

Sygn. akt I ACa 363/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 września 2014 roku

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Alicja Surdy
Sędzia:	SA Jerzy Nawrocki
Sędzia:	SO del. Ewa Bazelan (spr.)
Protokolant	Sekretarz sądowy Magdalena Szymaniak

po rozpoznaniu w dniu 25 września 2014 roku w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.

przeciwko (...)

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 25 lutego 2014 roku, sygnatura akt I C 130/11

I. oddała obie apelacje;

II. znosi wzajemnie między stronami koszty procesu za drugą instancję.

I ACa 363/14

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia z 11 lutego 2011 roku, powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z. wniosła o zasądzenie od pozwanego (...) na rzecz powoda kwoty 253.227 zł z ustawowymi odsetkami od 16 grudnia 2010 roku do dnia zapłaty, z kosztami postępowania upominawczego według norm przepisanych i kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu powód podniósł, że w przetargu nieograniczonym zorganizowanym przez (...) w L., działającym w imieniu (...), na „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K.” oraz opracowanie materiałów do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej za najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez (...) Sp. z o.o. z ceną 681.980,00 zł brutto. W dniu 16 grudnia 2009 roku, zamawiający i wykonawca zawarli umowę nr (...) na realizację zamówienia.

Powód dochodzi zapłaty kwoty 253.227 zł nienależnie potrąconych z wynagrodzenia umownego przez pozwanego kar umownych.

Wyrokiem z dnia 25 lutego 2014 roku Sąd Okręgowy w Lublinie:

I. zasądził od pozwanego (...)na rzecz powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z. kwotę 126.613,50 zł z odsetkami ustawowymi od 21 stycznia 2011r. do dnia zapłaty;

II. oddalił powództwo w pozostałej części;

III. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.331 zł tytułem kosztów procesu;

IV. nakazał pobrać od powoda i pozwanego na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego wL.kwoty po 100,50 zł tytułem nieuiszczonych wydatków.

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia Sądu Okręgowego:

(...)w L., działający w imieniu (...), ogłosił przetarg nieograniczony na „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K. oraz opracowanie materiałów do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej”.

Podstawowym celem zamówienia było:

- opracowanie (aktualizacja) dokumentacji projektowej wraz z dokumentacją geodezyjno-prawną rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr (...)na odcinku od km 9 + 711 do km 24 + 100 umożliwiającą uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej w trybie ustawy z 10 kwietnia 2003 roku o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych;

- przygotowanie materiałów niezbędnych do ogłoszenia przetargu na wykonanie robót budowlanych wymaganych przez Prawo Zamówień Publicznych.

W ramach zleconej dokumentacji projektowej należało opracować, m. in. dokumentację geotechniczną, geologiczno-inżynierską i hydrogeologiczną.

Zakres projektowanych robót obejmował, m. in.:

1. poszerzenie i wzmocnienie istniejącej nawierzchni oraz umocnienie poboczy, dla klasy Z i nośności 115 kN;
2. budowę lub przebudowę zatok autobusowych;
3. budowę, rozbudowę lub przebudowę chodników jedno lub dwustronnych w terenie zabudowanym – w uzgodnieniu z Zamawiającym oraz gminami przez tereny, których przebiega projektowana droga.

Celem prawidłowego przygotowania oferty – w tym uwzględnienia wszystkich opracowań branżowych i szczegółowych rozwiązań technicznych – zalecone było zapoznanie się z dotychczasowymi opracowaniami będącymi w posiadaniu Zarządu oraz dokonanie wizji w terenie i zapoznanie się z kopią mapy zasadniczej, a tam, gdzie istnieją wątpliwości sprawdzenie przy pomocy odkrywek sieci uzbrojenia podziemnego.

Opracowana dokumentacja powinna odpowiadać wymogom:

Instrukcji i innym wytycznym geodezyjnym:

1. właściwego miejscowo powiatowego ośrodka dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej;

2. Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Geodezyjnego i Kartograficznego w L. – wytyczne techniczne dotyczące opracowania (redakcji) mapy z projektem podziału nieruchomości niezbędnej do przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych.

Kompletną dokumentację projektową należało dostarczyć osobie wskazanej przez zamawiającego w terminie przewidzianym umową, W razie braku dokumentów lub uzgodnień w przekazanej dokumentacji, Zamawiający mógł żądać ich uzupełnienia. Za termin przekazania – odbioru dokumentacji projektowej miał być uznany dzień przekazania wszystkich dokumentów kompleksowej dokumentacji projektowej.

W dniu 3 grudnia 2009 roku, (...)L. ogłosił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą okazała się być oferta złożona przez (...) Sp. z o.o. w Z. z ceną 681.980,00 zł brutto.

W dniu 16 grudnia 2009 roku w L., pomiędzy (...)w L. zwanym Zamawiającym, a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z., zwanym Wykonawcą, zawarta została umowa (...), na podstawie której Zamawiający zlecił, a Wykonawca zobowiązał się do wykonania zamówienia: „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr(...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K. oraz opracowanie materiałów do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej” (§ 1 umowy).

Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy do 30 lipca 2010 roku. Za wykonanie zamówienia uznano przekazanie Zamawiającemu w jego siedzibie opracowania zawierającego kompletną dokumentację projektową objętą zamówieniem. Z dniem przekazania kompletnego opracowania miało nastąpić podpisanie przez Zamawiającego protokołu jego odbioru (§ 3 ust. 1 umowy).

Za wykonanie zamówienia, Zamawiający zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie w wysokości 681.980,00 zł brutto, w tym netto 559.000,00 zł i podatek VAT 122.980,00 zł. Zapłata wynagrodzenia miała nastąpić na podstawie faktury VAT. Podstawą wystawienia faktury był protokół odbioru zamówienia, podpisany przez obie strony (§ 5 ust. 1-3 umowy). W ustępie 5 cytowanego paragrafu Wykonawca oświadczył, że zapoznał się z sytuacją w terenie oraz wycenił wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania umowy. W związku z tym wykluczono jakiegokolwiek roszczenia Wykonawcy związane z nieprawidłowym skalkulowaniem ceny lub pominięciem pewnych elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania umowy.

Za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązany został do zapłacenia kar umownych z tytułu:

- 1) opóźnienia w wykonaniu zamówienia – w wysokości 0,3 % ceny umownej za każdy dzień opóźnienia;
- 2) zwłoki w usunięciu wad w wykonanej pracy projektowej – w wysokości 0,5 % ceny umownej za każdy dzień zwłoki, licząc od ustalonego przez Zamawiającego terminu na usunięcie wad;
- 3) odstąpienia od umowy przez Wykonawcę w wysokości 20 % ceny umownej;
- 4) odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy w wysokości 20 % ceny umownej (§ 6 umowy).

