

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Józef Wąsik
Sędziowie:	SSA Grzegorz Krężolek <u>SSA Sławomir Jamróg (spr.)</u>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 9 maja 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości (...) S.A. w S.

w upadłości likwidacyjnej

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej i apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego- Sądu Gospodarczego w Kielcach

z dnia 20 listopada 2012 r. sygn. akt VII GC 160/11

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że w jego punkcie I zastępuje:

- kwotę „122 151,60zł” kwotą „125 866,66zł (sto dwadzieścia pięć tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt sześć groszy)”,

- kwotę „15 429,66zł” kwotą „19 144,72zł (dziewiętnaście tysięcy sto czterdzieści cztery złote siedemdziesiąt dwa grosze)”

- kwotę „3 709,78zł” kwotą „4 027,01zł (cztery tysiące dwadzieścia siedem złotych jeden grosz)”;

2. oddala obie apelacje w pozostałej części;

3. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Strona powodowa (...) S.A. w S. w pozwie skierowanym przeciwko Powiatowi (...) żądała zasądzenia kwoty 394823,27 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 204910,98 zł od dnia 14 stycznia 2011r., od kwoty 127990,20 zł od dnia 22 czerwca 2011r., od kwoty 61922,09 zł od dnia 15 czerwca 2011r. tytułem wynagrodzenia za wykonany kompleks sportowy oraz tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanej. Wskazała, że przyczyną opóźnień było występowanie namulów gliniastych, konieczność wywiezienia dodatkowej ilości ziemi, warunki atmosferyczne oraz brak możliwości wykonania przyłączeń do sieci elektrycznej i wodociągowej. Strona powodowa powołała się na roboty dodatkowe, odebranie prac i wymagalność wierzytelności z tytułu wynagrodzenia a także wskazała, że strona pozwana niezasadnie naliczyła kary umowne i nieskutecznie potrąciła należność z tego tytułu z wynagrodzeniem za roboty budowlane. Strona powodowa powołała się także na art. 484 k.c. i art. 5 k.c. uznając, że kary są nadmiernie wygórowane i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa, podnosząc, że przytoczone przez (...) S.A. w S. okoliczności nie stanowiły przeszkody do przystąpienia i wykonania robót, licząc wg pozwanego od 23 października 2010r. Zasadniczą przyczyną niedochowania terminu był brak właściwego zaplecza technicznego i osobowego strony powodowej. Pozwany Powiat podniósł, że w dokumentacji geologicznej wskazywano na występowanie namulów gliniastych a powodowa spółka nie występowała o wyjaśnienie treści specyfikacji na etapie przedofertowym, i nie składała zastrzeżeń. Okoliczności wskazane w pozwie nie stanowiły przeszkody do wykonania prac w terminie a wady lokalizacji sieci nie kolidowały z pracami i w ostateczności strona powodowa nie wykonała przyłącza do sieci i w tej części pozwany zwolnił powoda z wykonania zobowiązania. Strona pozwana nadto stwierdziła, że odstąpienie od umowy przez (...) S.A. nie było skuteczne. Pozwany wniosł też o nieuwzględnienie żądania powoda miarkowania kary umownej, podnosząc że powódka wykazała się brakiem profesjonalizmu przy wykonywaniu umowy a prace wykonała wadliwie.

W toku sporu wobec ogłoszenia upadłości likwidacyjnej do sprawy wstąpił Syndyk Masy Upadłości (...) S.A. w S.

Wyrokiem z dnia 20 listopada 2011r. VII GC 160/11 Sąd Okręgowy - Sąd Gospodarczy w Kielcach zasądził od Powiatu (...) na rzecz (...) S.A. w S. w upadłości likwidacyjnej kwotę 122.151,60zł z ustawowymi odsetkami w wysokości 13 % od kwoty 15429,66 zł od dnia 14 stycznia 2011r. od kwoty 106721,94 zł od dnia 22 czerwca 2011r. a także zasądził kwotę 3709, 78zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w następstwie wyboru oferty powoda w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na wykonanie boisk sportowych w ramach budowy kompleksu "(...)- O. 2012", powódka zawarła w dniu 23 sierpnia 2010r. z Zespołem Szkół (...) im. prof. Z. S. w S., która jest jednostką organizacyjną strony pozwanej, umowę o roboty budowlane. Jej przedmiotem określonym w §(...) była budowa kompleksu sportowego (...) - O. 2012" zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i zasadami wiedzy technicznej, na warunkach wskazanych w ofercie wykonawcy z dnia 3 sierpnia 2010r. Szczegółowy zakres robót określała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w tym stanowiąca załączniki do SIWZ dokumentacja projektowa, szczegółowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiar robót. W ofercie stanowiącej załącznik do umowy wykonawca potwierdził, że zapoznał się z warunkami zawartymi w SIWZ i nie wnosił do nich zastrzeżeń oraz że uzyskał wszelkie niezbędne informacje do przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Rozpoczęcie robót miało nastąpić w terminie do 7 dni po podpisaniu umowy, ich zakończenie w terminie 2 miesiące od podpisania umowy (§ (...) umowy). Do obowiązków zamawiającego należało protokolarne przekazanie wykonawcy terenu budowy w terminie 14 dni od podpisania umowy, zaś do obowiązków wykonawcy przejście terenu budowy od zamawiającego (§ (...)). Zgodnie z § (...) umowy wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 1.238.441,76 zł. brutto, w tym kwotę 223.325,56 zł. stanowił podatek VAT. Wynagrodzenie to miało obejmować wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mogło stanowić podstawy do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego. Podstawą zapłaty

