

Sygn. akt I ACa 523/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Bogdan Radomski
Sędzia:	SA Jolanta Terlecka
Sędzia:	SA Jerzy Nawrocki (spr.)
Protokolant	Kinga Panasiuk

po rozpoznaniu w dniu 28 lutego 2017 r. w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy M. P. - (...)

w P.

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) Spółce Jawnej w Ś.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie

z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. akt IX GC 6/09

I. z apelacji pozwanej zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1) w punkcie I powództwo oddala;

2) w punkcie III zasądza od Gminy M. P. - (...)w P. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Spółki Jawnej w Ś. kwotę 22.417 (dwadzieścia dwa tysiące czterysta siedemnaście) złotych;

3) w punkcie IV podwyższa nakazaną do pobrania od Gminy M. P. - (...) w P. kwotę 8.333,45 zł do kwoty 11.313,40 (jedenaście tysięcy trzysta trzynaście 40/100) złotych;

4) uchyla punkt V wyroku;

II. oddala apelację powódki w całości;

III. zasądza od Gminy M. P. - (...) w P. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Spółki Jawnej w Ś. kwotę 10.800 (dziesięć tysięcy osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego;

IV. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Lublinie od Gminy M. P. - (...) w (...) 093 (czternaście tysięcy dziewięćdziesiąt trzy) zł tytułem opłaty sądowej od apelacji, od uiszczenia której pozwana była zwolniona.

I A Ca 523/16

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 12 lutego 2016 r. Sąd Okręgowy w Lublinie po rozpoznaniu sprawy z powództwa Gminy M. P. – (...) w P. przeciwko Przedsiębiorstwu (...) Spółce Jawnej w Ś. o zapłatę zasądził na rzecz powodowej Gminy od pozwanego 281.856,19 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 15 lutego 2008 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty.

Oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Zasądził od pozwanego na rzecz powodowej Gminy 9.287,80 zł tytułem zwrotu kosztów procesu i nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa od powodowej Gminy 8.333,45 zł, a od pozwanego 2.979,95 zł tytułem wydatków poniesionych tymczasowo z sum budżetowych Skarbu Państwa.

Powodowa Gmina wniósł o zasądzenie od pozwanego 1.070.234,94 zł z odsetkami ustawowymi od kwoty 563.712,37 zł od dnia 15 lutego 2008 roku do dnia zapłaty oraz od kwoty 506.522,57 zł od dnia 28 października 2008 roku do dnia zapłaty.

Na dochodzoną sumę miały się składać:

- kwota 563.712,37 zł tytułem kary umownej,
- kwota 499.951,07 zł tytułem poniesionych przez powoda kosztów rozbiórki nieprawidłowo wykonanych fragmentów ulic,
- kwota 6.571,50 zł tytułem poniesionych dodatkowych kosztów związanych z naprawą uszkodzonych elementów istniejącego uzbrojenia wodno – kanalizacyjnego.

Pozwane Przedsiębiorstwo (...) Spółka Jawna w P. wносиło o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że strony w dniu 23 maja 2007 roku zawarły umowę o roboty budowlane, na podstawie której pozwana Spółka, jako wykonawca, zobowiązał się wykonać na rzecz Gminy M. P. jako zamawiającego zadanie inwestycyjne pod nazwą „Budowa dróg gminnych w osiedlu (...) w P.”.

W szczególności wykonywane prace miały obejmować budowę dróg w ulicach (...) (055-057 KD), J., Ś., K., Z., D. (083 KD, 073-074 KD), K., A. (025-026 KL), A. (027 KL), S., S., (...), R. - J. (07 KL-012 KD), B. (015 KD).

Termin rozpoczęcia realizacji umowy ustalono ostatecznie na 15 czerwca 2007 roku (harmonogram rzeczowo - finansowy budowy ulic w osiedlu (...) – K. w P., k. 346 - 349), a zakończenia prac na dzień 30 czerwca 2008 roku.

Wysokość wynagrodzenia za wykonane roboty została natomiast określona na kwotę 5.637.123,73 zł (umowa o roboty budowlane nr PI- (...) z dnia 23 maja 2007 roku, k. 26 - 30).

W dniu 30 maja 2007 roku plac budowy został przekazany pozwanemu przez zamawiającego, wraz z pozwoleniem na budowę, dziennikiem budowy oraz dokumentacją projektową (protokół przekazania placu budowy z dnia 30 maja 2007 roku, k. 42 - 45, protokół zdawczy z dnia 30 maja 2007 roku, k. 46, 47).

Pismem z dnia 21 czerwca 2007 roku M. Z. - dotychczasowy kierownik budowy, zrezygnował z pełnienia swych obowiązków (oświadczenie M. Z. z dnia 21 czerwca 2007 roku, k. 54).

Po tym dniu prace były wykonywane bez udziału kierownika budowy (pismo powoda z dnia 22 czerwca 2007 roku, k. 55, notatka służbowa z dnia 22 czerwca 2007 roku, k. 56).

W dniu 25 czerwca 2007 roku M. K. - inspektor nadzoru inwestycyjnego, wypowiedział umowę na pełnienie obowiązków nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji. Jako podstawę wskazał nie przełożenie przez wykonawcę planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, niewytyczenia obiektów w terenie przez uprawnionego geodetę, a także nieprzedstawienie wiarygodnych dokumentów potwierdzających zgodność cech jakościowych materiałów z wymaganiami projektu budowlanego (pismo M. K. z dnia 25 czerwca 2007 roku, k. 57, 58).

W dniu 9 lipca 2007 roku M. P. podjął się wykonywania obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji pod nazwą „Budowa dróg gminnych w osiedlu (...) w P.”, a K. C. przyjął na siebie obowiązki kierownika budowy (oświadczenie o podjęciu obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego robót budowlano - montażowych z dnia 9 lipca 2007 roku, oświadczenie kierownika budowy z dnia 9 lipca 2007 roku, k. 61, 62).

Podczas wizji lokalnej na terenie budowy w dniu 27 lipca 2007 roku, stwierdzono liczne uchybienia w wykonywanych pracach. W związku z powyższym, inspektor nadzoru inwestorskiego nakazał wstrzymanie wszelkich prac w obrębie skrzyżowań z ul. (...), ze względu na brak wymaganego przepisami oznakowania robót. Na budowie nie stwierdzono także jakichkolwiek działań organizacyjnych związanych z przygotowaniem placu budowy, tj. brak barakowozu, tablic informacyjnych oraz zaplecza socjalnego budowy (notatka służbowa z dnia 27 lipca 2007 roku, k. 102). Ze względu na powyższe okoliczności, inspektor nadzoru inwestorskiego w dniu 30 lipca 2007 roku wstrzymał roboty budowlane na os. (...) (notatka służbowa z dnia 30 lipca 2007 roku, k. 103).

W dniu 1 sierpnia 2007 roku M. P. - inspektor nadzoru inwestorskiego stwierdził brak właściwej organizacji budowy, złą jakość wykonywanych dotychczas robót, a także znaczne opóźnienie w ich wykonywaniu, zagrażające terminowości realizacji inwestycji (stanowisko inspektora nadzoru inwestorskiego z dnia 1 sierpnia 2007 roku, k. 106).

W odpowiedzi pozwany w dniu 2 sierpnia 2007 roku przedstawił powodowi program zapewnienia jakości, zawierający planowaną organizację prac oraz sposób prowadzenia robót (program zapewnienia jakości związanych budową ulic w os. (...) w P., k. 108 - 110).

Ze względu na spełnienie przez pozwanego warunków określonych w piśmie z dnia 22 sierpnia 2007 roku, prowadzenie robót budowlanych na przełomie sierpnia i września 2007 roku zostało wznowione (pismo z dnia 22 sierpnia 2007 roku, k. 124, pismo pozwanego z dnia 1 września 2007 roku, k. 127).

Dokonując oceny realizacji inwestycji w dniu 25 października 2007 roku, inspektor nadzoru inwestorskiego stwierdził, że w okresie od 30 maja 2007 roku do 22 października 2007 roku wykonano około 2,5 % całego zakresu rzeczowego robót, natomiast po uwzględnieniu koniecznych rozbiórek zakres wykonanych prac można szacować jedynie na około 1,5 %. Ponadto wskazał, iż niemożliwe jest wykonanie całości budowy w umówionym terminie (ocena realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa dróg gminnych w osiedlu (...) w P.” z dnia 25 października 2007 roku, k. 132 - 134).

Ze względu na wątpliwości co do jakości wykorzystywanego przez pozwanego gruntocementu oraz wstrzymanie wszelkich robót na całej budowie przez inspektora nadzoru inwestorskiego w dniu 23 listopada 2007 roku, powód pismem z dnia 28 listopada 2007 roku wezwał pozwanego do natychmiastowego zaprzestania wykonywania robót.

Roboty były jednak realizowane (pismo powoda z dnia 28 listopada 2007 roku, k. 151, pismo pozwanego z dnia 28 listopada 2007 roku, k. 153 - 155).

Pozwany wystawił na rzecz powoda w dniu 3 grudnia 2007 roku fakturę VAT nr (...), na łączną kwotę 502.030,83 zł, tytułem zapłaty częściowej za budowę dróg gminnych w osiedlu (...) w P. (faktura VAT nr (...) z dnia 3 grudnia 2007 roku, k. 157).

W piśmie z dnia 7 grudnia 2007 roku powód oświadczył, że zwraca fakturę bez realizacji, ze względu na istnienie wad w wykonywanych robotach budowlanych (pismo powoda z dnia 7 grudnia 2007 roku, k. 159, 160).