Zamawiający przewidywał możliwość dokonania zmian postanowień niniejszej umowy w stosunku do treści oferty, polegające na zmianie zakresu prac projektowych, zmianie terminu wykonania umowy, zmianie wysokości wynagrodzenia oraz wynikających ze zmian osobowych w przypadku wystąpienia niżej wymienionych okoliczności:

- 1) zmianie uległy przepisy prawne istotne dla realizacji przedmiotu umowy;
- 2) wystąpiła niezgodność pomiędzy częścią opisową, a kartograficzną ewidencją gruntów w obszarze, którego dotyczy projektowana inwestycja;

- 3) przedłużeniu uległy procedury administracyjne na etapie wydawania opinii, uzgodnień, postanowień i decyzji administracyjnych;
- 4) wystąpiły zamówienia dodatkowe, niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i które mają wpływ na termin realizacji zamówienia;
- 5) w trakcie realizacji przedmiotu umowy Zamawiający polecił dokonać zmian w uzgodnionych wcześniej rozwiązaniach projektowych;
- 6) warunki atmosferyczne nie pozwoliły na sporządzenie materiałów przedprojektowych (np. inwentaryzacji, mapy, pomiarów, ugięć sprężystych nawierzchni, opracowań geodezyjnych, geologicznych i geotechnicznych);
- 7) zaistniała konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w ściśle określonym terminie (zgodnie z wymogami specyficznymi dla poszczególnych gatunków);
- 8) zaistniała konieczność wykonania badań archeologicznych w ściśle określonym terminie;
- 9) z uwagi na niezależne od strony okoliczności (tj. choroba, wypadki losowe, nieprzewidziane zmiany organizacyjne) nastąpiła lub powinna nastąpić zmiana osób kluczowych do realizacji umowy np. koordynatora prac, projektanta itp. oraz osób reprezentujących strony;
- 10) zmianie uległy dane teleadresowe zapisane w umowie;
- 11) zmianie uległy stawki podatku VAT (§ 8 umowy).

W dniu 9 listopada 2009 roku, Wykonawca wystosował do Zamawiającego trzy zapytania. Dwa z nich to:

1. jaki jest rzeczywisty zakres aktualizacji dokumentacji? Jakie części dokumentacji istnieją? Które i w jakim zakresie wymagają aktualizacji, a które należy wykonać od podstaw?
2. czy aktualizacja dokumentacji będzie wymagała udziału zespołu projektowego w pierwotnym składzie, czy też nie?

W odpowiedzi na powyższe, Zarząd Dróg Wojewódzkich wskazał:

1. Zamawiający posiada opracowaną w 2005 roku dokumentację projektową rozbudowy przedmiotowego odcinka drogi wojewódzkiej obejmującą wszystkie występujące branże, jednak z uwagi na konieczność przeprowadzenia nowego postępowania środowiskowego zgodnie z aktualnym stanem prawnym, opracowana dokumentacja projektowa utraciła swoją ważność poprzez: utratę ważności (...), wszystkich warunków i uzgodnień branżowych, mapy do celów projektowych, itp. Ponadto zaistniała konieczność dostosowania opracowanej dokumentacji technicznej do wymogów uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia (...).

Stosownie do powyższego, zlecona aktualizacja ma na celu opracowanie dokumentacji technicznej na podstawie nowej mapy do celów projektowych, nowych warunków branżowych, nowej „decyzji środowiskowej” z wykorzystaniem dokumentacji opracowanej w 2005 roku jako materiał wyjściowy (pomocniczy) do projektowania.

2. W związku z tym, że zlecenie wymaga opracowania dokumentacji projektowej na nowej mapie do celów projektowych na podstawie nowych warunków nie ma potrzeby udziału zespołu projektowego realizującego dokumentację projektową w 2005 roku, a więc nie zachodzą też przesłanki naruszenia praw autorskich.

W piśmie z 1 lutego 2010 roku (...)” Sp. z o.o. w Z. wniosła o zmianę klasy obciążenia obiektów inżynierskich z A na klasę B. Uzasadniając swoje stanowisko wskazała, że zaprojektowanie obciążeń wszystkich obiektów inżynierskich w klasie A wydłuży termin opracowania dokumentacji oraz przyczyni się do znacznego wzrostu kosztów przy realizacji

tej inwestycji. W odpowiedzi (...)w L., pismem z 3 lutego 2010 roku, nie wyraził zgody na zmianę klasy obciążenia dla obiektów inżynierskich. W związku z tym (...)zwróciła się w dniu 5 marca 2010 roku o przekazanie takiej dokumentacji, która nadaje się do aktualizacji zgodnie z zawartą umową, bowiem przekazana do tej pory dokumentacja nie nadaje się do tejsze aktualizacji za wyjątkiem projektów budowlanych i wykonawczych obiektów inżynierskich. Wskazała, że konieczne jest opracowanie całkiem nowej dokumentacji budowlano – wykonawczej i to zadanie zobowiązuje się wykonać po podpisaniu stosownego aneksu.

W dniu 5 marca 2010 roku sporządzony został projekt Aneksu nr (...), na mocy którego strony miały rozszerzyć zakres rzeczowy prac projektowych. Powód wnosił też o zmianę terminu opracowania przedmiotu umowy na 30 kwietnia 2011 roku oraz wartości opracowania przedmiotu umowy na kwotę 833.880,00 zł (§ 2 – 3 Aneksu).

W piśmie z 5 marca 2010 roku (...)wskazała również, że z powodu trudnych warunków zimowych (duże opady śniegu zalegające w rowach), termin do opracowania map do celów projektowych ulenie wydłużeniu. Ze względu na występujące niskie temperatury niemożliwe jest również wykonanie badań ugięć nawierzchni drogi. W piśmie z 10 marca 2010 roku Zarząd nie wyraził zgody na zawarcie aneksu, w zakresie zmiany terminu oraz wartości zamówienia. Dodatkowo wskazał, że dotychczasowa decyzja środowiskowa spełnia wymagania obowiązujących przepisów prawa w zakresie ochrony środowiska i jest wystarczająca do realizacji zamówienia. Stanowisko Zarząd podtrzymał w piśmie z 25 marca 2010 roku, w którym jeszcze raz wskazał, że przedmiotem umowy było opracowanie przez Wykonawcę całej dokumentacji, a nie „przerobienie” dokumentacji z 2005 roku.

31 marca 2010 roku Przedsiębiorstwo(...)Sp. z o.o. z siedzibą w Z. przesłało (...) wyjaśnienie opóźnienia wykonania map geodezyjnych do celów projektowych podnosząc, że z uwagi na występowanie w miesiącach styczeń – marzec 2010 roku bardzo trudnych warunków atmosferycznych, termin wykonania map przewidziany w umowie ulegnie opóźnieniu.