miały być faktury wystawione na podstawie protokołów odbioru robót, płatne w terminie 14 dni od daty ich otrzymania przez zamawiającego. Datą wykonania przedmiotu umowy miała być data odbioru stwierdzona w protokole odbioru końcowego (§(...)). W § (...) strony zastrzegły kary umowne m.in. przysługujące zamawiającemu od wykonawcy za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto określonego w § (...) umowy oraz przysługujące wykonawcy od zamawiającego za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego w wysokości 5% wynagrodzenia brutto. W dniu 30 sierpnia 2010r. J. P. złożył oświadczenie adresowane do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w S. o podjęciu się obowiązków kierownika robót budowlanych. J. P. posiadał uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. W dniu 30 sierpnia 2010r. zamawiający protokolarnie przekazał powodowi plac budowy, zaś zamawiający zawiadomił powiatowy organ nadzoru budowlanego o zamiarze rozpoczęcia robót budowlanych w dniu 8 września 2010r. W dniu 7 września 2010r. odbyło się spotkanie w którym uczestniczyli kierownik budowy ze strony wykonawcy, projektant, inspektor nadzoru, przedstawiciel pozwanej oraz dyrektor szkoły, na którym ze strony kierownika budowy padła propozycja zmiany technologii wykonania podłoża boiska w stosunku do dokumentacji projektowej. Na propozycję tę zamawiający nie wyraził zgody wzywając jednocześnie powoda w dniu 8 września 2010r. do rozpoczęcia robót. W dniu 2 października 2010r. kierownik robót J. P. dokonał wpisu do dziennika budowy o występowaniu gruntów uplastycznionych, zaś w dniu 7 października 2010r. o występowaniu nienośnych gruntów. W związku z wystąpieniem na części terenu uplastycznionych gruntów kierownik robót wstrzymał roboty. Dokumentację geotechniczną pod (...) wykonał geolog P. F. na zlecenie zamawiającego w październiku 2009r. Stwierdził występowanie w podłożu gruntów nasypowych i gruntów rodzimych w postaci pyłu lessowego o konsystencji od twardej do zwartej. Zakwalifikował je do prostych warunków gruntowych. Wpisami do dziennika budowy z 9 października i 11 października 2010r. inspektor nadzoru nakazał wykonawcy kontynuowanie robót budowlanych oraz wykonanie na koszt powoda ekspertyzy geologicznej gruntu, w związku z występowaniem niespoistych gruntów. W dniu 12 października 2010r. geolog P. F. po dokonaniu odkrywek gruntów i ich badaniach geotechnicznych stwierdził lokalne występowanie uplastycznionych gruntów pylasto-gliniastych o parametrach nie spełniających założeń projektowych. W związku z tym zalecił w miejscach występowania tych gruntów ich wymianę na materiał pozwalający na uzyskanie wymaganych wskaźników zagęszczenia podłoża. W piśmie z dnia 14 października 2010r. powódka zwróciła się do zamawiającego o współdziałanie przy wykonywaniu umowy. Powołując się na stwierdzone rozbieżności pomiędzy zapisami w projekcie przewidującymi zebranie gruntu o ok. 0,5 m, a przedmiarami przewidującymi wywóz jedynie 206 m³ ziemi oraz stwierdzenie występowania podczas korytowania terenu pod boiska uplastycznionych gruntów spoistych, wykonawca wyznaczył zamawiającemu do dnia 21 października 2010r. termin na zajęcie stanowiska czy ma wykonywać dalej roboty budowlane zgodnie z projektem. Zdaniem strony powodowej podjęcie przez zamawiającego takiej decyzji oznaczało zwolnienie wykonawcy z odpowiedzialności za ewentualne wady robót wykonane w oparciu o wadliwy projekt i błędną dokumentację techniczną. W dniu 18 października 2010r. doszło do spotkania stron, z udziałem projektanta - M. B., inspektora nadzoru - M. C., dyrektora szkoły - K. K., kierownika budowy - J. P.. Przedstawiciele inwestora zażądali od wykonawcy podjęcia przerwanych robót budowlanych, zaniechania wymiany podłoża gruntowego w jednym z narożników boiska oraz zasypanie dokonanych przez wykonawcę odkrywek piaskiem z zagęszczeniem zgodnie z warunkami technicznymi. Kierownik budowy ze strony wykonawcy nie zgadzając się z powyższym stanowiskiem wnosił o przygotowanie projektu zamiennego posadowienia boisk i przygotowanie zlecenia na roboty dodatkowe. Zamawiający odmówił przygotowania projektu zamiennego oraz zlecenia robót dodatkowych powołując się na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy. W dniu 22 października 2010r. wykonawca wznowił roboty budowlane, miejsca odkrywek zasypano piaskiem, dalsze prace były kontynuowane zgodnie z dokumentacją projektową. Wystawioną przez (...) S.A. fakturę nr (...) z dnia 7 grudnia 2010r. na kwotę 928.710,45 zł pozwany uregulował. W dniu 30 grudnia 2010r. wykonawca obciążył pozwanego fakturą nr (...) na kwotę 204.910,98 zł. Podstawą jej wystawienia był częściowy protokół odbioru robót z dnia 30 grudnia 2010r. podpisany przez kierownika budowy i inspektora nadzoru. W dniu 31 grudnia 2010r. pozwany obciążył stronę powodową notą księgową nr (...) tytułem kary umownej za zwłokę w zakończeniu przedmiotu umowy w kwocie 256.357,08 zł. (1.238.441,76 zł x 0,3 %), na podstawie § 8 umowy. Została ona naliczona za 69 dni zwłoki liczonej od 23 października 2010r. do dnia 31 grudnia 2010r. Powódka odmówiła zaksięgowania noty księgowej, podnosząc że przyczyny opóźnienia w wykonaniu robót były przez nią niezawinione. Pismem z dnia 11 stycznia 2011r. pozwany