W dniu 31 grudnia 2007 roku (...) w P., na podstawie § 17 umowy o roboty budowlane nr PI- (...) w zw. z art. 635 i 636 § 1 k.c. odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, ze skutkiem na dzień doręczenia Przedsiębiorstwu (...) Spółce Jawnej w Ś. przedmiotowego pisma.

W ocenie zamawiającego roboty realizowane były wadliwie, w sposób sprzeczny z umową oraz założeniami zawartymi w dokumentacji projektowej. Ponadto zamawiający wezwał wykonawcę do sporządzenia protokołu inwentaryzacji (obmiaru) robót wykonanych do dnia otrzymania oświadczenia o odstąpieniu (oświadczenie o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane nr PI- (...) z dnia 31 grudnia 2007 roku, k. 171 - 174).

Dokonując oględzin terenu budowy w dniu 4 stycznia 2008 roku, Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w P. stwierdził, że brak jest w dzienniku budowy jakichkolwiek wpisów dotyczących wytyczenia ulic, sporządzonych przez uprawnionego geodetę. Ponadto wskazano na istnienie odstępstw od projektu budowlanego (protokół oględzin z dnia 4 stycznia 2008 roku, k. 168, 169).

Pozwany wezwał powoda do cofnięcia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Jednocześnie wskazał, że terminowe zakończenie robót jest nadal wysoce prawdopodobne, a wadliwość wykonywanych prac jest nieistotna, nie ogranicza funkcjonalności obiektu, ani nie narusza jego estetyki (pismo pozwanego z dnia 4 stycznia 2008 roku, k. 175 – 183).

Ponadto pismem z dnia 12 stycznia 2008 roku pozwany wezwał powoda do zapłaty kwoty 502.030,83 zł wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 3 grudnia 2007 roku w terminie 7 dni (wezwanie przedsądowe z dnia 12 stycznia 2008 roku, k. 184-186).

Powód ponownie odmówił zapłaty powyższej sumy, podtrzymując swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 7 grudnia 2007 roku (pismo powoda z dnia 29 stycznia 2008 roku, k. 187, 188).

Na skutek odstąpienia powoda od umowy, strony przystąpiły do inwentaryzacji wykonanych robót (protokół zdawczy z dnia 24 stycznia 2008 roku (k. 189).

Postanowieniem z dnia 24 stycznia 2008 roku, Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w P. wstrzymał roboty budowlane prowadzone na ulicach (...) na osiedlu (...) w P..

Poza tym nałożył obowiązek przedstawienia w terminie 30 dni inwentaryzacji wraz oceną techniczną wykonanych robót budowlanych (postanowienie Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w P. z dnia 24 stycznia 2008 roku, k. 201, 202).

Przeprowadzona przez powoda inwentaryzacja oraz ocena techniczna wykonanych robót wykazała, że wszystkie ulice posiadają cechy geometryczne odbiegające od dopuszczalnych odchyleń, dyskwalifikujące w tym wymiarze wykonane roboty drogowe (inwentaryzacja wraz z oceną techniczną wykonana w dniu 25 lutego 2008 roku przez T. K., k. 203 - 213).

Sporządzona na zlecenie powoda przez Laboratorium Drogowe przy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w L. opinia prywatna wykazała, że beton użyty do produkcji ławy betonowej na osiedlu (...) nie osiągnął zakładanej wytrzymałości dla betonu klasy B-10. Ponadto w poddanych obróbce próbach (bryłach)

betonu stwierdzono występowanie mikropęknięć (opinia prywatna sporządzona przez Laboratorium Drogowe przy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w L. w dniu 22 stycznia 2008 roku oraz w dniu 5 lutego 2008 roku, k. 193 - 200).

W dniu 5 marca 2008 roku Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w P. wydał decyzję, którą zobowiązał strony do doprowadzenia wykonanych robót do stanu zgodnego z prawem poprzez rozbiórkę fragmentów ulic nie spełniających dopuszczalnych odchyień sytuacyjnych wytyczonych tras i rzędnych niwelety oraz ponowne wyznaczenie punktów głównych osi trasy i punktów wysokościowych na tych ulicach, w terminie do dnia 30 lipca 2008 roku.

W uzasadnieniu wydanej decyzji wskazano, że odstąpiono od otrzymanego pozwolenia na budowę poprzez przesunięcie osi ul. (...) o 4 - 26 cm, a także zniżenie niwelety na ul. (...) o 2 - 4 cm. Jednocześnie Powiatowy Inspektorat Nadzoru (...) podniósł, iż zgodnie ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną dopuszczalne odchylenie sytuacyjne wytyczonej osi trasy w stosunku do dokumentacji projektowej nie może być większe niż 5 cm, a rzędne niwelety osi trasy należy wyznaczać z dokładnością do 1 cm (decyzja (...). (...).M/16/07/08 z dnia 5 marca 2008 roku, k. 267, 268).

Pozwany odmówił dokonania rozbiórki, nie wyraził zgody na dokonanie rozbiórki jakichkolwiek elementów, odmówił przekazania placu budowy oraz zwrotu dokumentacji projektowej, do czasu zakończenia postępowania w sprawie (pismo pozwanego z dnia 10 marca 2008 roku, k. 279, 280).

Z uwagi na odmowę pozwanego wykonania rozbiórki oraz upływ terminu określonego decyzją Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego, powód samodzielnie dokonał rozbiórki całości wykonanych prac na ulicach nie spełniających dopuszczalnych odchyień sytuacyjnych wytyczonych tras i rzędnych niwelety oraz ponownie je wytyczył (decyzja (...). (...).M/16/07/08 z dnia 25 lipca 2008 roku, k. 303).

W niniejszej sprawie Sąd dopuścił dowody z opinii biegłych.

Opinia biegłych z zakresu budownictwa miała na celu udzielenie odpowiedzi na pytanie czy budowa była prowadzona prawidłowo i czy była szansa na jej ukończenie w określonym terminie, w celu ustalenia czy zasadne było odstąpienie od umowy przez Gminę i obciążenie wykonawcy karą umowną.

Z opinii M. W. (biegłego sądowego z zakresu budownictwa k. 861 - 872) wynika, że inspektor nadzoru inwestorskiego zbyt często wstrzymywał prace na budowie. Dodawanie środka Rapid 610 do betonu umożliwia wykonywanie robót w temperaturze do - 10°C. Wskazany środek nie wpływa na jakość i wytrzymałość betonu, a jedynie zapewnia prawidłowy proces wiązania, wobec czego zatrzymując roboty budowlane i zabraniając dodania ulepszacza, inwestor pozbawiał wykonawcę możliwości realizacji robót w okresie zimowym.

W ocenie biegłego zgłaszane do odbioru roboty mogły posiadać drobne, nieistotne wady, które można było usunąć małym nakładem pracy. Nie były to wady istotne.

Do końca 2007 roku zostało wykonane jedynie 10,54 % umówionych prac, co oznacza, że aby zlecenie zostało wykonane w terminie na placu budowy powinno pracować około 70 pracowników, a przy zastosowaniu mechanicznej układarki do kostki 39 pracowników. W ocenie biegłego czynności podejmowane przez powoda były pochwalebne.

Z. M. (biegły sądowy z zakresu budownictwa, opinia k. 1207 - 1225, k. 1325 - 1327) w wydanej przez siebie opinii wskazał, że część robót została wykonana niezgodnie ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną. W ocenie biegłego sądowego wykonanie całości robót zarówno bez zastosowania mechanicznych rozkładarek do kostki brukowej, jak i przy ich zastosowaniu, w terminie do dnia 30 czerwca 2008 roku było niemożliwe. Ponadto decyzje Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego były prawidłowe i dawały możliwość wypowiedzenia się kierownika budowy w formie pisemnej. Zdaniem biegłego przyczyną nieterminowości realizacji prac przez pozwanego był brak harmonogramu robót sporządzonego w oparciu o przedmiar robót, a także niewłaściwa organizacja robót. Wykonawca

nie powiadomił mieszkańców o czasowej likwidacji wjazdów i dojeść do posesji, co spowodowało konflikt społeczny na tle robót drogowych (opinia biegłego sądowego Z. M.,).

Na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2014 roku biegły sądowy I. K. wskazał, że środki ułatwiające wiązanie betonu działają tylko przez określony czas, wobec czego przy zachowaniu dużych rygorów można prowadzić prace w temperaturze powyżej - 5°C. Sprzeciwianie się przez inwestora wprowadzeniu ulepszczy w temperaturze powyżej zera było niezasadne, gdyż można je wtedy stosować (ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego I. K., k. 2030 - 2036).

Z opinii z zakresu budownictwa sporządzonej przez Stowarzyszenie (...) i Techników (...) Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w W. wynika, że roboty były wykonywane przez pozwanego zgodnie z dokumentacją techniczną, umową oraz terminowo poza nielicznymi wyjątkami. Roboty zgłoszone przez pozwanego nie posiadały wad trwałych i istotnych, a wyniki opinii Laboratorium Drogowego przy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w L. nie mogą jednoznacznie przesądzać w niniejszej sprawie, gdyż próbki zostały pobrane wyłącznie przez jedną ze stron, w okresie zimowym.

Pozwany w ocenie instytutu miał szanse na wykonanie robót z pewnym opóźnieniem, nieprzekraczającym 3 miesięcy, wobec czego powód mógł przedłużyć termin wykonania umowy o ten okres lub odstąpić od niej. Przyczyną w nieterminowości w realizacji prac przez pozwanego było nadmierne obszarowo rozwinięcie frontu robót, powolne tempo wykonawcze, wstrzymanie robót przez powoda, a w niektórych przypadkach także brak decyzji powoda w terminie 3 dni po zgłoszeniu przez pozwanego robót zanikających (opinia Stowarzyszenia (...) i Techników (...) Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w W., k. 1637 - 1641).