10 maja 2010 roku, spisany został protokół z posiedzenia Rady Technicznej (...) w L., która w pkt 4 wniosła o rozważenie lokalizacji chodnika na odcinku od km ok. 10 + 700 do km ok. 12 + 100 na wniosek Gminy Z.. Protokół ten, (...) w L. przesłał (...)w dniu 19 maja 2010 roku. W odpowiedzi (...)stwierdziła, że tak duży zakres prac projektowych wymaga dodatkowego zlecenia, ponieważ znacznie wydłuży się termin oczekiwania całej dokumentacji, zwiększy koszt realizacji inwestycji, jak również konieczne będzie wystąpienie o nową decyzję środowiskową. W związku z tym, w piśmie z 8 czerwca 2010 roku, (...)oświadczyła, że nie zostanie przez nią zaprojektowany chodnik, bo nie jest on objęty zakresem zlecenia. W odpowiedzi (...)w Z. poinformował, że nieuwzględnienie w dokumentacji chodnika na odcinku od km ok. 10 + 700 do km ok. 12 + 100 spowoduje brak pozytywnej opinii Urzędu Gminy w Z., niezbędnej do uzyskania decyzji zezwalającej na realizację inwestycji drogowej dla zadania.

25 czerwca 2010 roku w (...)w L. odbyło się spotkanie z udziałem (...)Sp. z o.o. Przyjęto następujące wnioski:

1. (...) w L. podtrzymał swoje stanowisko w sprawie lokalizacji omawianego chodnika, powinien być uwzględniony w ramach umowy (...)z 16 grudnia 2009 roku;
2. jednostka projektowa postanowiła uwzględnić w dokumentacji budowę chodnika, jednakże nadal stała na stanowisku, że przedmiotowy chodnik nie jest objęty zakresem zleconych (...) prac projektowych i powinien być projektowany na podstawie dodatkowego zlecenia.

Decyzją z 7 czerwca 2010 roku Starosta (...) zatwierdził „Projekt prac geologicznych na wykonanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej” dla zadania inwestycyjnego pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K.”, opracowany w czerwcu 2010 roku przez (...)s.c. – J. G., H. L. w Z. obejmujący następujące prace:

- pomiary geodezyjne – tyczenie i niwelacja odwiertów;
- prace terenowe – wiercenia i wykopy geologiczne;

- sondowania gruntów;
- pomiary i obserwacje wody w odwiertach;
- badania makroskopie gruntów;
- pobieranie próbek gruntu do badań laboratoryjnych;
- analizy sitowe piasków;
- likwidacja wyrobisk po zakończeniu robót;
- prace dokumentacyjne – wykonanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Decyzja była ważna do 31 grudnia 2011 roku.

Pismem z 28 czerwca 2010 roku (...) poinformowała (...) w L., że na odcinku przewidzianej do rozbudowy drogi wojewódzkiej Nr(...), w miejscowości L., występują bardzo niekorzystne warunki gruntowe, co spowoduje konieczność opracowania dodatkowych wzmocnień konstrukcji. W związku z tym, zwróciła się z prośbą o udzielenie dodatkowego zlecenia na znaczenie większy zakres prac projektowych oraz przesunięcie terminu opracowania dokumentacji.

27 lipca 2010 roku Urząd Miejski w K. uzgodnił bez uwag projekt rozbudowy drogi wojewódzkiej nr (...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 2 + 100 w zakresie gminy K.. Z kolei Urząd Gminy w Z., w zakresie gminy Z.. 28 lipca 2010 roku odbyło się posiedzenie (...) w L., która zatwierdziła plan sytuacyjny z pewnymi uwagami.

Niemniej jednak, w dniu 5 sierpnia 2010 roku, Zarząd odmówił akceptacji dokumentacji, z powodu:

1. projekt budowlany – branża drogowa zawierała jedynie plan sytuacyjny i przekroje konstrukcyjne, brak było m. in. profilu podłużnego, wymaganych przekroi normalnych dla całego projektowanego odcinka z uwzględnieniem wszystkich elementów;
2. brak projektów branży mostowej;
3. brak pozwoleń wodno-prawnych;
4. brak wymaganego uzgodnienia projektu branży elektrycznej zgodnie z warunkami (...)Sp. z o.o. o nr (...) z 12 stycznia 2010r.;
5. brak odniesienia do warunków (...)Sp. z o.o. w T. (brak projektu usunięcia kolizji);
6. brak uzgodnień branży telekomunikacyjnej od zarządców sieci;
7. braki w materiałach graficznych do wniosku o (...);
8. projekty stałej i czasowej organizacji ruchu zostały złożone odrębnymi pismami do zatwierdzenia.

W związku z powyższym, (...)stopniowo uzupełniała wskazane braki.

15 września 2010 roku (...) w L. zaopiniował, że nie wnosi uwag do geometrii dokumentacji projektowej dla zleconego zadania przedstawionej w planach sytuacyjnych projektu budowlanego w skali 1:1000. Wykonawca sporządził protokół zdawczo-odbiorczy. 17 listopada 2010 roku Dyrekcja wystawiła fakturę VAT (...)na kwotę 681.980,00 zł. Zwróciła się z prośbą o odstąpienie od naliczania kar umownych z powodu opóźnienia w przekazaniu dokumentacji projektowej, które to opóźnienie wynikało z okoliczności niezależnych. Przekazana dokumentacja nie nadawała się bowiem do aktualizacji i w żadnym stopniu nie została wykorzystana. Ponadto w trakcie zleconych dodatkowych prac geotechnicznych okazało się, że w miejscowości L. znajdują się pokłady torfu, które nie były uwzględnione

w pierwotnej dokumentacji. Ponadto podjęta została decyzja o zaprojektowaniu chodnika w miejscowości A. oraz oświetleniu zatok autobusowych.

W piśmie z 24 listopada 2010 roku (...) w L. poinformowała (...) o odmowie podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego z uwagi na niekompletność dokumentacji projektowej (brak zatwierdzenia stałej i tymczasowej organizacji ruchu). Stanowisko Zarząd podtrzymał w piśmie z 22 grudnia 2010 roku, w związku z czym, odesłał fakturę bez jej zapłaty.

(...) zarzuciła (...) bezpodstawne korzystanie z autorskich praw majątkowych do opracowanej przez nią dokumentacji budowlano – wykonawczej. (...) w L. temu zaprzeczył w piśmie z 3 stycznia 2011 roku.

21 grudnia 2010 roku do (...) w L. ponownie wpłynęła faktura VAT.

Pismem z 3 stycznia 2011 roku (...) L. poinformował Wykonawcę o braku podstaw do odstąpienia od naliczenia kar umownych z powodu opóźnienia w przekazaniu przedmiotu zamówienia. Miał na uwadze:

1. termin umowy – 30 lipiec 2010 roku;
2. faktyczny termin przekazania – grudzień 2010 roku (zatwierdzenie projektu tymczasowej organizacji ruchu);
3. ilość dni opóźnienia – 151 dni;
4. kara umowna za każdy dzień opóźnienia – 0,3 %.

(...) obliczył karę za zwłokę w następujący sposób:

$559.000,00 \times 151 \text{ dni} \times 0,003 = 253.227,00 \text{ zł}$.

Kwota została potrącona z wynagrodzenia z faktury VAT Nr(...) z 21 grudnia 2010 roku.

(...) w L. odesłał podpisany protokół zdawczo-odbiorczy przekazania dokumentacji projektowej.