zwrócił się do strony powodowej z prośbą o przesunięcie terminu płatności faktury nr (...), tłumacząc to czasem niezbędnym na uruchomienie środków przeznaczonych na inwestycję w 2011r. W dniu 19 stycznia 2011r. pozwany przesłał (...) S.A. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności. Pozwany potrącił z wierzytelnością powodowej spółki tj z kwotą 204.910,98 zł objętą fakturą nr (...) z dnia 30 grudnia 2010r. swoją wierzytelność w kwocie 256.357,08 zł. objętą notą księgową nr (...) z dnia 31 grudnia 2010r. Powódka potrącenie to uznała za bezzasadne. W dniu 20 stycznia 2011r. powódka zgłosiła roboty stanowiące przedmiot umowy nr (...) do odbioru. Wykonawca nie wykonał na ten dzień włączenia przyłącza wodociągowego do sieci wodociągowej z tego powodu, że sieć nie znajdowała się w miejscu wskazanym w projekcie. W odpowiedzi na zgłoszenie do odbioru pozwany wyznaczył termin odbioru na dzień 10 lutego 2011r. W tej dacie komisja odbiorowa odstąpiła od dokonania odbioru końcowego. Wykonawca otrzymał decyzję Burmistrza Miasta S., pozwalającą zdaniem komisji odbiorowej na podłączenie sieci w innym miejscu. Stwierdzono nadto brak w dzienniku budowy wpisów dotyczących odbioru instalacji elektrycznej, nieuporządkowanie terenu wokół placu budowy, uszkodzenie nawierzchni ciągów komunikacyjnych i wokół boisk oraz konieczność ponownego ułożenia przy dogodnych warunkach atmosferycznych kostki brukowej. Pismem z dnia 18.03.2011r. w związku z wystąpieniem korzystnych warunków atmosferycznych pozwany wezwał (...) S.A. do kontynuowania robót. W odpowiedzi powód uzależnił kontynuowanie robót od dostarczenia projektu wykonawczego z niezbędnymi uzgodnieniami na wykonanie przecisku przez drogę oraz wykonanie przyłącza wodociągowego w nowo wskazanym miejscu oraz od dokonania wyceny tego projektu. Powołując się na art. 649⁽⁴⁾ k.c. strona powodowa wezwała pozwanego do przedłożenia w terminie 45 dni od daty otrzymania pisma z 23 marca 2011r. gwarancji zapłaty wynagrodzenia objętego umową nr (...). Pismem z 13 kwietnia 2011r. pozwany poinformował (...) S.A. o możliwości kontynuowania robót zgodnie z nowym projektem przedłużenia przyłącza wodociągowego do zespołu boisk. Projekt ten został załączony do w/w pisma. W dniu 31 stycznia 2011r. zamawiający złożył wniosek do Burmistrza Miasta S. w sprawie wydania zezwolenia na umieszczenie w pasie drogowym ul. (...) przyłącza wodociągowego. Decyzją z dnia 3 lutego 2011r. Burmistrz zezwolił na umieszczenie przyłącza wodociągowego w pasie drogowym ul. (...) w S., określając warunki jakie muszą być spełnione do jego wykonania. W pismach z dnia 29 kwietnia i 4 maja 2011r. strona powodowa wskazywał, że nie otrzymała od pozwanego projektu przyłącza wodociągowego, a jedynie mapę do celów projektowych i opinię (...), co nie pozwalało na wykonanie przyłącza i oszacowania wartości tych prac. Przy piśmie z dnia 6 maja 2011r. (doręczonym powodowi 9 maja 2011.) pozwany przedłożył zaświadczenie wystawione w dniu 6 maja 2011r. przez Bank Spółdzielczy w S. zatytułowane "zaświadczenie gwarancji przekazania środków" Wystawca dokumentu zaświadczał, że na rachunku Zespołu Szkół (...) im. prof. Z. S. w S. została zablokowana kwota 104.820,33 zł. do dnia 30 czerwca 2011r. na realizację budowy kompleksu "(...)- O. 2012r" przy zespole tych szkół. Bank zagwarantował przekazanie powyższej kwoty (...) S.A. w S. po realizacji inwestycji i odbiorze końcowym, w ciągu 14 dni od przedstawienia faktury końcowej. W dniu 6 maja 2011r. zakończono prace związane z wykonaniem instalacji elektrycznej. W dniu 6 maja 2011r. kierownik budowy J. P. wpisem do dziennika budowy zgłosił zakończenie wszystkich robót budowlanych. Odbiór prac w tym dniu potwierdził inspektor nadzoru, za wyjątkiem włączenia przyłącza wodociągowego do sieci wodociągowej. Pismem z dnia 6 maja 2011r. kierownik budowy J. P. zgłosił roboty objęte umową nr (...) do odbioru końcowego. Odbiór końcowy pozwany wyznaczył na dzień 15 czerwca 2011r.