Opinia biegłych z zakresu geodezji i kartografii miała na celu dokonanie ustaleń na okoliczność czy pozwany prawidłowo wyznaczył osi elementów dróg i ich wysokościowe posadowienie oraz jakie znaczenie dla oceny jakości wykonanych prac miały stwierdzone przez powoda rozbieżności w sytuacyjnym zorientowaniu wybudowanych przez pozwanego elementów ulic. Była istotna dla ustalenia czy istniały istotne wady w wykonywaniu budowy, czy można było z tego powodu wypowiedzieć umowę i czy konieczne było dokonanie rozebrania całości robót.

Z opinii z zakresu geodezji sporządzonej przez Stowarzyszenie (...) i Techników (...) Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w W. wynika, że wysokościowe posadowienie elementów dróg będących przedmiotem sporu było wykonane prawidłowo. Instytut nie stwierdził także istotnych zmian pomierzonych współrzędnych w stosunku do katalogowych, a jedynie przy punktach 15801255 oraz 15801256 odchyłki są znacznie większe, gdyż pomiar wykonywany był przy ograniczonej linii horyzontu przez blisko rosnące drzewa. Punkt 16441279 prawdopodobnie uległ przemieszczeniu o 8 cm w trakcie wykonywanych prac drogowych, tj. w późniejszym terminie niż wykonane z niego pomiary. Okoliczność tę zmiany położenia punktu w zeznaniach potwierdził P. P. gdyż punkt ten znajdował się świetle budowanej drogi. Średni błąd niwelacji wyznaczony z różnic między dwoma pomiarami podwójnej niwelacji nie przekraczał +/- 3 mm.

Instytut jednakże podniósł, że wszystkie elementy ulic wykonane przez pozwanego zostały rozebrane, wobec czego nie ma już możliwości jednoznacznego stwierdzenia przez biegłego, że były źle wykonane (opinia Stowarzyszenia (...) i Techników (...) Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w W., k. 1714 - 1716).

Z opinii uzupełniającej J. B. (1) - biegłego sądowego z zakresu geodezji wynika, że możliwa jest ocena prawidłowości wykonania prac związanych z budową ulic w 2008 roku z dokładnością podaną w projekcie technicznym. Oględziny ogólnego stanu krawężników w ulicach (...), dokonane przez biegłego, nie wykazały widocznych śladów przemieszczenia lub zniszczenia. W ocenie biegłego odchylenia osi ulic wykonanych przez pozwanego w 2007 roku zazwyczaj mieściły się w dopuszczalnej normie wynikającej ze Szczegółowej Specyfikacji (...). Na ul. (...) konieczność przesunięcia osi o 0,26 m miała na celu uniknięcie kolizji z latarniami. Przesunięcie o 0,19 m osi ul. (...) mogło wynikać z próby dopasowania końca placu nawrotowego do zaistniałej sytuacji terenowej, której nie uwzględniono w projekcie. Przesunięcia osi ul. (...) wynikały z konieczności uniknięcia kolizji z kablem elektrycznym i latarnią (opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. B. (1), k. 2242 - 2246).

W kolejnych opiniach uzupełniających J. B. (1) potwierdził, że odchyłki sytuacyjne nieprzekraczające 10 cm, uzyskane w wyniku pomiarów kontrolnych wykonanych z niezależnie założonej i wyrównanej osnowy, nie powinny być traktowane jako przesądzające o wadliwości posadowienia krawężnika. Analogicznie dotyczy to wartości 2 cm dla odchyłek wysokościowych. Biegły stwierdził także, iż w tej chwili nie można ocenić poprawności prac wykonanych przez pozwanego, gdyż brak jest danych dotyczących sytuacyjnej osnowy realizacyjnej, wobec czego weryfikacja jest praktycznie niemożliwa (opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. B. (1), k. 2322 - 2325, opinia uzupełniająca nr II biegłego sądowego J. B. (1), k. 2375 - 2377, ustna opinia uzupełniająca, k. 2380 - 2382).

W zakresie odchylenia osi ulicy (...) biegły podniósł, iż mogły się one nie mieścić w dopuszczalnej tolerancji opisanej w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, jednakże nie można tego jednoznacznie stwierdzić, gdyż nie wiadomo czy geodeta S. W. wykonywał pomiary kontrolne z osnowy realizacyjnej, z której wytyczona była oś ulicy, czy też założył własną niezależną osnowę. W ocenie biegłego w dopuszczalnej tolerancji opisanej w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej nie mieszczą się jedynie odchylenia jednego odcinka ulicy (...), tj. od + 0,05 m do - 0,08 m, świadczące o skręceniu osi wykonanej ulicy. Odnośnie pomiarów geodety S. W. wskazał, że dokumenty podpisane przez uprawnionego geodetę powinny być traktowane jako wiarygodne, a podważenie ich byłoby możliwe tylko wtedy, gdy istniałyby ku temu konkretne dowody (opinia uzupełniająca nr III biegłego sądowego J. B. (2), k. 2405 - 2407).

Na budowach często występują problemy i tylko prawidłowa współpraca wykonawcy i projektanta sprawującego nadzór autorski może je skutecznie wyeliminować, jednakże podczas realizowania przedmiotowej inwestycji nie zawsze tak było (opinia uzupełniająca Stowarzyszenia (...) i Techników (...) Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w W., k. 2408).

Wywołane opinie biegłych nie budziły wątpliwości Sądu, gdyż zostały one wykonane rzetelnie i rzeczowo. Wnioski z nich wypływające są co do zasady zbieżne, wobec czego Sąd oparł na nich swoje rozstrzygnięcie. Wskazują one na trudności dokonania precyzyjnych ustaleń ze względu na rozbiórkę pierwotnie posadowionych dróg.

Zarzuty stron co do wydanych opinii Sąd uznał za nieuzasadnione. Strony nie wnosiły o przeprowadzenie dowodu z opinii kolejnych biegłych, czy z opinii uzupełniającej. Natomiast wniosek złożony na rozprawie w dniu 20 stycznia 2016 roku Sąd ocenił jako sprekludowany, zgłoszony po zakreślonym terminie do składania zarzutów do opinii – w sprawie toczącej się pod rządami przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych.

Sąd Okręgowy na podstawie opinii biegłych uznał, że dokonanie przez powoda rozbiórki fragmentów ulic było zbędne.

Z opinii biegłych wynika, że wysokościowe posadowienie elementów dróg, będących przedmiotem sporu było wykonane prawidłowo. Odchylenia sytuacyjne wytyczonych tras faktycznie w niektórych miejscach przekraczały dopuszczalne 5 cm, jednakże w każdym przypadku były one spowodowane koniecznością dostosowania dokumentacji projektowej do zaistniałej sytuacji terenowej.

W trakcie realizacji inwestycji doszło do konieczności wykonania szeregu dodatkowych robót, w tym dopasowania końca placu nawrotowego do zaistniałej sytuacji terenowej, której nie uwzględniono w projekcie. Dokumentacja projektowa powinna być opracowana na aktualnej mapie, uwzględniającej możliwość wystąpienia kolizji osi drogi z linią niskiego lub średniego napięcia, latarnią lub studnią kanalizacji deszczowej a dokumentacja ta nie uwzględniała rzeczywistego stanu rzeczy na ulicach (opinia Stowarzyszenia (...) i Techników (...) Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w W., k. 1714 - 1716, opinia uzupełniająca biegłego sądowego J. B. (1), k. 2242-2246).

Każda wada dokumentacji projektowej i próba uniknięcia kolizji ma negatywny wpływ na terminowość realizacji inwestycji, gdyż rodzi konieczność podjęcia szeregu czynności, tj. zawiadomienia właścicieli sieci o planowanym przesunięciu, zawiadomienia projektanta o zaistniałej zmianie do projektu, wyłączenia sieci, czy wykonania robót instalacyjno - budowlanych. Wszystkie powyższe czynności zwiększają także uciążliwość prac dla mieszkańców osiedla, mogąc prowadzić do występowania konfliktów społecznych.

Opóźnienia w wykonywaniu prac wynikały ze zmiany zakresu robót, konieczności wykonywania robót dodatkowych, wstrzymywania prac przez powoda, a także braku decyzji powoda w terminie 3 dni po zgłoszeniu przez pozwanego robót zanikających.

W ocenie Sądu przyczyny opóźnienia leżały także po stronie wykonawcy. Dotyczyły one nadmiernie obszarowo rozwiniętego frontu robót, rozpoczęciem prac dopiero po 20 czerwca 2007 roku, powolnym tempem wykonawczym, czy wadliwą organizacją pracy (zeznania świadka W. K., k. 390 – 391, zeznania świadka E. M., k. 398 - 401, opinia biegłego sądowego Z. M., k. 1207 - 1225, k. 1325 - 1327, opinia Stowarzyszenia (...) i Techników (...) Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w W., k. 1637 - 1641).

W ocenie Sądu opóźnienie w wykonywaniu umowy spowodowane było zarówno działaniem zamawiającego jaki i wykonawcy.

Wstrzymywanie przez powoda prac na budowie, w sytuacji gdy temperatura spadła poniżej 5°C było nieuzasadnione, a co najmniej przedwczesne, ze względu na użycie przez pozwanego środka Rapid 610. Ulepszcze dodawane do betonu można bowiem stosować w temperaturze nawet w temperaturze -5°C (opinia biegłego sądowego M. W., k. 861 – 872, ustna opinia uzupełniająca biegłego sądowego I. K., k. 2030 - 2036). W związku z powyższym na przedmiotowej budowie możliwe było prowadzenie prac w temperaturze od -5°C do 5°C.