Na skutek obciążenia Dyrekcji karami umownymi, wystosowała ona do (...) w L. przesądowe wezwanie do zapłaty, domagając się niezwłocznej zapłaty kwoty 753.227,00 zł (253.227,00 zł tytułem kar umownych + 500.000,00 zł tytułem zwiększonego wynagrodzenia wykonawcy, objętych wezwaniem do zapłaty z 19 października 2010 roku).

(...) zwróciła notę księgową jako wystawioną niezasadnie, wnosząc jednocześnie o uregulowanie wystawionej faktury VAT, bowiem opóźnienie w wykonaniu umowy nie nastąpiło z przyczyn od nich zależnych, a więc było opóźnieniem zwykłym, a za które Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności.

28 grudnia 2010 roku (...) w L. ogłosił przetarg na wykonawstwo, uznając złożoną dokumentację za kompletną.

Sąd dokonał ustaleń w oparciu o wskazane w uzasadnieniu dowody.

Sąd Okręgowy uznał powództwo za zasadne częściowo. (...) z siedzibą w Z. domagała się zasądzenia na jej rzecz kwoty 253.227,00 zł, podnosząc, że naliczenie przez pozwanego (...), reprezentowanego przez (...), kar umownych w wyniku opóźnienia w przekazaniu zamówionego dzieła było niezawinione.

Strony niniejszego postępowania zawarły 16 grudnia 2009 roku umowę(...), na podstawie której Zamawiający zlecił, a Wykonawca zobowiązał się do wykonania zamówienia: „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr(...) Z. – J. – W. od km 9 + 711 do km 24 + 100 na odcinku L. – K. oraz opracowanie materiałów do wniosku o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej” (§ 1 umowy). Wskazana powyżej umowa zawarta została w oparciu o przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.).

Powód próbował skorzystać z możliwości zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty w zakresie zmiany terminu wykonania umowy. Podnosił, że przekazana przez (...) dokumentacja nie nadawała się do aktualizacji, za wyjątkiem projektów budowlanych i wykonawczych obiektów inżynierskich. Dyrekcja wskazywała, że konieczne jest opracowanie całkiem nowej dokumentacji budowlano – wykonawczej. Dlatego też w dniu 5 marca 2010 roku sporządzony został projekt Aneksu nr (...), na mocy którego strony miały rozszerzyć zakres rzeczowy prac projektowych. Powód wnosił o zmianę terminu opracowania przedmiotu umowy na dzień 30 kwietnia 2011 roku oraz wartości opracowania przedmiotu umowy na kwotę 833.880,00 zł (§ 2 – 3 Aneksu). W piśmie z 5 marca 2010 roku (...) wskazała również, że z uwagi na trudne warunki zimowe (duże opady śniegu zalegające w rowach), termin do opracowania map do celów projektowych ulegnie wydłużeniu. W piśmie z 10 marca 2010 roku Zarząd nie wyraził jednak zgody na zawarcie aneksu w zakresie zmiany terminu oraz wartości zamówienia.

Powód spóźnił z wykonaniem umowy. Termin wykonania określony został na 30 lipca 2010 roku, zaś powód wykonał umowę w grudniu 2010 roku. Pozwany naliczył karę umowną za opóźnienie w wykonaniu zamówienia w wysokości 0,3 % ceny umownej za każdy dzień opóźnienia.

Sąd Okręgowy odwołał się do art. 483 oraz art. 484 k.c. regulujących instytucję kary umownej, w oparciu o które Sąd zaznaczył, że istota zastrzeżenia kary umownej polega na tym, że w sytuacji niewywiązania się z wykonania umowy, dłużnik (strona zobowiązana do zapłaty kary) zapłaci wierzycielowi (stronie na rzecz, której dana kara jest zastrzeżona) z góry określoną kwotę pieniężną, wierzycielowi przysługiwać będzie zryczałtowany odpowiednik odszkodowania, całkowicie niezależny od przyczyny uchybienia, a także rozmiarów, a nawet faktu zaistnienia szkody. Roszczenie o zapłatę kary umownej aktualizuje się już w momencie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zaś do jego egzekucji potrzeba jedynie wykazania faktu nienależytej realizacji umowy, lub też braku jej realizacji w ogóle, oraz faktu skutecznego zastrzeżenia kary w umowie.

Jednakże przesłanką żądania kary umownej nie jest każdy przypadek naruszenia przez dłużnika istniejącej więzi zobowiązaniowej, ale tylko taki, za który on odpowiada. Przy ocenie zasadności naliczenia kary umownej należy zbadać, jak w ocenianym stosunku obligacyjnym kształtuje się zakres okoliczności obciążających dłużnika. Wina w postaci niedbalstwa stanowi okoliczność, za którą dłużnik odpowiada (art. 471 w zw. z art. 472 Kodeksu cywilnego).

Sąd Okręgowy jednocześnie zaznaczył, że nie można pominąć możliwości umownego kształtowania okoliczności uzasadniających naliczenie kary umownej. Zgodnie bowiem z art. 473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Będzie to podlegało ocenie na podstawie art. 65 § 2 k.c.

Sąd Okręgowy odwołał się do orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 września 2010 roku wydanym w sprawie o sygn. akt V ACa 267/2010 (Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Katowicach i Sądów Okręgowych (...) poz. 5 str. 28), według którego: „zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika zgodnie z art. 471 k.c. Stosownie do treści tego przepisu oraz art. 472 k.c. także zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Jednakże art. 472 k.c. nie ma charakteru umowy bezwzględnie obowiązującej. Stosownie bowiem do treści art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przyjąć w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z powodu oznaczonych, niezawinionych okoliczności i nie ma przeszkody, aby strony umówiły się, żeby odszkodowanie z tego tytułu przybrało wtedy postać kary umownej. W sytuacji, gdy strony umowy zastrzegły w sposób wyraźny i jednoznaczny, że na rzecz zamawiającego zastrzeżona została kara umowna za opóźnienie w przekazaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru, a nie tylko w przypadku opóźnienia zawinionego (zwłoki) powód nie może podnosić zarzutu, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powstało na skutek okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, skoro roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje w tym przypadku na sam fakt opóźnienia bez względu na przyczynę.” Powyższe „nie oznacza jednak, że okoliczności te nie mogą być brane pod uwagę przy

ocenie, czy istnieje podstawa do miarkowania kar umownych. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. podstawą miarkowania kary umownej jest wykonanie zobowiązania w znacznej części oraz jej rażąco wygórowanie”.