W piśmie z dnia 9 maja 2011r. powódka złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 649⁽⁴⁾ kc, wobec bezskutecznego upływu terminu do przedłożenia przez pozwanego prawidłowej gwarancji zapłaty wynagrodzenia objętego umową nr (...). Oświadczenie o odstąpieniu od umowy pozwany uznał za bezskuteczne. W piśmie z dnia 17 maja 2011r. pozwany wskazał, że w dniu 9 grudnia 2010r. zapłacił stronie powodowej tytułem wynagrodzenia z umowy kwotę 928.710,45 zł objętą fakturą nr (...), zaś w dniu 19 stycznia 2011r. składając oświadczenie o potrąceniu swojej wierzytelności objętej notą księgową z 31 grudnia 2010r. z tytułu kar umownych, dokonał rozliczenia wynagrodzenia w kwocie 204.910,98zł. Gwarancja zapłaty została zatem udzielona na kwotę 104.820,33 zł, która została do zapłaty tytułem realizacji umowy nr (...). W dniu 18 maja 2011r. strony dokonały inwentaryzacji robót. W protokole z inwentaryzacji zgodnie przyjęto istnienie różnic w powierzchni boisk i chodników spowodowanych przyjęciem innego rozwiązania dotyczącego odwodnienia liniowego wokół boiska, potwierdzono niewykonanie balustrad tarasowych z pochwytem stalowym, niewykonanie instalacji do sieci wodociągowej o wartości 1.793,49 zł. Kierownik budowy J. P. zgłosił wywiezienie 300 m³ ziemi nie ujętej w przedmiarach, z czym nie

zgodził się inspektor nadzoru M. C. powołując się na pismo zamawiającego z 19 października 2010r. Zmiana rodzaju odwodnienia liniowego wokół boiska została przez strony uzgodniona w dniu 10 listopada 2010r. Na prace te oraz inne drobne zmiany zaakceptowane przez pozwanego powódka przedłożyła w dniu 15 listopada 2010r. kosztorys zamienny na kwotę 120,82 zł. W dniu 24 maja 2011r. powódka przesłała pozwanemu kosztorysy na kwotę 104.910,48 zł. Były to: kosztorys na roboty dodatkowe związane ze zwiększeniem ilości m² boiska na kwotę 10.320,21 zł, na roboty dodatkowe związane z wywiezieniem 300 m⁽³⁾ ziemi na kwotę 17.433 zł, na roboty dodatkowe związane ze zwiększeniem ilości trawników na kwotę 1.958,55 zł. oraz kosztorysy minusowe na roboty niewykonane: podłączenie instalacji wodociągowej - 1.793,49 zł, balustrady do zaplecza - 5.000 zł, mniejsza ilość kostki brukowej - 3.926,10 zł. W dniu 25 maja 2011r. doszło do spotkania stron w trakcie którego stwierdzono wykonanie przez wykonawcę 224,66 m² więcej powierzchni zielonych niż wynikało to z dokumentacji projektowej, wykonanie o 151,68 m mniej kostki brukowej niż w dokumentacji projektowej, wykonanie o 24,89 m² powierzchni boiska więcej niż przewidywała to dokumentacja projektowa. Protokołu z tego spotkania kierownik budowy strony powodowej nie podpisał. W dniu 17 czerwca 2011r powódka obciążyła pozwanego fakturą nr (...) na kwotę 127.990,20 zł. brutto (104.057,07 zł. netto). W tym samym dniu powódka wystawiła notę obciążeniową nr (...) obciążając nią pozwanego kwotą 61.922,09 zł. stanowiącą 5% wynagrodzenia brutto tytułem kary umownej za odstąpienie w dniu 9.05.2011r. od umowy nr (...), na podstawie § (...)W dniu 7.06.2011r. powódka zawiadomiła pozwanego o przelewie wierzytelności objętej fakturą nr (...) i notą obciążeniową nr 2/06/2011 w łącznej kwocie 189.912,29 zł. na rzecz (...) Sp. z o.o., w S.. W dniu 19 czerwca 2011r. powód zawarł z nabywcą wierzytelności umowę zwrotnego przelewu wierzytelności, której przedmiotem były powyższe wierzytelności. Roboty elektryczne powód rozpoczął pod koniec listopada 2010r., w grudniu były układane kable elektryczne, w styczniu 2011r. montowane słupy oświetleniowe, całość prac elektrycznych została ukończona i zgłoszona do odbioru 6 maja 2011r. Wpisem do dziennika budowy z dnia 30 listopada 2010r kierownik budowy wstrzymał roboty elektryczne z uwagi na niską temperaturę w nocy. Na polecenie inspektora nadzoru z 30 listopada 2010r. wykonawca postawił w dniach 2-4 grudnia 2010r. namiot nad wielofunkcyjnym boiskiem, do którego stawiono dmuchawy ciepłe które to czynności umożliwiły osuszanie podłoża asfaltowego i układanie nawierzchni poliuretanowej. Boisko zostało odebrane przez inspektora nadzoru w dniu 11 grudnia 2010r. W dniu 14 grudnia 2010r. kierownik budowy zamieścił w dzienniku budowy wpis o poszukiwaniu sieci wodociągowej w miejscu wskazanym w projekcie, zaś w dniu 22 grudnia 2010r. że nie znaleziono sieci widniejącej w planie zagospodarowania. W dniu 28 września 2012r. Sąd Rejonowy w Szczecinie Wydział XII Gospodarczy, w sprawie XII GU 104/12 ogłosił upadłość powoda obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Ustalenia powyższe Sąd Okręgowy dokonał na podstawie dokumentacji przetargowej, umowy, dziennika budowy , dokumentów prywatnych stron i zeznań świadków.