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dowodów z dokumentów, przesłuchanych w sprawie świadków i na dowodzie z zeznań stron, ograniczając ten dowód do przesłuchania strony pozwanej współnika P. P. (k. 2432 in, k. 2448v), gdyż przedstawiciel powoda - Prezydent Miasta P. nie miał bezpośredniej wiedzy związanej z inwestycją gdyż w jego imieniu inwestycję poprowadził (...).

Przedstawiciel pozwanej wskazywał na przyczyny opóźnień w inwestycji podkreślając, że wynikały one z niewłaściwej współpracy inwestora, braku reakcji inwestora na zgłaszane kolizji i robót np. ulegających zakryciu, nieuzasadnionemu wstrzymywaniu prac np. w związku z niskimi temperaturami pomimo stosowania uszlachetniaczy do betonu zgodnie ze sztuką budowlaną, braku reakcji na zgłoszenia o kolizjach i nieodbieraniu prac w terminie. Wskazał, że pozwana spółka nie była stroną postępowania administracyjnego, w którym wydano decyzję o nakazaniu rozbiórki części prac.

Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione w części żądania zasądzenia kary umownej.

Zgodnie z art. 354 § 1 k.c. dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno - gospodarczemu oraz zasadom współzycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel (art. 354 § 2 k.c.).

Powyższy przepis ustanawia ogólną dyrektywę interpretacyjną, którą należy stosować przy ocenie sposobu wykonania zobowiązania. Niedostosowanie się przez dłużnika lub wierzyciela do wymagań art. 354 k.c. sprawia, że można mówić bądź to o nienależyтым wykonaniu, bądź też nawet o niewykonaniu całkowitym zobowiązania (art. 471 k.c.).

Obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania obciąża więc zarówno dłużnika, jak i wierzyciela, każdy z nich zatem powinien baczyć na uzasadniony interes kontrahenta i nie czynić nic takiego, co by wykonanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub udaremniało. Zasada współdziałania wierzyciela z dłużnikiem przy wykonywaniu zobowiązań obowiązuje obecnie nie tylko w obrocie powszechnym, ale również gospodarczym (art. 66¹ § 2 i art. 66² k.c.). Do oceny powinności wierzycielskiej odpowiednie są więc te same wskazówki jak dla dłużnika (J. Gudowski, Kodeks cywilny. Komentarz, tom III cz. I zobowiązania, 2013).

Stosownie do treści art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w

szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło (art. 656 § 1 k.c.).

Strony w dniu 23 maja 2007 roku zawarły umowę o roboty budowlane.

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 1) lit. c) strony ustaliły w umowie, że wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz zamawiającego kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego. Pismem z dnia 31 grudnia 2007 roku (...) w P. odstąpił od zawartej umowy na podstawie § 17 w zw. z art. 635 i 636 § 1 k.c.

Stosownie do treści art. 635 k.c. jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła.

Skorzystanie z uprawnienia do odstąpienia od umowy uwarunkowane jest natomiast dokonaniem oceny, czy opóźnienie faktycznie jest tak duże, że będzie miało wpływ na ukończenie dzieła (wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 października 2013 roku, wydany w sprawie o sygn. akt I ACa 569/13, LEXnr 1383439).

W ocenie Sądu opinie biegłych w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdziły, że opóźnienie w realizacji prac przez pozwanego było tak duże, że nie dawało możliwości ukończenia ich w określonym umową terminie, tj. do dnia 30 czerwca 2008 roku.

Wykonawca w terminie do 31 grudnia 2007 roku (dnia odstąpienia od umowy) wykonał jedynie około 10 % przewidzianych prac, a na żadnej z ulic nawet nie rozpoczęto układania kostki. Pozwany deklarował zastosowanie mechanicznej układarki do kostki, jednakże nawet w sytuacji jej użycia na placu budowy powinno pracować około 40 pracowników, tak aby możliwe było ukończenie robót w terminie. Na budowie pracowało natomiast maksymalnie około 30 pracowników, jednakże w przypadku utrudnień ich liczba zmniejszała się do 15 - 20 osób (opinia biegłego sądownego M. W., k. 861 - 872, zeznania świadka A. J., k. 511 - 514).

Twierdzenia pozwanego o zatrudnianiu, czy możliwości zatrudnienia 60 pracowników na całej budowie nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W związku z powyższym ukończenie wszystkich robót w terminie do dnia 30 czerwca 2008 roku nie było możliwe.

Z opinii sporządzonej przez Stowarzyszenie (...) i Techników (...) Rzeczypospolitej Polskiej Oddział w W. wynika, że pozwany miał szanse na wykonanie robót z opóźnieniem nieprzekraczającym 3 miesięcy, wobec czego powód mógł przedłużyć termin wykonania umowy o ten okres lub odstąpić od niej. W realiach niniejszej sprawy zaktualizowało się więc uprawnienie powoda do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c.

W ocenie Sądu opóźnienie w wykonywaniu umowy było spowodowane przyczynami leżącymi zarówno po stronie wykonawcy, jak i zamawiającego.

Pozwany rozpoczął roboty niezgodnie z harmonogramem prac, tj. po 20 czerwca 2007 roku, podczas gdy powinien je rozpocząć już 15 czerwca 2007 roku. Ponadto wadliwie i nieumiejętnie organizował prace na budowie, a opóźnienie spowodowane było nadmiernie obszarowo rozwiniętym frontem robót, powolnym tempem wykonawczym oraz brakiem harmonogramu robót sporządzonego w oparciu o przedmiar robót. Wykonawca nie powiadomił także mieszkańców o czasowej likwidacji wjazdów i dojeść do posesji, co spowodowało konflikt społeczny na tle robót drogowych, mający wpływ na terminowość realizacji inwestycji.

Powód również przyczynił się do powiększenia opóźnienia w realizacji inwestycji poprzez zbyt częste wstrzymywanie prac na budowie, a także brak decyzji w terminie 3 dni po zgłoszeniu przez pozwanego robót zanikających. Czynności podejmowane przez powoda były pochojne, gdyż nie powinien sprzeciwić się wykonywaniu robót przez pozwanego w temperaturze poniżej 5°C. Wykonawca używał bowiem środka Rapid 610, który można stosować w temperaturze powyżej zera, a przy przestrzeganiu odpowiednich rygorów można dzięki nim prowadzić prace nawet w temperaturze - 5°C.

Ponadto obie strony wykazały się brakiem należytego doświadczenia w wykonywaniu tego typu robót. Aby móc realizować inwestycję każda ze stron musi bowiem współdziałać w jej wykonywaniu, nawet kosztem pominięcia pewnych niedociągnięć partnera w organizacji budowy. W związku z powyższym Sąd uznał, że obie strony ponoszą winę w nieterminowym wykonaniu umowy i przyczyniły się do tego w proporcji po 50 %.

O przyczynieniu się powodowej Gminy do opóźnień w toku budowy wskazują następujące okoliczności:

- zmiana na stanowisku kierownika budowy, wskutek której doszło do niemal niesiecznego opóźnienia w wykonywaniu robót,
- oczekiwanie na decyzję inspektora nadzoru, który miał stwierdzać podstawy do wznowienia robót (jak np. powtórne zamontowanie znaku drogowego, opóźnienia z odbiorami robót, brak decyzji co do rozstrzygnięcia kolizji),
- sprzeciw wobec użycia środków uszlachetniających przy wykonywaniu prac z betonu;

Pozwana Spółka przyczyniła się do opóźnień w wykonaniu robót:

- przyjęciem zbyt szerokiego frontu robót,
- złą organizacją pracy,
- zbyt małym nakładem środków i zatrudnionych za małej ilości osób.

Pozwana założyła, że ułoży kostkę jednocześnie na wszystkich ulicach po zakończeniu robót, co nie wynikało ze specyfikacji robót czy harmonogramu rzeczowo finansowego, który zakładał wykonanie w całości w określonych okresach ulice - łącznie z nawierzchnią z kostki. Harmonogram zakładał etapowe wykonanie prac, poszczególnych ulic łącznie z ułożeniem nawierzchni w postaci kostki (litera N w harmonogramie - wykaz graficzny). Pozwany przyznał, że nie występował o aneksowanie i zmianę harmonogramu rzeczowo finansowego, pomimo, że jak stwierdził, wiedział, że jest on nierealny do wykonania, miesiąc po wejściu na budowę nie mógł być już zrealizowany, a nadto, miał świadomość, że harmonogram zakładał realizację w określonym terminie ulic w całości, a nie tylko jej podbudowę.

Materiał dowodowy wskazuje na to, że pozwana nie dysponowała na budowie deklarowaną ilością sprzętu i pracowników, natomiast nawet korzystając z deklarowanych zespołów roboczych i urządzeń nie był w stanie ukończyć robót w terminie umownym do 30 czerwca 2008r.

Z zestawienia zgłoszonych formalnie kolizji i czasu reakcji na nie przez powoda, wynika, że czas reakcji powoda nie przekroczył uśredniając 4 dni (niektóre reakcje w tym samym dniu, jedna - 14 dni).

Jako drugą podstawę odstąpienia od umowy powód wskazał art. 636 § 1 k.c. stanowiący, że jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Terminowość wykonania dzieła nie mieści się więc w dyspozycji art. 636 § 1 k.c. i nie może być uznana za przejaw wykonania dzieła w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową.

Wykonywanie dzieła w sposób wadliwy odnosi się przede wszystkim do obiektywnych kryteriów prawidłowego wykonania dzieła, w tym zgodności działań przyjmującego zamówienie z zasadami wiedzy technicznej, regułami właściwego doboru technologii, narzędzi oraz eliminowania ryzyka powstania dzieła o zmniejszonej wartości lub użyteczności ze względu na jego przeznaczenie, a także funkcje. Wykonywanie dzieła w sposób sprzeczny z umową to natomiast naruszenie uzgodnień stron, co do przebiegu realizacji prac oraz cech powstającego dzieła.