Powód wskazał, że realizowana umowa o „Aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego na rozbudowę drogi wojewódzkiej” jest w istocie umową o przygotowanie od podstaw nowego projektu. Mimo zapewnień zamawiającego, nie było możliwości wykorzystania dokumentacji opracowanej w 2005 roku, z uwagi na błędy techniczne popełnione przy jej sporządzaniu oraz z uwagi na istotne braki tej dokumentacji, np. w przypadku prac geologicznych i geodezyjnych. Sąd pierwszej instancji wskazał, że jak wynika z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa drogowego, obowiązki powoda określone w umowie poprzez odwołanie do SIWZ dotyczące formy i składu dokumentacji – określono w sposób, który jednoznacznie wskazywał na potrzebę działań niejako od podstaw – przy nieznacznym (pomocniczym) zakresie wykorzystania istniejącej dokumentacji. Okoliczność tę potwierdził sam pozwany. Ponadto, jak wynika z pkt 2.3.1. SIWZ, w celu prawidłowego przygotowania oferty, zaleca się zapoznanie się z dotychczasowymi opracowaniami, będącymi w posiadaniu (...) oraz dokonanie wizji w terenie i zapoznanie z kopią mapy zasadniczej, a tam, gdzie istnieją wątpliwości, sprawdzenie przy pomocy odkrywek sieć uzbrojenia podziemnego. Natomiast, w pkt 2.4.1.2. znajduje się zapis, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest dokładnie zapoznać się z będącymi w posiadaniu Zamawiającego dotychczasowymi opracowaniami oraz dokonanie wizji lokalnej w terenie pod kątem zakresu opracowania objętego zamówieniem. Biegły sądowy z zakresu budownictwa podkreślił, że samo wykonanie wglądu do dokumentacji projektowej w czasie przetargu wprawdzie nie zapewni możliwości ustalenia, czy zawiera ona błędy, można jednak określić wstępnie zakres niezbędnych prac projektowych i koniecznych uzgodnień. Z opinii z zakresu geologii wynika, że czas 12 dni roboczych na zapoznanie się z dokumentacją przetargową, to ten czas był wystarczający na analizę warunków geologicznych. Natomiast termin 9 – 12 miesięcy jest terminem wystarczającym na wykonanie umowy.

Z kolei okoliczność występowania zbyt dużej pokrywy śniegu, nie uzasadnia, w ocenie Sądu Okręgowego, domagania się przez powoda wydłużenia terminu do wykonania umowy. Taką okoliczność powód powinien, po pierwsze przewidzieć, a po drugie, jak wynika z informacji meteorologicznej wysokość pokrywy śnieżnej w okresie, w którym powód był zobowiązany wykonać umowę nie była szczególna w porównaniu z innymi okresami zimowymi.

Powód podnosił także, że pozwany domagał się wykonania projektu odnośnie chodników usytuowanych na terenie niezabudowanym, co wykraczało poza ustalony zakres umowy. Jak wynika jednak z zeznań świadka M. M., chodnik miał być zaprojektowany na terenach zabudowanych. Teren zabudowany to nie to samo co obszar zabudowany, a projektanci powoda, obszar zabudowany traktowali jako teren zabudowany. Analogiczne zeznał świadek M. K., że obszar zabudowany określony jest znakami drogowymi. Teren zabudowany natomiast to pojęcie dyskusyjne. Pojęcie terenu zabudowanego nie jest obecnie pojęciem prawnym. Jak wynika z treści ustawy z 20 czerwca 1997 roku Prawo o ruchu drogowym mowa jest o obszarze zabudowanym, który jest obszarem oznaczonym odpowiednimi znakami drogowymi (par. 2 pkt 15). SIWZ posługuje się pojęciem terenu zabudowanego, niemniej jednak, pojęcia tego nie precyzuje. Powód tego nie wyjaśniał przed złożeniem oferty. W związku z powyższym, w ocenie Sądu Okręgowego, zakres prac wykonanych przez powoda mieści się w przedmiocie umowy określonym szczegółowo w SIWZ, stanowiącej załącznik do umowy.

Mając na uwadze powyższe rozważania Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód w trakcie realizacji zamówienia dopuścił się szeregu zaniedbań, które w rezultacie skutkowały opóźnieniem w wykonaniu umowy. Niemniej jednak, w ocenie Sądu, wysokość kary umownej, którą został obciążony powód, winna podlegać miarkowaniu.

W rezultacie wykonał umowę łączącą strony, powód reagował też na zgłaszane zastrzeżenia i bez zwłoki dokonywał żądanej korekty dokumentacji. Dokumentacja przekazana 3 listopada 2010r. była niekompletna, chociaż w minimalnym zakresie. Powód wystawił fakturę VAT w dniu 17 listopada 2010 roku, ale wobec nieodebrania prac, jako niekompletnych, uzupełnił braki i ponownie 21 grudnia 2010 r. wystawił fakturę (...), doręczoną pozwanemu w tej samej dacie. Mimo opóźnienia w wykonaniu umowy, pozwany nie poniósł z tego powodu szkody. Okoliczności tej nie dowodził. W prawdzie okres opóźnienia był dosyć długi, ale z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa

drogowego wynika, że tego rodzaju prace realizuje się w okresie 9-12 miesięcy i w tym czasie ostatecznie umowa została wykonana.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Sąd Okręgowy uznał, że kwota 253.227 zł - stanowiąca połowę wartości zamówienia netto jest rażąco wysoka dla obciążenia powoda karą umowną. Podlega miarkowaniu o 1/2. Sąd uznając zasadność naliczenia kary umownej obniżył jej wysokość do kwoty 126.613,50 zł. Uznał potrącenie za nieskuteczne co do pozostałej kwoty i zasądził część dochodzonego wynagrodzenia. W pozostałej części, Sąd pierwszej instancji powództwo oddalił, uznając za skuteczne potrącenie kary umownej.

Sąd zasądził powyższą kwotę wraz z ustawowymi odsetkami od 21 stycznia 2011 roku, tj. po upływie 30 dni od doręczenia faktury.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. stosując zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów, zaś o kosztach sądowych na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od tego wyroku wniosły obie strony.

Powód(...)spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Z. zaskarżyła wyrok w punkcie II i III. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z § 6 pkt 4 umowy z dnia 16 grudnia 2009r. zawartej pomiędzy powodem a pozwanym, poprzez błędną ich wykładnię i niezasadne przyjęcie, że pozwany uprawniony był do potrącenia kary umownej z wynagrodzenia powoda, w sytuacji, w której strony umowy z dnia 16 grudnia 2009r. zastrzegły możliwość naliczenia kar umownych i dokonania ich potrącenia z wynagrodzenia należnego powodowi tylko i wyłącznie w przypadku zwłoki w zapłacie kary umownej, a więc po uprzednim wezwaniu do zapłaty kar umownych - co nie nastąpiło,

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności art. 484 § 2 kodeksu cywilnego, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i niedostateczne miarkowanie kary umownej naliczonej przez pozwanego wobec powoda, w sytuacji, której w powództwie (str. 11 i 12) wskazywano na konieczność miarkowania, z uwagi na fakt, że pozwany dokonał potrącenia kwoty odpowiadającej prawie 50 % ustalonego wynagrodzenia, a tym samym kary rażąco wygórowanej