W oparciu o powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy zważył , że pozwany nie kwestionował wynagrodzenia objętego fakturą nr (...) ani co do zasady ani co do wysokości. Z wierzytelnością tą potrącił w dniu 19 stycznia 2011r. swoją wierzytelność wynikającą z noty księgowej nr (...) z dnia 31 grudnia 2010r. w kwocie 256.357,08 zł. tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu przez powoda przedmiotu umowy. Umowa o roboty budowlane zawarta przez strony w dniu 23 sierpnia 2010r. uprawniała pozwanego do domagania się od powoda kary umownej za zwłokę w zakończeniu wykonania robot budowlanych, w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto ustalonego na kwotę 1.238.441,76 zł. za każdy dzień zwłoki - § (...) Zgodnie z § (...) umowy rozpoczęcie przez powoda robót miało nastąpić w terminie do 7 dni od podpisania, zaś zakończenie robót w terminie 2 miesięcy od podpisania umowy. Przepisy art. 647 k.c., art. 649 k.c., art. 22 pkt 3 ustawy z dnia 7.07 .1994r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 243 poz. 1623 z późno zm.) obligują wykonawcę do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem. Na etapie postępowania przetargowego, które poprzedziło zawarcie umowy, powódka miała możliwość a wręcz obowiązek zapoznania się z dokumentacją projektową oraz pozostałą dostępną dokumentacją, która określała warunki przyszłych prac. A zatem ewentualne rozbieżności co do ilości ziemi do wywiezienia z placu budowy wynikające z dokumentacji projektowej i przedmiarów robót powód winien był wykryć już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To w interesie wykonawcy leży bowiem sprawdzenie zgodności warunków wynikających z przedmiaru robót z rozwiązaniami przyjętymi w projekcie, albowiem to projekt definiuje zakres prac których realizacji podjął się wykonawca. Przepisy ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007r. Nr 229 poz. 1655 z

