, że sporządzone przez niego przekroje konstrukcyjne nie stanowią dokumentacji budowlanej lecz służą jedynie opisowi przedmiotu zamówienia, nie odniesienie się do złożonego przez stronę powodową dokumentu Zarządu Dróg Powiatowych w B. pn. „Informacja o zimowym utrzymaniu dróg”, z której wynika, że były dobre warunki atmosferyczne do wykonania robót drogowych;

- art.328 § 2 k.p.c. przez niewskazanie w uzasadnieniu orzeczenia na jakich konkretnie dowodach, z precyzyjnym określeniem danego dowodu oparł się Sąd wydając orzeczenie, jakim dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz z jakich przyczyn, a nadto nieodniesienie się do zastrzeżeń do opinii biegłego z zakresu budownictwa zgłoszonych przez stronę powodową;

- art.229 k.p.c. przez pominięcie faktów przyznanych przez stronę przeciwną a dotyczących realizacji przez stronę pozwaną w tym samym czasie na rzecz powoda innych robót drogowych o wartości zamówienia wynoszącej kwotę 3.726 478,43 zł;

- art.278 §1 k.p.c. przez przyjęcie w oparciu o treść opinii biegłego z zakresu budownictwa, dróg i nawierzchni lotniskowych M. W., że w dokumentacji projektowej były braki, zaś ich wystąpienie obciąża powoda, podczas gdy akta niniejszej sprawy sądowej nie zawierają żadnej dokumentacji projektowej, a nadto przyjęcie, iż ze względu na przyczyny atmosferyczne czas realizacji umowy mógł ulec wydłużeniu, w sytuacji gdy okoliczności te nie były przedmiotem opinii, a wypowiedź biegłego wykracza poza tezę dowodową.

Naruszenie powyższych przepisów postępowania doprowadziło do błędnych ustaleń stanu faktycznego przyjętego za podstawę rozstrzygnięcia oraz przyjęcie, iż:

- roboty objęte przedmiotem zamówienia zostały wykonane do dnia 31 grudnia 2009 r., a strony nie kwestionowały zgromadzonych w toku procesu dowodów z dokumentów, podczas gdy powód negował twierdzenie jakoby w sprawie sporządzona była dokumentacja budowlana, w oparciu o którą pozwany realizował prace budowlane (pismo procesowe powoda z dnia 21 listopada 2012 r. w sprawie zastrzeżeń do opinii biegłego), a nadto kwestionował treść oświadczenia inspektora nadzoru A. K. (1) z dnia 31 grudnia 2009 r. dotyczącego zakończenia robót budowlanych do dnia 31 grudnia 2009 r. (pismo procesowe powoda z dnia 11 stycznia 2012 r.);

- opóźnienie dwudniowe w wykonaniu robót jest niezawinione przez pozwanego, gdy z materiału dowodowego wynika, że przedmiot umowy, na który składają się prace budowlane oraz wykonanie dokumentacji geodezyjnej powykonawczej, sporządzonej przez stronę pozwaną dopiero w dniu 12 lutego 2010 r., nie został wykonany w całości, a nadto opóźnienie wynika z winy wykonawcy, który podejmując się robót zdawał sobie sprawę w jakich warunkach pogodowych panujących w listopadzie i grudniu będzie pracował, warunki te nie można uznać za uniemożliwiające wykonanie robót skoro 93% robót budowlanych została wykonana, a niewykonanie robót w całości wiązać należy z wadami organizacji pracy w postaci niezatrudnienia podwykonawców oraz prowadzenia w tym samym okresie innych robót drogowych, które angażowały sprzęt i kadre, przez co postęp robót był niewystarczający.

Apelujący wnosił o:

1) o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 135.532,71 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 34.751,98 zł za okres od dnia 22 stycznia 2010 r. do dnia zapłaty, od kwoty 26.063,98 zł za okres od dnia 8 maja 2010 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 74.716,75 zł za okres od dnia 13 lutego 2013 r. do dnia zapłaty wraz z kosztami postępowania,

ewentualnie:

2) o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania z uwzględnieniem kosztów postępowania apelacyjnego.