- w sytuacji, w której niedostateczne miarkowanie dokonane przez Sąd prowadzi do ustalenia kary umownej w wysokości 25 % wynagrodzenia powoda, co nadal stanowi karę rażąco wygórowaną i w żaden sposób nie można uznać, iż doszło do zmniejszenia kary umownej po myśli art. 484 § 2 k.c.,

3) sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, przez błędne przyjęcie, iż miejsce miało opóźnienie w wykonaniu umowy, a okres opóźnienia był dość długi (str. 33 uzasadnienia wyroku), a tym samym, że były podstawy do naliczenia przez pozwanego kar umownych, w sytuacji, w której zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, a w szczególności opinie biegłych z zakresu geodezji, geologii oraz z zakresu architektury i budownictwa lądowego wskazują na fakt, iż wydłużenie realizacji umowy było wynikiem okoliczności za które powód nie ponosi winy, jak też wynikało to ze zlecenia przez pozwanego prac dodatkowych tuż przed terminem wykonania umowy - a więc były to okoliczności zawinione przez samego pozwanego - a ponadto złożenie przez powoda dokumentacji w dniu 15 listopada 2010r. umożliwiło pozwanemu wystąpienie z wnioskiem o wydanie „zezwoleń na realizację inwestycji drogowej”.

Wskazując na powyższe podstawy wnosił o:

- o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. II i III, i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 126.613,50 zł oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych, lub

- z ostrożności procesowej - z uwagi na fakt, podniesienia zarzutu niedostatecznego miarkowania kary umownej - o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. II i III, i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 100.000 zł oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych a ponadto wnoszę o:

- o przyznanie powodowi częściowego zwolnienia od kosztów sądowych, a mianowicie od opłaty wpisowej od apelacji.

Pozwany (...)zaskarżyło wyrok w punktach I, III i IV w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego tj.:

a) art. 484 par. 2 k.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez ich nieprawidłową wykładnię oraz art. 232 kpc poprzez jego niezasadne niezastosowanie, wyrażające się w przyjęciu, że powództwo zasługuje na częściowe uwzględnienie ponieważ pozwany nie wykazał, że po jego stronie wystąpiła szkoda i w jakich rozmiarach, podczas gdy ciężar dowodu w tej kwestii spoczywał na powodzie,

b) art. 484 par. 2 k.c. poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy powód nie podnosił zarzutu miarkowania kary umownej, lecz jedynie niezasadności naliczenia kary umownej.

c) art. 481 par. 1 k.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na zasądzeniu na rzecz powódki odsetek ustawowych za zwłokę od dnia 21 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty, w sytuacji gdy dopiero na skutek wydania wyroku przez Sąd Okręgowy ustalono, o jaką kwotę zmniejszono kary umowne.

ewentualnie

2. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia wyrażający się w nieprawidłowym przyjęciu, że naliczona powodowej spółce kara umowna była rażąco wygórowana, podczas gdy specyfika działalności pozwanego polegająca na budowie i rozbudowie dróg, finansowanej zarówno ze środków budżetu województwa, jak i innych środków przyznawanych terminowo wymaga takiego oddziaływania na kontrahentów, aby projekty były realizowane terminowo.

3. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 328 par. 2 kpc poprzez niedostateczne wyjaśnienie podstawy prawnej i faktycznej wyroku w części w jakiej Sąd Okręgowy uznał karę umowną za rażąco wygórowaną oraz co do zakresu miarkowania kary umownej, a także podstawy prawnej wyroku w części w jakiej Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powódki odsetki za zwłokę.

W konsekwencji postawionych zarzutów pozwany wnosil o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, obciążenie powodowej spółki kosztami postępowania oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za obydwie instancje wg norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacje obu stron jako bezzasadne podlegają oddaleniu.

Sąd Apelacyjny podziela i uznaje za swoje ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji ponieważ ustalenia te znajdują oparcie w zebranych materiale dowodowym, ocenionym przez ten Sąd w granicach zakreślonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c.

Skarżący nie podważali ustaleń Sądu Okręgowego. Wprawdzie w apelacjach zostały postawione zarzuty dotyczące sprzeczności ustaleń sądu z treścią zebranego materiału dowodowego (pkt 3 apelacji powoda), czy błędów w ustaleniach faktycznych (pkt 2 apelacji pozwanego), ale w rozwinięciu tych zarzutów strony nie kwestionują poszczególnych ustaleń faktycznych Sądu, a ocenę prawną dotyczącą przyjęcia, że zachodziły podstawy do naliczenia kary umownej (powód), czy kwalifikacji kary umownej jako rażąco wygórowanej (pozwany).

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Z. dochodził zapłaty kwoty 253.227 zł jako brakującej części wynagrodzenia umownego, którą to kwotę pozwany potrącił tytułem kary umownej.

Zarzuty apelacji powoda kwestionujące zasadność naliczenia kary umownej nie są słuszne.

Jak trafnie zaznaczył Sąd Okręgowy i co wynika z art. 483 § 1 k.c. i art. 471 k.c. kara umowna jest formą naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, ale obowiązek zapłaty kary umownej powstaje gdy wadliwość w wykonaniu zobowiązania wynika z okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność – z jego winy.

Jednocześnie art. 473 k.c. dopuszcza możliwość przyjęcia przez dłużnika odpowiedzialności za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

W niniejszym przypadku strona pozwana naliczyła powodowi karę umowną za opóźnienie w wykonaniu zamówienia, licząc 0, 3% za każdy dzień przekroczenia terminu.

Analiza uzasadnienia Sądu Okręgowego prowadzi do wniosku, że Sąd ten uznał za stroną pozwaną, iż kara umowna w oparciu o postanowienia umowy przysługiwała także w przypadku opóźnienia niezawinionego. Jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego stanowisko to było zbyt daleko idące. Tylko to, że w § (...) umowy użyto określenia „z tytułu opóźnienia w wykonaniu zamówienia” nie daje podstaw do przyjęcia, że zgodnym zamiarem stron i celem umowy (art. 65 §2 k.c.) było odstępstwo od ogólnych zasad i rozszerzenie w trybie art. 473 k.p.c. odpowiedzialności wykonawcy za samo przekroczenie terminu wykonania umowy i to bez względu na jego przyczynę, czyli za wszelkie przyczyny, tym bardziej, że art. 473 k.c. wymaga określenia okoliczności, z powodu których dłużnik będzie ponosił rozszerzoną odpowiedzialność.

Oznacza to, że w niniejszym przypadku powód, aby zwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej uprawniony był do powoływania się na fakt, że opóźnienie, które wystąpiło było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi, niemniej jednak jego obciążał ciężar dowodu w tym zakresie (co wynika z konstrukcji art. 471 k.c. i art. 476 k.c.), któremu nie podołał.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że samo wykonanie umowy przez powodową spółkę z przekroczeniem terminu jest oczywiste. Poza sporem jest, że w terminie przewidzianym w umowie - w dniu 30 lipca 2010 roku – zamówienie nie było w pełni wykonane. Nie ma także podstaw do uznania za datę wykonania umowy 15 listopada 2010 roku, kiedy powód przedłożył dokumentację wystarczającą do wystąpienia o zezwolenie na realizację inwestycji drogowej. Z § 3 ust. 1 umowy wprost wynika, że za wykonanie zamówienia uznaje się przekazanie zamawiającemu opracowania zawierającego kompletną dokumentację projektową objętą zamówieniem (k.68), co nastąpiło dopiero 28 grudnia 2010 roku, kiedy pozwany otrzymał także dokumentację obejmującą projekt organizacji ruchu i jego zatwierdzenie.