późno zm.) przewidują odpowiednią procedurę w takich przypadkach, tj. zwrócenie się wykonawcy do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, zaś zamawiający jest obowiązany takich wyjaśnień udzielić - art. 38. Wykrycie zatem przez powoda niezgodności co do ilości ziemi pomiędzy przedmiarami a projektem dopiero w trakcie wykonywania robót budowlanych i wiążąca się z tym konieczność usunięcia i wywiezienia większej ilości ziemi niż wynikająca z projektu, nawet jeżeli miało to wpływ na opóźnienie się powoda wykonaniu przedmiotu umowy, nie może w ocenie Sądu zostać uznane za okoliczność za którą powodka nie ponosi odpowiedzialności. Dodatkowo z pisma pozwanego z 19 października 2010r. wynika, że powodowa spółka zobowiązała się ziemię zagospodarować we własnym zakresie, a zatem nie było konieczności jej wywiezienia. W ocenie Sądu Okręgowego uzasadnioną, a zatem niezawinioną przyczynę opóźnienia robót była przerwa w realizacji robót trwająca od 9 października 2010r. do 18 października 2010r. (10 dni). Inspektor nadzoru nakazał wprawdzie kontynuowanie robót, jednakże w dniu 12 października 2010r. po wykonaniu badań geotechnicznych, lokalne występowanie na terenie budowy uplastycznionych gruntów pylasto - gliniastych o parametrach nie spełniających założeń projektowych potwierdził geolog P. F.. Geolog zalecił wymianę tego gruntu na inny pozwalający na uzyskanie wymaganych projektem wskaźników zagęszczenia podłoża. Niezależnie od wpisu do dziennika budowy i decyzji kierownika budowy o wstrzymaniu z dniem 9 października 2010r. prac do czasu decyzji inwestora, powodka w piśmie z 14 października 2010r. zażądała od pozwanego podjęcia do 21 października 2010r. decyzji co do tego czy prace mają być kontynuowane zgodnie z projektem czy też zostaną mu zlecone prace dodatkowe na wykonanie wymiany gruntu zgodnie z zaleceniami geologa. Z treści notatki z dnia 18 października 2010r. spisanej z udziałem stron, projektanta M. B., geologa P. F., inspektora nadzoru i kierownika budowy, zeznań tych osób oraz pisma (...) S.A. z dnia 21 października 2010r. wynika, że pozwany podjął decyzję o zaniechaniu wymiany podłoża co sugerował geolog, zasypaniu dokonanych przez wykonawcę odkrywek piaskiem i zagęszczeniu podłoża zgodnie ze specyfikacją techniczną. A zatem polecił wykonanie podłoża bez zmian i odstępstw od dokumentacji projektowej. Z wpisu do dziennika budowy dokonanego przez kierownika budowy oraz zeznań świadków uczestników procesu inwestycyjnego wynika, że roboty budowlane zostały wznowione w dniu 22 października 2010r., dokonane odkrywki zostały zasypane piaskiem i rozpoczęto profilowanie pierwszej warstwy nasypu. W ocenie Sądu, sytuacja w której w trakcie prowadzenia robót powód stwierdził wystąpienie warunków nie pozwalających jego zdaniem na prawidłowe, zgodnie z dokumentacją projektową wykonanie podłoża pod boiska, uprawniała go do wstrzymania robót do czasu rozwiązania problemu i podjęcie stosownej decyzji przez pozwanego. Tym bardziej w sytuacji stwierdzenia przez geologa który był autorem dokumentacji geotechnicznej, lokalnego występowania gruntów o parametrach nie spełniających założeń projektowych co do wskaźników zagęszczenia podłoża. Geolog zalecił przy tym wymianę tych gruntów. Dla terminu w którym wykonawca podjął się zakończenia robót nie miał natomiast znaczenia ciężący na inwestorze, wynikający z art. 41 ust. 4 Prawa budowlanego obowiązek zawiadomienia właściwego organu o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych na które jest wymagane pozwolenie na budowę, co najmniej 7 dni przed ich rozpoczęciem, jak i konieczność dołączenia do tego zawiadomienia oświadczenia kierownika budowy (robót) o przyjęciu obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi). W ocenie Sądu w sytuacji w której pozwany przekazał powodowi teren budowy w dniu 30 sierpnia 2010r. z tym dniem najwcześniej (...) S.A. mógł przystąpić do prac budowlanych a pozwany rozpoczął pracę miesiąc później. Sąd Okręgowy jednak przyjął, że okres od 23 października 2010r. do 30 października 2010r. (8 dni) stanowi niezawinione opóźnienie wiążąc ten okres (co wynika z innej części uzasadnienia) z opóźnieniem dotyczącym możliwości podjęcia prac w okresie 23 sierpnia 2010r. - 30 sierpnia 2010r. Natomiast Sąd nie uznał za niezawinione przyczyny opóźnienia okresu przerwy wynikającej z niesprzyjających warunków atmosferycznych (opady śniegu trwające od dnia 30 listopada 2010r.), gdyż prace mogły być wykonane jeszcze przed tymi opadami. Takiej przyczyny nie stanowiły też brak przyłącza elektrycznego i wodociągowego. Prace elektryczne mogły być wykonywane bez przeszkód a instalacje wodociągową wykonano mimo, że możliwości przyłączenia nie było i pozwany odstąpił od wykonania przyłącza o co pomniejszono wynagrodzenie za zgodą stron. Nie wykazano by błąd w dokumentacji co do lokalizacji sieci wodociągowej sieci wodociągowej stanowił przeszkodę do innych prac. Sąd przyjął więc, że naliczenie kary za 18 na 69 dni opóźnienia było nieprawidłowe a zatem wierzytelność z tytułu kary za 51 dni wyniosła 189481,32zł i taka kwota mogła być potrącona z kwotą 204910,98zł. Sąd nie znalazł podstaw do miarkowania kary, gdyż (...) S.A. zakończył prace dopiero w maju 2011r. Znaczny okres opóźnienia i naliczenie kary stanowiącej 15,3 % do wynagrodzenia nie stanowi zdaniem Sądu Okręgowego nadużycia prawa a kara nie jest w tym przypadku rażąco wygórowana. Sąd przyjął także, że (...) S.A. nie miał podstawy do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej

albowiem wysokość gwarancji nie może być dowolna lecz ma odpowiadać roszczeniu przysługującemu wykonawcy z tytułu wynagrodzenia . (...) S.A. żądał gwarancji w sytuacji, gdy pozwany uregulował należność w kwocie 928710,45 i jeszcze dokonał zapłaty w drodze potrącenia oraz zabezpieczył płatność na kwotę 104820,33zł w Banku Spółdzielczym w S.. Działanie powoda było więc sprzeczne z art. 649⁽³⁾ §1k.c. Co do prac dodatkowych sąd stwierdził , że żądanie w tym zakresie nie miało oparcia w umowie. (...) S.A. zobowiązał się zresztą do zagospodarowania dodatkowej ilości ziemi we własnym zakresie . Biorąc jednak pod uwagę , że zaakceptowano powiększenie boiska dużego o 23m⁽²⁾ i małego o 24,89m⁽²⁾ to żądanie odpowiednio kwot 12590,66zł brutto i 2389,43zł brutto znajduje uzasadnienie w treści art. 405 k.c., gdyż w tej części pozwany jest bezpodstawnie wzbogacony. Łączne zatem powództwo jest zasadne co do kwoty 122151,60zł (tj 15429,66zł z faktury nr (...) i 106721,94zł z faktury (...)). Dalej idące powództwo Sąd uznał za bezzasadne. Podstawę orzeczenia o kosztach stanowił art. 100k.p.c. w zw. z art. 108§ 1 k.p.c. przy uwzględnieniu , że (...) S.A. wygrał w 31%.

Od tego orzeczenia apelację wniósł syndyk masy upadłości (...) S.A. w S. w upadłości likwidacyjnej, żądając zmiany wyroku w pkt. II tj w zakresie w jakim oddalono powództwo co do kwoty 210749,58zł z ustawowymi odsetkami zarzucając :

- naruszenie art. 233§1 k.p.c. poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego polegająca na przyjęciu , że pozwanemu przysługuje tytułem kary umownej kwota 189481,32zł , podczas gdy opóźnienie powoda było spowodowane okolicznościami od niego niezależnymi a praca nie mogła być wykonana w terminie z przyczyn obciążających pozwanego. Niemożliwe bowiem było wykonanie przyłącza wodociągowego i dalej zakończenia budowy. Problemy z umiejscowieniem sieci wodociągowej wynikały z błędów dokumentacji pozwanego miały bezpośredni wpływ na zakończenie robót . Syndyk zarzucił także naruszenie art. 328 k.p.c. poprzez braki w uzasadnieniu rozstrzygnięcia uniemożliwiających kontrolę orzeczenia wobec braku odniesienia się do szkody po stronie pozwanej jako przesłanki miarkowania kary umownej. Nadto skarżący zarzucił naruszenie art. 405 k.c. przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że pomimo wykonania przez (...) S.A. prac w zakresie większym niż to wynikało z pomiaru robót tj wywiezienia dodatkowo 300m³ ziemi, Sąd nie przyjął wzbogacenia pozwanego o wartość tych prac kosztem strony powodowej. Syndyk zarzucił też naruszenie art. 484§2 k.c. poprzez pominięcie przy ocenie wysokości kary umownej faktu braku szkody po stronie pozwanej mimo podniesienia zarzutu miarkowania. Syndyk wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwoty 210749,58 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 189481,32zł od dnia 14 stycznia 2011 do dnia zapłaty i od kwoty 21268,26zł od dnia 22 czerwca 2011r. do dnia zapłaty .

Apelację złożyła także strona pozwana zaskarżając wyrok co do kwoty 120249,99zł tj w zakresie w jakim zasądzone kwotę 15429,99zł z ustawowymi odsetkami oraz kwotę 104820,33zł z ustawowymi odsetkami oraz w części obejmującej zasądzone koszty w kwocie 3709,78zł , wnosząc o oddalenie w powództwa w zaskarżonej części . Skarżący pozwany zarzucił naruszenie art. 233 k.p.c. poprzez dowolne sprzeczne z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym uznanie , że okres od 23 października do 30 października 2010r. nie stanowił zwłoki podczas , gdy strona powodowa nie dysponowała potencjałem umożliwiającym przystąpienie do robót i faktycznie przystąpił do nich 28 września 2010r. Także sprzeczne z materiałem dowodowym był przyjęcie , że rzekome wystąpienie uplastycznionych gruntów usprawiedliwia zwłokę w okresie od 9 października 2010r. do 18 października 2010r. , w sytuacji gdy dokumentacja techniczna przewidywała lokalne występowanie namulów gliniastych i pyłów lessowych a więc gruntów , które nie mogą stanowić podłoża budowlanego a ponadto w sytuacji , gdy powód opuścił teren budowy i wstrzymał się z ich rozpoczęciem po dniu 18 października celem wymuszenia na pozwanym zmiany założeń projektowych co do technologii wykonania podbudowy . Zdaniem pozwanego było to celowe działania (...) S.A. celem usprawiedliwienia zwłoki mimo, że istniało już znaczne opóźnienie w realizacji umowy , strona powodowa nie dysponowała odpowiednim potencjałem wykonawczym i chciała przerzucić na pozwanego konsekwencje zwłoki w sytuacji gdy pozwany wyraźnie oświadczył, że żąda wykonania prac zgodnie z projektem na własną odpowiedzialność. Strona powodowa pozostawała w zwłoce przez cały okres realizacji umowy do dnia 6 maja 2011r. w tym także w okresie od 18 grudnia 2010r. do 15 stycznia 2011r. Powód przystąpił do robót z miesięcznym opóźnieniem i prace były już wykonywane w niekorzystnych warunkach atmosferycznych z tej przyczyny . Do wykonania robót elektrycznych powód przystąpił w dniu 27 listopada