Nadto wnosił:

- o dopuszczenie dowodu z wyroku Sądu Okręgowego w Zamościu z dnia 27 marca 2012 r., sygn. akt IC 826/10 na okoliczność, iż zapadł prawomocny wyrok między stronami, który ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów procesu

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja powoda jest częściowo uzasadniona.

Nie jest uzasadniony zarzut apelacji dotyczący naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 kpc. W postępowaniu apelacyjnym zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego może być skutecznie podniesiony tylko wówczas gdy uchybienie tym przepisom mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Naruszenie przepisu określającego wymagania, jakim winno odpowiadać uzasadnienie wyroku sądu, może być ocenione jako mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy tylko w sytuacjach wyjątkowych, do których zaliczyć można takie, w których braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej.

Uzasadnienie wyroku Sądu pierwszej instancji zawiera ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, wskazuje dowody, na których Sąd się oparł oraz wyjaśnienie podstawy prawnej rozstrzygnięcia wraz ze wskazaniem zastosowanych przepisów. Tym samym rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji poddaje się ocenie instancyjnej, co podważa zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 kpc.

Sąd Okręgowy nie naruszył art. 366 kpc. Zarzut ten powód uzasadniał treścią prawomocnego rozstrzygnięcia w sprawie prowadzonej przez Sąd Okręgowy w Z. sygn. akt I C 826/10, sygn. Sądu Apelacyjnego I A Ca 481/12 [wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 13 listopada 2012 r. z uzasadnieniem k. 598-603]. Wyrok Sądu Apelacyjnego w sprawie I A Ca 481/12 znajduje się w aktach sprawy niniejszej w związku z czym wniosek dowodowy zawarty w apelacji był bezprzedmiotowy.

Obydwie sprawy – wskazana wyżej i niniejsza - mimo że prowadzone były pomiędzy tymi samymi stronami dotyczyły innego przedmiotu. W obydwu sprawach chodziło o wykonanie dróg lokalnych i dojazdowych do gruntów rolnych, jednakże w sprawie I C 826/10 spór dotyczył terminowego wykonania dróg oznaczonych symbolami od (...) Natomiast w sprawie niniejszej dotyczył dróg oznaczonych symbolami (...) Przedmiot sprawy niniejszej odnosił się do odrębnej umowy zawartej również w dniu 6 listopada 2009 r., ale oznaczonej jako „(...) (...) (...) [umowa k. 5]. W związku z powyższym rozstrzygnięcie w sprawie I C 826/10 w żadnym wypadku nie miało znaczenia prejudycjalnego dla rozstrzygnięcia w sprawie niniejszej. Przedmiotem żądania w sprawie niniejszej było żądanie zasądzenia kary umownej z tytułu opóźnienia wykonania dróg dojazdowych (...). Sąd Okręgowy prawidłowo zatem samodzielnie – bez odwoływania się do rozstrzygnięcia w sprawie I C 826/10 – dokonywał ustaleń co do terminu wykonania tych dróg przez pozwanego. Twierdzenie apelującego, że wyrok w sprawie I C 826/10 wiąże Sąd rozstrzygający sprawę niniejszą jest całkowicie bezzasadne. Tym samym bezzasadne są sugestie zawarte w końcowej części uzasadnienia apelacji o nieważności postępowania przed sądem pierwszej instancji z uwagi na naruszenie art. 366 kpc [k. 698].

Apelacja powoda jest natomiast uzasadniona w części dotyczącej dokonanie przez Sąd I instancji ustaleń faktycznych dotyczących terminu wykonania umowy przez pozwanego, co w konsekwencji prowadziło do oddalenia w całości roszczenia powoda jako bezzasadnego.

W tym zakresie ustalenia Sądu Okręgowego wymagają uzupełnienia w oparciu o przedstawiony przed Sądem pierwszej instancji materiał dowodowy.