Z opinii biegłych sądowych z zakresu geodezji, wywołanych w niniejszym postępowaniu wynika, że poza drobnymi wadami, roboty budowlane były realizowane prawidłowo. Biegli wskazali, że wysokościowe posadowienie elementów dróg będących przedmiotem sporu było wykonane prawidłowo, a oględziny stanów krawężników nie wykazały widocznych śladów przemieszczenia lub zniszczenia. Odchylenia osi ulic zazwyczaj mieściły się w dopuszczalnej normie wynikającej ze Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, a ich przekroczenie na niektórych ulicach spowodowane było nieprzewidywanymi sytuacjami drogowymi, tj. zdarzeniami niezawinionymi przez wykonawcę. Ponadto wyższe od dopuszczalnych odchylenia nie miały wpływu na jakość wykonanych robót.

Z tych względów w ocenie Sądu, brak było przesłanek do odstąpienia od umowy na podstawie art. 636 § 1 k.c., jednakże uzasadnione było odstąpienie od niej na podstawie art. 635 k.c.

Jak stwierdził Sąd symptomatyczne jest, że kolejne prace następnego wykonawcy zawierały pewne odchyłki, a pomimo to prace te przyjęto, obu wykonawców nie traktowano więc identycznie.

W związku z odstąpieniem od umowy na podstawie art. 635 k.c., (...) w P. obciążył pozwanego karą umowną w kwocie 563.712,37 zł, tj. w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego.

W ocenie Sądu Okręgowego zmniejszenie kary umownej nie jest możliwe w sytuacji przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody, a może odbywać się na wyłączny wniosek dłużnika złożony w trybie art. 484 § 2 k.c. (por. wyrok SN z dnia 28 lipca 2004 roku, wydany w sprawie o sygn. akt IV CK 522/03, OSNC 2005; nr 7-8, poz. 131). Powyższy przepis dopuszcza miarkowanie kary umownej w sytuacji, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Następuje ono w drodze orzeczenia sądu i jest wyjątkiem od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody.

Do miarkowania kary może dojść tylko na żądanie dłużnika, nigdy zaś z urzędu. Ponadto wniosek o miarkowanie kary umownej nie musi zawierać wprost sformułowania, że dłużnik żąda miarkowania kary umownej.

Sąd uznał, że żądanie oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej zawiera także w sobie wniosek dłużnika o miarkowanie kary umownej wówczas, gdy z podnoszonych przez niego w trakcie postępowania sądowego okoliczności można wywnioskować, iż żąda on także miarkowania kary umownej (por. wyrok SN z dnia 8 marca 2013 roku, wydany w sprawie o sygn. akt III CSK 193/12, Legalis nr 726343).

W niniejszym postępowaniu pozwana spółka w odpowiedzi na pozew wносиła o oddalenie powództwa, kwestionując swoją odpowiedzialność zarówno co do zasady, jak i wysokości. Sprawa była rozpoznawana według przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych, jednakże na etapie wnoszenia odpowiedzi na pozew, pozwany nie był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika w osobie adwokata lub radcy prawnego, co oznacza, że samo zakwestionowanie przez niego wysokości odpowiedzialności należy poczytywać za złożenie wniosku o miarkowanie kary umownej. Ponadto Sąd nie uznał tego wniosku za sprekludowany.

Sąd uznał miarkowanie kary umownej w okolicznościach sprawy za uzasadnione i dokonał jej obniżenia o 50 % ze względu na przyczynienie się powoda do nieterminowego wykonania umowy, co oznacza, że kara umowna w pierwotnie ustalonej wysokości była rażąco wygórowana przy ustalonym stopniu winy każdej ze stron w związku z nienależytym wykonaniem umowy i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę w wysokości 281.856,19 zł (563.712,37 zł x 50 %).

Sąd uznał, że odstąpienie od umowy wiązało się ze znacznym opóźnieniem prac wykonywanych przez powoda, w stopniu uniemożliwiającym wykonanie robót w terminie umówionym, co potwierdziły opinie biegłych. Jednakże przy istniejącej podstawie odstąpienia od umowy, należy uznać, że biorąc pod uwagę przyczyny opóźnienia, to było ono efektem zawinonego działania po połowie obu stron.

Za nieuzasadnione uznał Sąd żądanie zasądzenia kwoty 506.522,57 zł, w tym kwoty 499.951,07 zł tytułem poniesionych przez powoda kosztów rozbiórki nieprawidłowo wykonanych fragmentów ulic, a także kwoty 6.571,50 zł tytułem poniesionych dodatkowych kosztów związanych z naprawą uszkodzonych elementów istniejącego uzbrojenia wodno - kanalizacyjnego na ulicach (...).

Poza drobnymi wadami, roboty budowlane były wykonywane prawidłowo. Pozwany dodawał do betonu środek ułatwiający jego wiązanie, tj. Rapid 610, nie wpływający na jakość i wytrzymałość betonu, a jedynie umożliwiający wykonywanie robót w temperaturze zera stopni, a przy zachowaniu odpowiednich rygorów nawet w temperaturze - 5°C. Twierdzenia powoda o niskiej jakości użytego betonu nie zostały udowodnione, gdyż wyniki opinii Laboratorium Drogowego przy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w L. z dnia 22 stycznia 2008 roku oraz 5 lutego 2008 nie mogą przesądzać w niniejszej sprawie, bowiem próbki zostały pobrane wyłącznie przez jedną ze stron, w okresie zimowym.

Szczegółowa Specyfikacja Techniczna D-01.01.01 pkt 5.4 przewidywała, że dopuszczalne odchylenie sytuacyjne wytyczonej osi trasy w stosunku do dokumentacji projektowej może wynosić maksymalnie 5 cm, a rzędne niwelety należy wyznaczać z dokładnością do 1 cm.

Biegli sporządzający opinie w niniejszej sprawie zgodnie stwierdzili, iż wysokościowe posadowienie elementów dróg będących przedmiotem sporu było wykonane prawidłowo oraz brak było istotnych zmian pomierzonych współrzędnych w stosunku do katalogowych. Średni błąd niwelacji wyznaczony z różnic między dwoma pomiarami podwójnej niwelacji nie przekraczał natomiast +/- 3 mm.

Ogłędziny ogólnego stanu krawężników w ulicach (...), dokonane przez biegłego, nie wykazały widocznych śladów przemieszczenia lub zniszczenia. Odchylenia osi ulic wykonanych przez pozwanego w 2007 roku zazwyczaj mieściły się w dopuszczalnej normie wynikającej ze Szczegółowej Specyfikacji Technicznej. Na ul. (...) konieczność przesunięcia osi o 0,26 m miała na celu uniknięcie kolizji z latarniami, przesunięcie o 0,19 m osi ul. (...) wynikało z próby dopasowania końca placu nawrotowego do zaistniałej sytuacji terenowej, której nie uwzględniono w projekcie, a przesunięcia osi ul. (...) wynikały z konieczności uniknięcia kolizji z kablem elektrycznym i latarnią. W związku z powyższym przesunięcia osi na niektórych ulicach spowodowane były nieprzewidywanymi sytuacjami drogowymi, tj. zdarzeniami niezawinionymi przez wykonawcę, a wyższe od dopuszczalnych odchylenia nie miały wpływu na jakość wykonanych robót.

Ponadto Sąd podkreślił, że wszystkie elementy ulic wykonane przez pozwanego zostały rozebrane przez powoda, wobec czego nie ma już możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że były one wadliwie wykonane.

Decyzja (...) w P. o rozbiórce dotyczyła tylko części robót wykonywanych na określonych ulicach a nie wszystkich robót pozwanego. Pozwana nie była stroną postępowania administracyjnego, które zaowocowało wydaniem decyzji o rozebraniu części robót.

Powód zbyt rygorystycznie podchodził do wykonywania przez pozwanego obowiązków, a jego działania w tym zakresie cechował nadmierny formalizm. W praktyce bowiem prawie zawsze na budowie występują nieprzewidziane utrudnienia, wady dokumentacji czy niezaplanowane, ale konieczne do wykonania dodatkowe prace. Jeżeli obie strony nawzajem respektują swoje interesy, są zgodne co do zaistnienia bezspornych obiektywnie faktów oraz przyznają się do odpowiedzialności za wystąpienie określonych zdarzeń, bo najważniejszym jest dla nich wykonanie umowy, to znaczy, że potrafią sprawnie i bezkonfliktowo współdziałać w pokonywaniu przeszkód. Dotyczy to również zgodności organizacji budowy z przepisami prawa, które w dynamicznym procesie budowlanym stanowią pewien wzorzec, do

którego strony powinny dążyć - jak najpełniej - podczas realizacji inwestycji. W związku z powyższym rygorystyczne przestrzeganie przepisów prawnych ze względu na dynamikę procesu budowlanego jest w praktyce niekiedy wysoce utrudnione - dlatego strony powinny wobec siebie postępować elastycznie, co powinno się uwzględniać w procesie oceny postępowania.

Pozwany co do zasady wykonywał roboty budowlane zgodnie z dokumentacją techniczną, umową i zasadami sztuki budowlanej. Zgłaszane do odbioru roboty mogły posiadać drobne, nieistotne wady, które można było usunąć niewielkim nakładem pracy, wobec czego brak było podstaw do dokonania rozbiórki wykonanych przez pozwanego fragmentów ulic.