Oznacza to, że doszło do nienależytego wykonania umowy – z naruszeniem terminu, co uprawniało pozwanego do naliczenia kary umownej. Wbrew wywodom apelacji powoda materiał dowodowy zebrany w sprawie, w szczególności opinie biegłych, nie dawał podstaw do przyjęcia jakoby wydłużenie realizacji umowy było wynikiem okoliczności, za które powód nie ponosi okoliczności.

Przede wszystkim przedmiotem umowy było przygotowanie nowych projektów i dokumentacji koniecznej do wystąpienia o zezwolenie na realizację inwestycji drogowej – rozbudowy części drogi wojewódzkiej nr(...), a co za

tym idzie wykonanie wszystkich niezbędnych czynności do stworzenia takich projektów i opracowania koniecznych materiałów. O tym co jest przedmiotem świadczenia strony nie decyduje sama nazwa umowy, a przede wszystkim zakres obowiązków wynikających z poszczególnych postanowień umownych (treść umowy), jak też cel społeczno-gospodarczy zobowiązania, zasady współzycia społecznego, a nawet z ustalone zwyczaje (art. 354 § 1 k.c.).

Jak wskazał Sąd Okręgowy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zostały wskazane elementy składowe jakie ma zawierać zamawiany projekt (k.27-28), a biegły z zakresu budownictwa D. F. wprost wskazał, że opisany w specyfikacji zakres prac do wykonania oraz składniki dokumentacji szczegółowo definiują formę taką, jaka jest wymagana do opracowania praktycznie nowej dokumentacji (k. 373), w tym konieczne było opracowanie nowej mapy do celów projektowych w podwyższonym standardzie, czy, że obowiązki powoda określone w umowie poprzez odwołanie do SIWZ, dotyczące formy i składu dokumentacji, określono w sposób, który jednoznacznie wskazywał na potrzebę działań niejako od podstaw przy nieznacznym (pomocniczym) zakresie wykorzystania istniejącej dokumentacji (k.375). Podobny wniosek wynika z opinii biegłego geologa J. M., który wskazywał, że istniejąca wcześniej dokumentacja była niepełna i niewystarczająca i było widoczne, że jest konieczność opracowania nowych dokumentów niezbędnych dla sporządzenia projektu budowlanego modernizacji drogi (k.484-485, 487, 488, 489, 490), a był wystarczający czas do zapoznania się z dokumentacją przetargową i analizy warunków geologicznych (k.488).

Należy wskazać, że także z wyjaśnienia treści SIWZ w trybie art. 38 prawa zamówień publicznych, z którym pracownicy powoda się zapoznawali (zeznania świadka T. S. k.297v), wynika, że zakres przedstawionych w SIWZ wymogów obejmuje opracowanie dokumentacji praktycznie na nowo – na nowej mapie do celów projektowych i na podstawie nowych warunków branżowych (k.65-66).

W konsekwencji powód zapoznając się z dokumentacją przetargową mógł i winien ocenić zakres niezbędnych prac projektowych i innych czynności, w tym ewentualnych procedur, koniecznych do opracowania dokumentacji i wykonania zamówienia. Tym samym wszelkie zarzuty strony powodowej odnoszące się do braków i błędów poprzedniej dokumentacji i konieczności wykonywania większego zakresu prac i opracowania szerszej dokumentacji (nie tylko poprawiania istniejącej) nie dawały podstaw do zmiany umowy, jak też nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla przekroczenia terminu wynikającego z umowy.

Można dodać, że sam powód miał świadomość jaki jest zakres jego obowiązków skoro po zawarciu umowy sporządził harmonogram obejmujący całość niezbędnych prac (k. 74), jak też ostatecznie wykonał całość przewidzianej umową i oczekiwanej dokumentacji.

Jak trafnie uznał Sąd Okręgowy także trudne warunki meteorologiczne, czy konieczność zaprojektowania na pewnym odcinku chodników nie uzasadniało wydłużenia terminu do wykonania umowy i tym samym nie usprawiedliwia opóźnienia.

Biegły geodeta L. J. wskazał, że warunki zimowe - występowanie pokrywy śnieżnej nie zamykają geodetom możliwości pomiarów, choć wydłużają czas ich trwania (k.403). Skoro powód podjął się wykonania dokumentacji (której elementem było wykonanie mapy geodezyjnej do celów projektowych) w okresie zimowym, to winien uwzględnić i odpowiednio skalkulować czas pracy geodetów w polskich warunkach zimowych, w których śnieg i mróz są zwykłymi zjawiskami.

Sąd Apelacyjny podziela także argumentację Sądu Okręgowego co do tego, że prace projektowe dotyczące wykonania chodników na odcinku 10+700 km do 12+100 km mieściły się w przedmiocie umowy. W apelacji skarżący nie odniósł się i nie podważył tej argumentacji, w szczególności dotyczącej braku tożsamości terenu zabudowanego i obszaru zabudowanego.

Należy dodać, że także konieczność zaprojektowania dodatkowego wzmocnienia konstrukcji na pewnym odcinku drogi z uwagi na ujawnione pokłady torfu nie stanowi okoliczności, która nie obciąża powoda, gdyż określenie

warunków geotechnicznych i zaprojektowanie stosownej do nich konstrukcji drogi było elementem obowiązków powoda przewidzianych w umowie.

Z powyższych względów podnoszone przez powoda okoliczności, nawet jeśli miały wpływ na wydłużony czas wykonania umowy, nie mogą być uznane za okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności, a tym samym nie zostały wykazane przesłanki zwalniające wykonawcę od zapłaty kary umownej wynikającej z nienależytego – po terminie - wykonania zobowiązania.

Ubocznie należy dodać, że nawet jeśliby uznać powyższe okoliczności za usprawiedliwiające opóźnienie, to powód nie wykazał jakiego rzędu wydłużenie terminu wywoływały – nie wskazał i nie wykazał kiedy konkretnie dane prace byłyby wykonane, a kiedy i jak długo faktycznie były wykonywane z uwagi na powyższe utrudnienia, co i tak uniemożliwiłoby stosowne zmniejszenie kary umownej w zakresie niezawinionym przez powoda.

Natomiast słusznie uznał Sąd Okręgowy, że zachodziły podstawy z art. 484 § 2 k.c. do zmniejszenia kary umownej obciążającej powoda o połowę i zarzuty stron naruszenia tego unormowania nie zasługują na uwzględnienie.