Umowa z dnia 6 listopada 2009r. winna być wykonana przez pozwanego zgodnie ze złożoną ofertą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które stanowiły integralną część umowy [k.5, (...) umowy]. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia przewidywała wykonanie robót geodezyjno – kartograficznych, także w zakresie dróg dojazdowych (...), w celu zaewidencjonowania zmian geodezyjnych [k304 i n, w szczególności k. 397-398]. Odbiór końcowy robót następował po realizacji przedmiotu umowy (...)umowy]. Podstawą zgłoszenia przedmiotu odbioru było potwierdzenie wykonania robót przez inspektora nadzoru (...)Z czynności odbioru sporządzano protokół zawierający ustalenia dokonane w toku odbioru (...)Zamawiający mógł odmówić odbioru robót jeżeli w czasie odbioru ujawniłyby się wady przedmiotu zamówienia (...)

Wykonanie umowy następowało zatem po końcowym odebraniu robót przez zamawiającego, przy czym warunkiem końcowego odbioru było wykonanie inwentaryzacyjnych robót geodezyjno – kartograficznych przez wykonawcę.

Inspektorem nadzoru, który był przedstawicielem zamawiającego w ramach zawartej pomiędzy stronami umowy był wyłącznie S. M. (1) [umowa z dnia 12 listopada 2009r. k. 10]. S. M. (1) nie udzielał nikomu pełnomocnictwa do występowania w swoim imieniu jako inspektor nadzoru w ramach omawianej inwestycji. A. K. (1) nie był inspektorem nadzoru w ramach prowadzonej inwestycji. W (...) umowy zawartej pomiędzy zamawiającym – powodem a S. M. (2) zastrzeżono jedynie, że S. M. (2) – jako inspektor nadzoru skieruje do realizacji zamówienia A. K. (1), posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej [(...) umowy k. 12]. Z wyjaśnień pełnomocników i pozwanego na rozprawie apelacyjnej wynika, że A. K. (1) był jedynie bądź zatrudniany przez S. M. (1) bądź uczestniczył w procesie inwestycyjnym na podstawie zawartej ze S. M. (1) umowy. Brak w sprawie jakiegokolwiek dokumentacji pozwalającej na definitywne ustalenie roli A. K. (1) w procesie inwestycyjnym, będącym przedmiotem sporu. Materiał dowodowy zebrany w sprawie uzasadnia wnioski, że A. K. (1) nie był w żaden sposób uprawniony do wykonywania funkcji inspektora nadzoru, a tym samym do odbioru robót w związku z zawartą przez strony umową.

W związku z powyższymi ustaleniami uznać należy, że ustalenia Sądu pierwszej instancji stwierdzające wykonanie umowy przez pozwanego na dzień 31 grudnia 2009r. nie mają uzasadnienia w świetle zebranych w sprawie dowodów.

Dokumentem przesądzającym, że umowa została wykonana przez wykonawcę dopiero w dniu 3 lutego 2010r. jest w świetle postanowień umowy protokół w sprawie odbioru końcowego robót z dnia 10 marca 2010r. , w którym zamawiający potwierdził fakt wykonania robót w dniu 3 lutego 2010r. [k. 16-17]. W dokumencie tym zamawiający potwierdził wykonanie wszystkich robót ustalonych w umowie [pkt 9 protokołu] zgodnie z kosztorysem powykonawczym potwierdzonym przez inspektora nadzoru i dokumentacją techniczną. Zamawiający potwierdził również wykonanie przez zamawiającego geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej [pkt 6 i pkt 15 b]]. Dokument ten nie został podpisany przez wykonawcę, ale stanowił podstawę do wystawienia przez niego faktury na kwotę stanowiącą uzupełnienie pełnej kwoty wynagrodzenia wynikającego z umowy, która następnie została przez zamawiającego zapłacona.