Sąd na marginesie wskazał, że powód nie sprecyzował wysokości szkody poniesionej z tytułu dokonania rozbiórki wykonanych przez pozwanego fragmentów ulic, a także z tytułu konieczności naprawy uszkodzonych elementów istniejącego uzbrojenia wodno - kanalizacyjnego. W szczególności powód nie wskazał jakie poniósł faktycznie wydatki z tego tytułu. Ponadto rozbiórka fragmentów ulic została już dokonana, a obecnie (po upływie około 8 lat, w sytuacji braku odpowiednich dokumentów oraz braku danych dotyczących sytuacyjnej osnowy realizacyjnej) nie jest możliwe stwierdzenie obecnie, że całe prace zostały wykonane przez pozwanego błędnie. Nie jest więc także możliwe uznanie, że istniały podstawy do dokonania rozbiórki fragmentów ulic, a tym bardziej całej inwestycji, tj. wszystkich wykonanych przez pozwanego prac. Z tych względów Sąd uznał roszczenie o zapłatę kwoty 506.522,57 zł za bezzasadne i w tym zakresie oddalił powództwo.

O kosztach procesu uzasadnione Sąd orzekł na podstawie art. 100 zd. 1 k.p.c. Powód wygrał sprawę w 26,34 %. Strony poniosły koszty łącznej wysokości 120.367,51 zł (powód: 53.512 zł - opłata sądowa od pozwu, 7.200 zł - wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika, 17 zł - opłata skarbową od pełnomocnictwa, 37.221,51 zł - koszty opinii biegłego, tj. łączne koszty w wysokości 97.950,51 zł, pozwany: 7.200 zł - wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika, 17 zł - opłata skarbową od pełnomocnictwa, 15.200 zł - koszty opinii biegłego, tj. łączne koszty w wysokości 22.417 zł). Przyjmując stopień w jakim powód wygrał sprawę, koszty procesu od pozwanego na jego rzecz wyniosły 9.287,80 zł (120.367,51 zł x 26,34 % - 22.417 zł).

W pkt IV wyroku Sąd nakazał ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa kwotę 8.333,45 zł tytułem wydatków poniesionych tymczasowo z sum budżetowych Skarbu Państwa, przyjmując stopień w jakim przegrał on sprawę - 73,66 %.

Ponadto w pkt V wyroku Sąd nakazał ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 2.979,95 zł tytułem wydatków poniesionych tymczasowo z sum budżetowych Skarbu Państwa, przyjmując stopień w jakim przegrał on sprawę - 26,34%.

Apelacje od tego wyroku wniosły obydwie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo i zarzucał Sądowi Okręgowemu:

1. sprzeczność istotnych ustaleń Sadu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez pozbawione podstaw przyjęcie, że:

a) zasadne jest zasądzenie na rzecz powoda kary umownej w wysokości 50% dochodzonej kwoty, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania nie wynika, by kara umowna była rażąco wygórowana lub też by zasadność jej miarkowania uzasadniała okoliczność wykonania przez pozwanego przedmiotu umowy w znacznej części;

b) powód nie wykazał zasadności swego roszczenia w zakresie zwrotu poniesionych kosztów rozbiórki nieprawidłowo wykonanych ulic oraz poniesionych dodatkowych kosztów związanych z naprawą uszkodzonych elementów istniejącego uzbrojenia wodno - kanalizacyjnego, podczas gdy zeznania świadków, m.in. M. P. i E. M., a także dowody w postaci opinii biegłych, w szczególności biegłego Z. M., potwierdzają zasadność dokonania rozbiórki całości prac

wykonanych przez pozwanego, zaś wartość robót rozbiórkowych - wynikająca z dokumentów w postaci dokumentu pt. „Inwentaryzacja wraz z oceną techniczną wykonywanych robót budowlanych prowadzonych na ulicach: H., W., R. - J. J., Ś., K., Z., D. - 083KD, 073-074 KD, K., A., B. na Osiedlu (...) w P.” oraz faktur VAT - nie została przez pozwanego zakwestionowana;

c) brak jest podstaw do zasądzenia na rzecz powoda zwrotu poniesionych kosztów rozbiórki nieprawidłowo wykonanych ulic oraz poniesionych dodatkowych kosztów związanych z naprawą uszkodzonych elementów istniejącego uzbrojenia wodno - kanalizacyjnego, mimo iż okoliczność wadliwego wykonania całości robót przez pozwanego wynika wprost z obdarzonego przez Sąd wiarą materiału dowodowego, tj. zeznań świadka M. P. i E. M. oraz opinii biegłego Z. M.;

d) brak jest podstaw do przyjęcia, że wszystkie wykonane przez pozwanego prace winny ulec rozbiórce, podczas gdy z postanowień umownych, w tym w szczególności zapisów Szczegółowych Specyfikacji Technicznych wynikają wzajemne prawa i obowiązki stron oraz Inspektora Nadzoru, które w pełni potwierdzają zasadność i uprawnienie powoda do podjęcia decyzji w przedmiocie rozbiórki całości robót wykonanych przez pozwanego;

2. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego wyroku, w szczególności:

a) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i uczynienie tej oceny dowolną w zakresie:

- przyjęcia, że oświadczenie pozwanego w zakresie nieuznania przez niego powództwa w całości należy rozumieć również jako wniosek o miarkowanie kary umownej, podczas gdy w materiale dowodowym brak jest potwierdzenia, by pozwany nawet marginalnie wskazywał, iż kara umowna dochodzona przez powoda jest rażąco wygórowana lub winna podlegać obniżeniu z uwagi na wykonanie przez pozwanego przedmiotu umowy w znacznej części;

- przyjęcia, że powód nie wykazał zasadności dochodzonego roszczenia z tytułu zwrotu poniesionych kosztów rozbiórki nieprawidłowo wykonanych ulic oraz poniesionych dodatkowych kosztów związanych z naprawą uszkodzonych elementów istniejącego uzbrojenia wodno - kanalizacyjnego, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego w postaci dokumentów prywatnych złożonych przez powoda, zeznań świadków oraz treść opinii biegłych potwierdza wadliwość robót wykonanych przez pozwanego, uzasadniającą ich rozbiórkę, zarówno co do zakresu dokonanej rozbiórki, jak i wartości poniesionych z tego tytułu kosztów;

3. naruszenie prawa materialnego, w szczególności art. 484 § 2 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie miarkowania kary umownej, mimo iż pozwany nie złożył w toku postępowania sądowego - wniosku o miarkowanie kary umownej, podczas gdy zwłaszcza w procesie gospodarczym dłużnik obowiązany jest wyraźnie takie żądanie sformułować oraz wykazać jego zasadność za pomocą zaoferowanych na jego poparcie dowodów, a także wskazać przesłanki obniżenia kary, co - w okolicznościach niniejszej sprawy - wyłączyło możliwość zastosowania przez Sąd Okręgowy instytucji określonej w w/w normie prawnej.

Powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku przez zasądzenie od Przedsiębiorstwa (...) Spółka Jawna na rzecz powoda Gminy M. P. - (...) w P. kwoty 1.070.234,94 zł, z odsetkami ustawowymi :

- od kwoty 563.712,37 zł od dnia 15 lutego 2008 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienia od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty;

- od kwoty 506.522,57 zł od dnia 28 października 2008 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienia od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty;

- zasądzenie na rzecz powoda kosztów procesu według norm prawem przepisanych, z uwzględnieniem kosztów procesu przed sądem I instancji.

Pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo i zarzucał Sądowi Okręgowemu:

1) naruszenie prawa materialnego, przez niezastosowanie przepisu art. 457 k.c. oraz niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. i niedostrzeżenie, że w sprawie nie zaistniały obiektywne przesłanki do odstąpienia od umowy przez powoda, skoro termin zakończenia przez pozwanego prac z umowy o roboty budowlane z dnia 23 maja 2007 roku był terminem zastrzeżonym na korzyść pozwanego;

2) naruszenie prawa materialnego przez niezastosowanie przepisu art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 354 § 1 i 2 k.c. oraz niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. i nieprzyjęcie, że złożone przez powoda oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 23 maja 2007 roku, naruszyło zasady współzycia społecznego - dobre obyczaje kupieckie, gdyż powstałe opóźnienia w realizacji inwestycji wynikały z braku reakcji powoda na zgłaszane mu przez pozwanego kolizje i utrudnienia w realizacji inwestycji;

3) naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy - art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez przyjęcie, że pozwany nie ukończyłby swoich prac w terminie w sytuacji, gdy z opinii biegłych, a także dowodów z dokumentów zebranych w sprawie wynika jednoznacznie, że pozwany byłby w stanie zakończyć swoje prace w planowanym umową terminie;

4) naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy - art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez oparcie zaskarżonego wyroku również na opinii biegłego Z. M. w sytuacji, gdy osoba ta nie posiadała kwalifikacji do opiniowania w niniejszej sprawie z uwagi na brak uprawnień w zakresie budownictwa drogowego, co ustalił Sąd orzekający i powołał innego biegłego;

5) sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez przyjęcie, że pozwany ponosi jakąkolwiek odpowiedzialność za nieterminową realizację prac w sytuacji, gdy z materiału dowodowego sprawy, w szczególności opinii kompetentnych biegłych wynika, że wszelkie opóźnienia w realizacji inwestycji były wynikiem zaniechań i braku reakcji powoda.

Pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za obie instancje. Ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Lublinie do ponownego rozpoznania przy pozostawieniu temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne ustalenia Sądu Okręgowego uzupełniając je jednocześnie w następującym zakresie.

Termin rozpoczęcia robót został ustalony na 15 czerwca 2007r. Wykonawca nie miał kierownika robót w okresie pomiędzy 22 a 25 czerwca. Inwestor nie zgadzając się na objęcie funkcji kierownika budowy przez K. C. aż do 8 lipca, a jednocześnie powołując Inspektora nadzoru dopiero w dniu 9 lipca, spowodował wstrzymanie robót na okres 15 dni, z tego względu, że tylko Inspektor nadzoru mógł zezwolić na dalsze prowadzenie robót [opinia biegłego M. W. k. 855]. Także w późniejszym okresie doprowadzał do bezzasadnego wstrzymywania inwestycji pochopnymi decyzjami Inspektora nadzoru.