Przede wszystkim nie jest zasadny zarzut apelacji pozwanego jakoby powód nie podnosił zarzutu miarkowania kary umownej, a jedynie niezasadności jej naliczenia. Już w pozwie strona powodowa powoływała się na art. 484 § 2 k.c. i podnosiła nadmierność kary umownej odwołując się do okoliczności, które miałyby przemawiać za obniżeniem tej kary. To stanowisko powoda już dostatecznie ujawniało wolę powoda zmniejszenia kary umownej i dawało podstawę do reakcji ze strony pozwanej, aby odnieść się do tego żądania i przytaczania swoich argumentów w tym względzie.

W toku postępowania stanowisko i inicjatywa dowodowa stron skupiała się większości na kwestii zasadności naliczenia kary umownej, ale w ramach

kwestii z tym związanych były podnoszone liczne okoliczności, które dawały podstawę do oceny czy przyjęta kara umowna jest rażąco wygórowana, czy też nie, a ocena ta winna być dokonana w kontekście całokształtu okoliczności.

Nie jest także uzasadniony zarzut apelacji powoda dotyczący naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. jakoby Sąd Okręgowy niedostatecznie wyjaśnił podstawę prawną i faktyczną w zakresie uznania kary umownej za rażąco wygórowaną, gdyż Sąd wskazał jako podstawę prawną art. 484 § 2 k.c. i przytoczył okoliczności, które w jego ocenie przemawiały za zastosowaniem tego unormowania i Sąd Apelacyjny podziela tę ocenę.

Przede wszystkim Sąd nie ograniczył się do kwestii braku szkody, a był to tylko jeden ze wskazanych elementów. Wprawdzie powód nie odwoływał się wprost do braku szkody po stronie pozwanej, ale w toku postępowania podnosił fakt wystąpienia przez pozwanego o zezwolenie i ogłoszenia przetargu na realizację inwestycji. Istotnie powód wykonał umowę łączącą strony, a strona pozwana wykorzystała dokumentację sporządzoną przez powoda i uzyskała w oparciu o nią niezbędne zezwolenie i prowadziła dalszą inwestycję, co wskazuje, że cel umowy został osiągnięty.

Ponadto, jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy, biegły D. F. wskazał, że czas wymagany do opracowania takiej dokumentacji to okres 9-12 miesięcy (k.378-379). Wprawdzie strona powodowa przyjęła na siebie obowiązek wykonania dokumentacji w krótszym okresie, ale oznacza to, że musiało to wiązać się ze szczególnym wysiłkiem organizacyjnym i zwiększonym nakładem pracy. Dlatego, choć powód nie podolał wykonaniu umowy w krótszym terminie, to wskazany przez biegłego normalnie potrzebny dłuższy czas, jest jedną z okoliczności, która przemawia za zastosowaniem art. 484 § 2 k.c.

Za potraktowaniem kary jako rażąco wygórowanej przemawia też to, że stanowi ona prawie połowę ustalonego wynagrodzenia (netto), co biorąc pod uwagę, że cel umowy został przez wierzyciela osiągnięty byłoby krzywdzące dla dłużnika.

Powyższe okoliczności przemawiały za zmniejszeniem obciążającej powoda kary i to w zakresie przyjętym przez Sąd Okręgowy - o połowę.

Pozostała kwota kary 126613, 50 zł stanowi w dalszym ciągu ok. ¼ wynagrodzenia (netto) i wbrew apelacji pozwanego nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za niedotrzymanie terminu. Utrata takiej kwoty jest niewątpliwie odczuwalna dla wykonawcy i spełnia swoją funkcję represyjną.

Z drugiej strony nie ma podstaw aby zmniejszać ją w dalszym zakresie, jak chce powód, bo jednak okres przekroczenia terminu był długi i wykonawca winien ponieść z tego tytułu sankcję ekonomiczną, skoro wynikała ona z umowy.

Dlatego też pozwane (...)uprawnione było do potrącenia z należnego powodowi wynagrodzenia kwoty 126 613 zł 50 gr.

Jak słusznie podnosi powodowa Spółka umowa przewidywała możliwość potrącenia kary umownej z wynagrodzenia, ale w przypadku opóźnienia w zapłacie kar umownych (§ 6 ust. 4 umowy). O opóźnieniu można mówić jeśli dłużnik nie spełnia świadczenia w terminie. Także przepis art. 498 § 1 k.c. przewiduje jako warunek potrącenia wymagalność obu wierzytelności. W przypadku wierzytelności termin wymagalności w zasadzie pokrywa się z terminem spełnienia świadczenia. Termin spełnienia przedmiotowej kary umownej nie jest oznaczony w umowie ani nie wynika z właściwości zobowiązania, wobec czego stawała się wymagalna dopiero po podjęciu przez wierzyciela określonej czynności - wezwania dłużnika do spełnienia świadczenia, który winien dokonać zapłaty niezwłocznie (art. 455 k.c.).

W niniejszym przypadku w dniu 28 grudnia 2010 roku pozwane(...)- (...)wystosowało do powoda pismo o naliczeniu kary umownej, jej wysokości i sposobie wyliczenia oraz notę księgową wskazującą na obciążenie przedmiotową karą umowną (k.151-152). Dokumenty te należy uznać za równoznaczne z wezwaniem do zapłaty, co skutkowało wymagalnością kary umownej i w konsekwencji dopuszczalne było złożenie skutecznie oświadczenia o potrąceniu wierzytelności (art. 498 § 1 k.c.). Oświadczenie takie zostało złożone w toku postępowania wraz z pismem z dnia 21 lipca 2011 roku przez pełnomocnika, który posiadał upoważnienie do podejmowania wszelkich czynności prawnych (k.176, 282, 283, 295v).

W konsekwencji powyższego wystąpił skutek w postaci umorzenia wierzytelności do wysokości 126613, 50 zł (art. 498 § 2 k.c.), co uzasadniało zasądzenie pozostałej kwoty wynagrodzenia - 126613, 50 zł.

Jak wynika z § (...)ust. (...) umowy należność z tytułu wynagrodzenia winna być uregulowana w ciągu 30 dni od daty dostarczenia faktury, co nastąpiło w dniu 21 grudnia 2010 roku (k.149). Oznaczało to, że pozwany zobligowany był do zapłaty do dnia 20 stycznia 2011 roku, a tym samym od dnia 21 stycznia 2011 roku pozostawał w opóźnieniu i na mocy art. 481 § 1 i 2 k.c. zobligowany był do zapłaty odsetek ustawowych. Dlatego zarzut apelacji pozwanego dotyczący naruszenia tego unormowania nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na względzie powyższe rozważania i przepisy Sąd Apelacyjny oddalił obie apelacje jako bezzasadne na mocy art. 385 k.p.c.

Z uwagi na fakt, że apelacje obu stron zostały oddalone, a każda z nich dotyczyła identycznej wartości przedmiotu sporu, jak też każda ze stron poniosła jednakowe koszty procesu Sąd Apelacyjny zniósł wzajemnie między stronami koszty procesu za drugą instancję na mocy art. 100 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.