Odmowa podpisania protokołu końcowego odbioru robót z dnia 10 marca 2009r. wynikała ze sporu pomiędzy stronami dotyczącego wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Kwestia ta jednak nie była przedmiotem sporu w sprawie niniejszej. Nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego, że z treści protokołu z 10 marca 2010r. wynika jednoznacznie, że powód uznał, że pozwany wykonał umowę w dniu 3 lutego 2010r. Stwierdzone w protokole usterki nie skutkowały odmową przyjęcia świadczenia przez powoda, co wynika wprost z treści protokołu. W związku z powyższym ustalony termin usunięcia usterek nie wpływał na ustalenie terminu wykonania kontraktu przez pozwanego. Powód nigdy nie uchylił się od skutków swojego oświadczenia zawartego w protokole z dnia 10 marca 2010r. Zatem twierdzenia powoda, że do wykonania umowy doszło w terminie późniejszym aniżeli 3 lutego 2010r. są bezzasadne. W świetle zapisów w protokole z dnia 10 marca 2010r. roszczenie powoda z tytułu kary umownej w związku z opóźnieniem

wykonania umowy przez pozwanego jest uzasadnione jedynie za okres od dnia 30 grudnia 2009r. do dnia 3 lutego 2010r., co jest zgodne z pierwotnym żądaniem powoda w sprawie niniejszej.

Nie jest argumentem uzasadniającym przyjęcie późniejszej daty wykonania umowy przez pozwanego aniżeli 3 lutego 2010r. wynik kontroli przeprowadzonej przez NIK w dniu 24 marca 2010r. Przedmiotem tej kontroli było właściwe dysponowanie przez pozwanego środkami powierzonymi na realizację umowy. Kontrola została przeprowadzona po złożeniu przez powoda oświadczenia o odebraniu robót objętych umową i z tego względu wynik kontroli nie może mieć wpływu na modyfikację daty odbioru robót. Strona powodowa swojego oświadczenia zawartego w protokole z dnia 10 marca 2010r. nigdy i nigdzie nie zakwestionowała i nie zmodyfikowała. Wynik kontroli NIK należy zatem odnosić do prawidłowości działania Starostwa, a nie upatrywać w nim podstawy do dokonywania ustaleń wpływających na ocenę z jaką datą powód dokonał odbioru robót objętych umową.

Przewidziany w protokole z dnia 10 marca 2010r. termin odbioru robót mających na celu usunięcie stwierdzonych usterek również nie daje podstawy do naliczania przez powoda kar umownych, gdyż umowa nie przewidywała naliczenia kar umownych z tytułu usunięcia usterek. Stwierdzenie usterek i ewentualne opóźnienie w ich usunięciu nie dawało podstawy do naliczenia kar umownych z tego tytułu, gdyż umowa w (...) przewidywała możliwość naliczenia kar umownych za zwłokę w usunięciu wad, a nie usterek.

W ocenie Sądu Apelacyjnego za równie nieuzasadnione uznać należy stanowisko pozwanego, ostatecznie uwzględnione przez Sąd Okręgowy, że do wykonania umowy doszło w dniu 31 grudnia 2010r.

W toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji całkowicie pominięty został fakt, że w świetle postanowień zawartej przez strony umowy z 6 listopada 2009r. warunkiem wykonania umowy było przedstawienie przez wykonawcę geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej.

Brak jest w sprawie niniejszej jakichkolwiek dowodów pozwalających na ustalenie, że inwentaryzacja geodezyjna wykonana została przed 3 lutego 2010r. Z zeznań świadka M. G. [k. 402], która pełniła funkcję przewodniczącej komisji odbioru końcowego wynika, że inwentaryzacja powykonawcza została oddana zamawiającemu dopiero w lutym 2010r.[k. 403]. Również pracownicy wykonawcy potwierdzali, że prace geodezyjne wykonywane były dopiero w styczniu 2010r. D. F. [zezn. k. 190] zeznał, że pracował na terenie objętym umową pod koniec stycznia 2010r. i na początku lutego 2010r. Praca jego polegała na odśnieżaniu dróg w celu umożliwienia geodetom dokonania geodezyjnych pomiarów.