Twierdzenia, że wykonawca nie przedłożył wiarygodnych dokumentów potwierdzających zgodność cech jakościowych materiałów z wymaganiami projektu [pismo do Prezydenta z 25 czerwca 2007r. – k 57] nie są uzasadnione w świetle oświadczenia kierownika budowy M. Z. z 30 maja 2007r. i przedłożenia do akceptacji już w dniu 12 czerwca dokumentu pt. „Deklaracja zgodności wyrobów betonowych” oraz w świetle zapisu w dzienniku budowy z dnia 12 czerwca 2007r., że wykonawca dochował staranności i przedstawił wymagane deklaracje zgodności zapisane w specyfikacji technicznej [opinia jw. k 85.].

Plan Bezpieczeństwa i ochrony zdrowia [tzw. BIOZ] sporządza się w oparciu o informację projektanta dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia ze względu na specyfikację projektowanego obiektu budowlanego. Inwestor nie

zamieścił informacji (...) w projekcie wykonawczym [opinia jw. k. 856]. Z tego względu wymagane przez Inspektora sporządzenie planu BIOZ nie powinno stanowić podstaw do zatrzymania robót przez wykonawcę [opinia jw. k.857].

Pomiar kontrolny złożony przez Inwestora stwierdza, że osnowa pomiaru służąca do obsługi geodezyjnej realizowanych dróg zamknęła się z dokładnością 12 cm Odchyłki nie przekraczające 12cm w stosunku do przewidzianej w osnowie mieszczą się w normie. Jak stwierdził biegły W. nawet odchyłka dwukrotnie większa mieści się w normie. Pomiar kontrolny złożony przez wykonawcę nie zawierał informacji na temat osnów geodezyjnych, które były podstawą pomiarów kontrolnych. W toczącym się na wniosek inwestora - bez udziału wykonawcy, postępowaniu administracyjnym przed PINB w P., nadzór zlecił wykonanie inwentaryzacji robót wraz z oceną techniczną. Natomiast Gmina jako Inwestor zleciła nie sporządzenie inwentaryzacji, lecz wykonanie opinii T. K.. Winien on wykonać własne pomiary i badania oraz spotkać się z wykonawcą w celu wyjaśnienia kwestii wątpliwych. Tymczasem T. K. oparł swoją opinię na pomiarach kontrolnych wykonanych przez geodetę zatrudnionego przez Inwestora. Takie przepisanie pomiarów kontrolnych nie stanowiło opinii, a inwentaryzacja w ogóle nie została sporządzona. W konsekwencji nie wyjaśniono podstawy rzeczywistego posadowienia osi, nie odniesiono się do decyzji inspektora nadzoru, który nadzorował roboty i zmieniał parametry posadowionych prac. Brak jest również odniesienia do ewentualnego przesunięcia osi oraz wysokości [opinia jw. K. 860 i 867-868].

Właścicielem dróg na terenie inwestycji jest Miasto i od Miasta zależy czy konieczny jest projekt tymczasowej organizacji ruchu. Inwestor nadzoru najpierw dopuścił do rozpoczęcia robót bez takiego projektu, by następnie w dniu 8 sierpnia 2007r. wstrzymać roboty do czasu uzyskania zgody z Zarządu Dróg Miejskich w P.. W dniu 29 sierpnia 2007r. zakwestionował wpisem do dziennika budowy wymiary oznakowania, mimo że były to jedynie znaki tymczasowe, które miały obowiązywać jedynie przez czas na czas trwania inwestycji, i polecił wymienić znaki co stanowiło warunek rozpoczęcia robót, na które ostatecznie zezwolił 14 września 2007r. [opinia jw. k 860]. Jak łatwo policzyć wstrzymanie robót w tym przypadku wyniosło ok. 5 tygodni.

Należy także w ramach uzupełnienia stanu faktycznego podkreślić odbiegający od standardów przebieg postępowania administracyjnego przed (...) w P.. Po jego wszczęciu na wniosek zamawiającego wykonawca – pozwana Spółka pismem z dnia 17 grudnia 2007r. [k. 2612] złożyła wniosek o dopuszczenie jej do postępowania w charakterze strony, wykazując swój interes prawny.

W odpowiedzi PINB w P. stwierdził, że owszem Spółka posiada interes faktyczny, ale nie posiada interesu prawnego i uznał, że Spółka nie jest stroną postępowania. Natomiast rozpatrzenia ewentualnych opóźnień i strat materialnych powstałych w wyniku prowadzonego postępowania administracyjnego Spółka może dochodzić jedynie na drodze cywilnoprawnej [pismo PINB w P. z dnia 3 stycznia 2008r. k. 2613].

Z tego względu jakiegokolwiek odwoływanie się powodowej Gminy do ustaleń i decyzji podejmowanych w postępowaniu przed PINB w P. jest w stosunku do pozwanej Spółki bezskuteczne i pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, w zakresie ustaleń dotyczących sposobu wykonywania umowy przez Spółkę. Oczywistym jest bowiem, że skoro Spółka nie brała udziału w postępowaniu przed PINB w P. nie jest związana wynikami tego postępowania w takim znaczeniu aby w oparciu o nie ustalać jej odpowiedzialność względem powodowej Gminy w niniejszym procesie.

Co więcej decyzja PINB nakazywała usunięcie uznanych za ustalone w postępowaniu administracyjnym wad inwestycji do dnia 30 lipca 2008r., a nie usunięcie wszystkich robót wykonanych przez pozwaną Spółkę. Ponieważ termin usunięcia wyznaczony został później niż termin wykonania umowy przez Spółkę, nie uzasadniał rozebrania robót, gdyż wykonawca mógł usunąć wady o ile rzeczywiście istniały samodzielnie w ramach wykonywanej umowy.

Powyższe uzupełniające ustalenia faktyczne mają o tyle istotne znaczenie w sprawie, że roszczenie powodowej Gminy o zasądzenie kary umownej uzasadniane jest skutecznym odstąpieniem Gminy od umowy, z winy leżącej po stronie wykonawcy, z powodu niemożności wykonania umowy w terminie przewidzianym w umowie, a więc do 30 czerwca 2008r.

Z ustaleń i oceny Sądu Okręgowego wynika, że strony umowy nie współpracowały ze sobą przy wykonywaniu umowy, co doprowadziło do opóźnień w realizacji umowy w stosunku do harmonogramu, dając pretekst do odstąpienia od umowy przez Gminę. Sąd Okręgowy uznał jednak, że opóźnienie nie było dłuższe niż 3 miesiące w stosunku do zakładanego terminu zakończenia robót, że nie wynikało z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy, ale było także następstwem podejmowanych przez Inspektora nadzoru decyzji o wstrzymywaniu robót.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest uzasadniona ocena Sądu Okręgowego, że także pozwana Spółka przyczyniła się do opóźnienia realizacji umowy w stopniu wykluczającym ich wykonanie w czasie umówionym. Zgodzić należy się z zarzutami pozwanej Spółki, że wskazane przez Sąd Okręgowy przyczyny opóźnienia wykonania dzieła takie jak - nadmiernie obszarowo rozwinięty front robót, rozpoczęcie prac dopiero po 20 czerwca 2007 roku [termin początkowy 15 czerwca, opóźnienie 5 dni], powolne tempo wykonawcze, czy wadliwa organizacją pracy, nie pozostają w związku przyczynowym z opóźnieniem.

Kwestia stwierdzenia samego opóźnienia jest w ogóle o tyle trudna w okolicznościach sprawy, że do terminu wykonania umowy w dacie odstąpienia pozostawało ok. 6 miesięcy, a pozwana Spółka dysponowała pracownikami umożliwiającymi realizację zadania w terminie przybliżonym do terminu umownego. Czy pracowników tych by wykorzystwała jest kwestią przysłą, niepewną i nie można a priori zakładać, że tak by nie było. Tym bardziej, że w świetle opinii biegłych normą jest przy tego rodzaju inwestycjach, zwiększanie zatrudnienia w miarę zbliżania się terminu oddania robót. W tej sytuacji można jedynie stawiać hipotezy, a nie przesądzać możliwość wykonania umowy w czasie umówionym, co uczyniła Gmina.

Ponadto zarzucane pozwanej Spółce zaniechania były efektem działań powodowej Gminy, która wstrzymując pochopnymi decyzjami Inspektora nadzoru wykonywanie robót, zmuszała Spółkę do rozszerzania frontu robót w miejscach, w których zakaz nie obowiązywał.

Co więcej, przestoje w wykonaniu robót wskutek wadliwych decyzji Inspektora nadzoru są znacznie większe aniżeli wynikające z ewentualnych zaniechań Spółki i to decyzje Inspektora nadzoru miały zasadniczy wpływ na opóźnienia wykonania umowy w stosunku do zakładanego harmonogramu. Już z samych decyzji o wstrzymaniu robót podjętych w czerwcu i sierpniu wynika, że wstrzymanie robót dotyczyło 7 tygodni. Jeżeli zatem uznać, że pozwana Spółka dopuściła z własnej winy do opóźnienia w wykonaniu umowy, to należałoby badać czy Spółka miała możliwość wykonania umowy nie do końca czerwca, jak przewidywała umowa, lecz do końca sierpnia 2008r., gdyż nie ponosi winy za co najmniej dwumiesięczne opóźnienie robót. W tej sytuacji ustalenia na okoliczność czy Spółka była zdolna do wykonania umowy do dnia 30 czerwca 2008r. nie mają żadnego znaczenia w sprawie. Podkreślić także należy, że opóźnienia w stosunku do zakładanego harmonogramu nie przesądzały o opóźnieniu w wykonaniu umowy.