Niewątpliwie zatem powyższy materiał dowodowy pozwala na ustalenie, że powykonawcza inwentaryzacja geodezyjna została wykonana i dostarczona zamawiającemu dopiero w lutym 2010r. Z tego względu brak jest podstawy do przyjęcia, że wykonawca wykonał umowę z dniem 31 grudnia 2009r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest również podstawy do uznania, że roboty w terenie zostały wykonane przez pozwanego w całości do dnia 31 grudnia 2009r. Brak jest w tym względzie wymaganego w umowie oświadczenia inspektora nadzoru, potwierdzającego wykonanie robót przez wykonawcę. Pełniący funkcje inspektora nadzoru S. M. (2) takiego oświadczenia nie składał.

Oświadczenie A. K. (2), który posługiwał się pieczęcią „Inspektor nadzoru”, na którego oświadczenie z dnia 31 grudnia 2009r. [k. 39] „stwierdzające gotowość zadania do odbioru” powoływał się pozwany, nie ma w sprawie żadnego znaczenia gdyż jak wskazano wyżej A. K. (1) w świetle przedstawionych sądowi dokumentów nie pełnił funkcji inspektora nadzoru. Z zeznań A. K. również wynika, że ustalenia co do procentowego wykonania zadania zapadały poza nim i ostatecznie zakres ten ustalono na 93% [zeznania A. K. k. 423v.] Również zapisy w dzienniku budowy potwierdzają, że na dzień 31 grudnia 2009r. roboty nie były wykonane [dziennik budowy k. 200].

Z tych względów zeznania pracowników zatrudnionych przez pozwanego, którzy potwierdzali wykonanie robót w całości do końca 2009r. Sąd Apelacyjny uznał za niewiarygodne.

Jako bezzasadne uznać należało zarzuty dotyczące wadliwej dokumentacji w związku z realizacją umowy. Pozwany bowiem twierdził, że umowę wykonał w terminie, a zatem ewentualna wadliwość dokumentacji nie miała wpływu na terminowość wykonanej przez niego umowy. Ponadto uznać należy zasadność zarzutów powoda co do faktu, że ze względu na charakter budowanych przez pozwanego dróg [drogi dojazdowe i do pól] oraz technologię wykonywania robót, polegającą na kładzeniu płyt betonowych na odpowiednio przygotowaną nawierzchnię drogi dojazdowej, niesposób dopatrzeć się przyczyn opóźnienia w wykonaniu umowy w braku przygotowania odpowiednich dokumentów przez zamawiającego. W czasie realizacji zamówienia pozwany nigdy i nigdzie tego rodzaju zarzutów powodowi nie zgłaszał. Z tych względów dowód z opinii biegłego dopuszczony przez Sąd Okręgowy w zasadzie nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy .

Jedyną osobą uprawnioną do składania oświadczeń jako inspektor nadzoru budowy dróg dojazdowych (...)części (...)na terenie Gminy P. był S. M. (2), co wynikało z opisanej wcześniej umowy z dnia 12 listopada 2009r. [k. 10]. Z jego oświadczeń z dnia 29 grudnia 2009r. [k. 14] i 7 stycznia 2010r. [k. 15] jednoznacznie wynika, że zaawansowanie robót budowlanych objętych umową na te dni wynosiło 93%. Stan ten potwierdzili również członkowie komisji przesłuchani w charakterze świadków, dla których oświadczenie S. M. (2) miało kluczowe znaczenie ze względu na niemożność dokonania oględzin miejsca wykonywania robót. Natomiast przyjęcie w protokole z dnia 10 marca 2010r. daty wykonania umowy przez pozwanego na dzień 3 lutego 2010r. wynikało z oględzin dokonanych przez S. M. (2) w dniu 2 lutego 2010r. Co zostało odnotowane w protokole odbioru.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny uznał, że przedstawiony w sprawie materiał dowodowy pozwala na ustalenie, że umowa została wykonana przez pozwanego w dniu wskazanym w protokole odbioru - 3 lutego 2010r. Zatem roszczenie powoda o zasądzenie kary umownej przewidzianej w (...) umowy z dnia 6 listopada 2009r. z tytułu zwłoki w oddaniu przedmiotu zamówienia, jest w ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnione co do zasady za okres od 30 grudnia 2009r. do 3 lutego 2010r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma podstaw do przyjęcia, że do opóźnienia w wykonaniu umowy przez pozwanego doszło z przyczyn niezawinionych przez pozwanego. Przede wszystkim pozwany w toku procesu stał na stanowisku, że umowę wykonał w terminie, natomiast ze względu na złe warunki atmosferyczne procedura odbioru robót przez zamawiającego nie mogła być zrealizowana.

Stanowisko to jak wykazano wyżej nie było uzasadnione. Pozwany dopuścił się zwłoki w wykonaniu umowy przede wszystkim ze względu na wykonanie z opóźnieniem dokumentacji geodezyjnej, która była elementem realizacji umowy. Miało to miejsce dopiero w lutym 2010r. Ponadto twierdzenia pozwanego o wykonaniu wszystkich robót drogowych na dzień 31 grudnia 2009r., zostały skutecznie podważone.

Niesposób również zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Okręgowego usprawiedliwiającym opóźnienie pozwanego złymi warunkami atmosferycznymi panującymi w listopadzie i grudniu 2009r. Pozwanemu od momentu przystąpienia do przetargu wiadomym było, że umowa obejmuje wykonywanie robót drogowych w trudnych warunkach terenowych [drogi dojazdowe do pól], w trudnym okresie kalendarzowym [listopad i grudzień]. Warunki pogodowe nie odbiegały od przeciętnych warunków atmosferycznych w tych miesiącach [opady deszczu, śniegu, niskie temperatury]. Świadczenie powoda polegało na zbudowaniu dróg dojazdowych i było identyczne z wcześniej realizowanymi przez pozwanego umowami. Warunki umowy były znane pozwanemu przed przystąpieniem do przetargu i przed zawarciem umowy. Nie ma zatem podstaw aby panujące w listopadzie i grudniu warunki realizacji umowy mogły zwalniać pozwanego od odpowiedzialności z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy, skoro pozwany jako przedsiębiorca z doświadczeniem winien był przewidzieć przed złożeniem oferty przeszkody wpływające na termin realizacji umowy.

Reasumując Sąd Apelacyjny uznał za uzasadnione roszczenie powoda do wysokości zgłoszonej pierwotnie w pozwie i uwzględniając części zarzutów apelacyjnych na podstawie art. 386 § 1 kpc , w zw. z art. 483 § 1 kc w związku z § 10 ust. 1 a umowy z dnia 6 listopada 2009r., na wykonanie dróg dojazdowych (...)na terenie Gminy P., w zw. z art. 476 kc - zmienił zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że zasądził od pozwanego na rzecz powoda tytułem kary umownej za okres od 30 grudnia 2009r. do 2 lutego 2010r. - 60 815,96zł , z ustawowymi odsetkami od wskazanych w wyroku

kwot i dat odpowiadających datom wezwania pozwanego do zapłaty [k. 18-23]. Z uwagi na częściowe uwzględnienie powództwa koszty procesu pomiędzy stronami wzajemnie zniósł na podstawie art. 100 kpc. W pozostałej części na podstawie art. 385 kpc apelację powoda oddalił. Wobec częściowego uwzględnienia apelacji koszty procesu poniesione przez strony w postępowaniu apelacyjnym wzajemnie zniósł na podstawie art. 100 kpc.

Na podstawie art. 113 ust. 1 uksc Sąd Apelacyjny nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę odpowiadającą opłacie sądowej od uwzględnionej części roszczenia i od uwzględnionej części apelacji, od uiszczenia których powód był zwolniony.