Wskazać należy, że art. 635 kc, przewidując możliwość odstąpienia przez zamawiającego od umowy, posługuje się zwrotem ukończenia dzieła „w czasie umówionym”. To czy „czas umówiony” oznacza termin wykonania dzieła zastrzeżony w umowie decyduje specyfika dzieła. Niemniej jednak uzasadnione jest stanowisko, że w przypadku wykonania dzieła z uchybieniem terminu prawo do odstąpienia od umowy nie zawsze będzie przysługiwało zamawiającemu. W przypadku dużych robót drogowych ściśle zachowanie terminu nie zawsze jest możliwe. Nie oznacza to, że dłużnik dopuszczający się zwłoki nie będzie ponosił z tego tytułu odpowiedzialności. Jednakże niesposób się zgodzić aby zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy w każdym przypadku uchybienia terminowi wykonania umowy zastrzeżonemu w umowie. Tym bardziej nie byłoby to dopuszczalne w sytuacjach gdy umowa zawarta przez strony, przewiduje sankcje wobec wykonawcy w postaci kar umownych za zwłokę w wykonaniu dzieła. Takie postanowienia umowne strony procesu zawarły w umowie w § 13, w ust. 2 pkt 1 „a”, gdzie zastrzeżono na rzecz zamawiającego karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki.

Zatem nawet w sytuacji gdyby prawdopodobieństwo niewykonania robót przez Spółkę w zakreślonym terminie było bardzo wysokie i graniczyłyby z pewnością, to Gmina winna w pierwszej kolejności rozważyć możliwość dokończenia robót przez Spółkę z opóźnieniem, a w przypadku doprowadzenia do opóźnienia naliczyć kary umowne

za opóźnienie. Odstąpienie od umowy w takim przypadku gdy opóźnienie w wykonaniu dzieła nie jest oczywiste, a interes zamawiającego w przypadku opóźnienia wykonawcy jest chroniony poprzez zastrzeżenie kar umownych w umowie, było nieuzasadnione w ocenie Sądu Apelacyjnego.

Tym bardziej zatem za nieuzasadnione uznać należy odstąpienie od umowy przez zamawiającego w okolicznościach faktycznych sprawy wskazujących, że powodowa Gmina podejmowała działania zmierzające do maksymalnego utrudnienia wykonawcy wykonywania robót w terminie przewidzianym w umowie i zniechęcała wykonawcę do realizowania umowy. Bez względu jakie były przyczyny takiego zachowania Inwestora, czego Sąd nie badał, gdyż nie było to przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy, sam fakt podejmowania przez Inwestora tego rodzaju działań podważa skuteczność odstąpienia przez Gminę jako Inwestora od umowy, łączącej strony. Nie sposób w okolicznościach niniejszej sprawy nie zdziwić się brakiem racjonalności działania zamawiającego, który chociażby ze względu na interes społeczny winien dążyć, a przynajmniej współdziałać z wykonawcą, w celu priorytetowym jakim było wykonanie inwestycji, a nie proces ten utrudniać, nie biorąc pod uwagę ewentualnych kosztów, które tego rodzaju obstrukcyjne działanie może powodować.

W orzecznictwie przyjmuje się, że dla możliwości wykonania prawa odstąpienia na podstawie art. 635 kc istotne jest, aby zagrożenie lub uchybienie terminowości wykonania dzieła nie wynikało z przyczyn leżących po stronie zamawiającego polegających na braku jego współdziałania w wykonaniu dzieła (tak SN w wyr. z 21 września 2006 r., I CSK 129/06, Legalis). Jeżeli do takiej sytuacji dochodzi, a w sprawie niniejszej takie zachowania zamawiającego miały miejsce, w ogóle nie można mówić o opóźnieniu po stronie przyjmującego zamówienie, warunkującym możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego (podobnie SN w wyr. SN z 12 stycznia 2012 r., IV CSK 182/11).

W ocenie Sądu Apelacyjnego z uwagi na ewidentny w sprawie brak współpracy Gminy jako zamawiającej z pozwaną Spółką jako wykonawcą, przybierający postać co najmniej niechęci zamawiającego do wykonywania umowy przez pozwaną Spółkę uznać należy, że powodowa Gmina nie była upoważniona do odstąpienia od umowy w trybie art. 635 kc. Tym samym uznać należy, że odstąpienie przez powodową Gminę na tej podstawie było bezzasadne.

Gmina jako podstawę odstąpienia od umowy wskazywała także § 17 umowy w zw. 636 § 1 kc. Gmina nie powoływała się na podstawy odstąpienia od umowy określone w § 17 umowy lecz zarzucała wykonawcy wadliwe wykonywanie robót. Przywołanie w odstąpieniu § 17 dotyczyło trybu postępowania stron po odstąpieniu od umowy.

Sąd Apelacyjny przyjmuje za własną ocenę Sądu Okręgowego, co do braku podstaw do uwzględnienia stawianych przez powodową Gminę pozwanemu zarzutów dotyczących przekroczenia dopuszczalnych norm odchyleń w wykonawstwie osi ulicy oraz niwelety krawężników i dolnej warstwy podbudowy, wykonywania robót ulegających zakryciu i zanikających bez odbioru, wadliwego użycia materiałów, właściwego oznakowania i zabezpieczenia miejsca robót. Brak zasadności tych zarzutów potwierdzili w swych opiniach biegli.

Nadto Sąd Apelacyjny wskazuje, że skorzystanie przez inwestora z uprawnienia przewidzianego w art. 636 § 1 kc wymaga wezwania przez zamawiającego wykonawcy do zmiany sposobu wykonania i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu. Wezwanie do zmiany sposobu wykonania dzieła stanowiące warunek skorzystania z prawa odstąpienia powinno określać zakres żądanych zmian oraz termin na ich wprowadzenie [tak SN w orzeczeniu z dnia 6 maja 2004 r. w sprawie III CK 571/02, Legalis]. Takiego wezwania Gmina wcześniej nie wysłała do Spółki, a w odstąpieniu powołała się jedynie na wadliwość wykonywania robót.

Z tych względów odstąpienie przez Gminę od umowy na podstawie art. 636 § 1 kc nie było uzasadnione i również nie może być uznane za skuteczne.

W tym stanie sprawy roszczenie powodowej Gminy o zapłatę kar umownych na podstawie § 13 ust. 2 „c” umowy, pozwalającego na naliczenie kar umownych przez zamawiającą za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, uznać należy za bezzasadne w całości. W konsekwencji zarzuty zawarte w apelacji powodowej Gminy dotyczące bezzasadności miarkowania wysokości kary umownej przez Sąd Okręgowy uznać należy za

bezzasadne. Skoro bowiem kara umowna Gminie nie przysługiwała, kwestia miarkowania kary pozostaje poza przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie.

Natomiast w zakresie roszczeń odszkodowawczych zgłaszanych przez powodową Gminę w procesie Sąd Apelacyjny w całości podtrzymuje i przyjmuje za własne ustalenia i ocenę prawną tych roszczeń dokonaną przez Sąd Okręgowy, jako w całości bezzasadnych.

Pozwanej nie obciąża fakt, rozebrania całości wykonanych przez nią robót. Roszczenie byłoby uzasadnione gdyby powódka udowodniła pozwanej wadliwe wykonanie robót. Samo rozebranie robót o tym nie przesądza, a całkowite usunięcie robót przez powódkę pozbawiło ją możliwości dowodzenia wadliwości wykonanych robót. Jak wskazano wcześniej ani ustalenia dokonywane w postępowaniu przed PINB w P., ani decyzje tego organu nie są wiążące dla pozwanej Spółki, która nie brała udziału w tym postępowaniu. W tym stanie sprawy uznać należy, że strona powodowa nie udowodniła zasadności roszczeń odszkodowawczych, co zasadnie skutkowało oddaleniem powództwa w tej części przez Sąd Okręgowy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i ich ocenę Sąd Apelacyjny z apelacji pozwanej Spółki na podstawie art. 386 § 1 kpc zmienił zaskarżony wyrok w zakresie pkt I, III, IV i V w ten sposób, że powództwo oddalił i kosztami procesu oraz kosztami sądowymi w całości obciążył Gminę.

W konsekwencji Sąd zmienił w pkt III wyroku i zasądził od Gminy na rzecz Spółki wszystkie koszty poniesione przez Spółkę w postępowaniu przed Sądem I instancji w wysokości 22 417zł. W pkt IV podwyższył nakazaną do pobrania od Gminy na rzecz Skarbu Państwa kwotę 8 333,45zł do kwoty 11 313,40zł, obciążając Gminę wszystkimi wydatkami poniesionymi przez Skarb Państwa. Wobec braku podstaw do obciążania pozwanej kosztami sądowymi Sąd Apelacyjny uchylił pkt V wyroku.

Na podstawie art. 385 kpc oddalił apelację powodowej Gminy jako bezzasadną w całości. Wobec uwzględnienia apelacji pozwanej Spółki w całości i oddalenia w całości apelacji powodowej Gminy, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc i w zw. z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych [Dz.U. poz. 1804] zasądził od powódki na rzecz pozwanej koszty procesu za drugą instancję w kwocie 10 800zł.

Wobec zwolnienia pozwanej Spółki od opłaty od apelacji w całości i uwzględnienia apelacji pozwanej w całości, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 113 ust. 1 uksc nakazał pobrać od powodowej Gminy na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Lublinie 14 093zł tytułem opłaty sądowej od apelacji od uiszczenia której pozwana była zwolniona.