2010r. i kontynuował je od stycznia do kwietnia 2011r. a zgłosił ich zakończenie 6 maja 2011r. Nadto pozwany wniósł o dopuszczenie dowodu w postaci oświadczenia złożonego o potrąceniu wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia za dalszy okres zwłoki tj za okres od dnia 18 grudnia 2010r. do dnia 15 stycznia 2011r. Pozwany wskazał, że w dniu 28 września 2011r. ogłoszono upadłość i zakreślono 3 miesięczny termin do zgłaszania wierzytelności. Pozwany do czasu zakończenia postępowania kwestionował wierzytelność z faktury nr (...). Sąd okręgowy uwzględnił tę wierzytelność, którą pozwany uważał za potrąconą. Termin zgłoszenia wierzytelności upływał w dniu 11 stycznia 2013r., w tym też dniu pozwany utracił możliwość skutecznego złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności wchodzących w skład masy upadłości. W tej sytuacji pozwany zdecydował, że złoży oświadczenie o potrąceniu wierzytelności za dalszy okres zwłoki tj za okres od dnia 18 grudnia 2010r. do dnia 15 stycznia 2011r. Oświadczenie z dnia 10 stycznia 2013r. dotyczy potrącenia wierzytelności pozwanego w kwocie 107744,28zł przedstawionej do potrącenia z wierzytelnością w kwocie 104820,33 zł z faktury (...) (bez robót dodatkowych). Obie strony wniosły o oddalenie apelacji przeciwnika i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Rozpoznając apelację Sąd Apelacyjny uznał za własne ustalenia Sądu Okręgowego, z tą tylko zmianą, że nie przyjął, by opóźnienie datowane przez Sąd pierwszej instancji na okres pomiędzy 23 sierpnia 2010r. - 30 sierpnia 2010r stanowiły okoliczności niezawinione nie było więc podstawy do przyjęcia, że przesunięcie terminu oddania obiektu z tej przyczyny było usprawiedliwione, stąd okres ośmiu dni od planowanego terminu oddania tj 23 października do 30 października 2010r. nie zwalnia strony powodowej od odpowiedzialności z tytułu kary umownej. Sam fakt wykonania zobowiązania po terminie przerzuca na stronę powodową ciężar wykazania, że opóźnienie to nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi ona odpowiedzialności a w odniesieniu do tego okresu to nie zostało w sprawie wykazane. Pozostałe ustalenia są prawidłowe i wynikają z logicznej oceny przeprowadzonych dowodów. Nadto Sąd Apelacyjny ustalił na podstawie dołączonych do apelacji syndyka pism z dnia 7 stycznia 2013r. i z dnia 10 stycznia 2013r, że pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia za dalszy okres zwłoki tj za okres od dnia 18 grudnia 2010r. do dnia 15 stycznia 2011r. z wierzytelnością strony powodowej w kwocie 104820,33 zł z faktury (...) (bez robót dodatkowych).

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Nie jest zasadne stanowisko strony powodowej powołujące się wadliwość dokumentacji strony pozwanej oraz na warunki gruntowe i atmosferyczne. Główną przyczynę niewykonania robót w terminie było opóźnienie w przystąpieniu do robót a następnie dalsze przestoje wynikały z braku odpowiedniego zaplecza wykonawczego co jednoznacznie wynika z wpisów do dziennika budowy i zeznań pracowników szkoły oraz inspektora nadzoru. Nie obciąża pozwanego niezgłoszenie zamierzonego terminu rozpoczęcia robót organowi nadzoru budowlanego skoro warunkiem zgłoszenia było oświadczenie kierownika budowy o przyjęciu obowiązku kierowania budową (art. 41 ust. 4 pkt. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. prawo budowlane tekst jedn. Dz.U. 2010r. nr 243 poz. 1623 ze zm.). Zgłoszenie takie zaś nastąpiło niezwłocznie po podjęciu się tego obowiązku przez J. P. . Samo przekazanie terenu robót nie mogło mieć wpływu na rozpoczęcie budowy skoro przekazanie miało nastąpić w terminie 14 dni od podpisania umowy ((...)) zaś rozpoczęcie budowy w terminie 7 dni od podpisania umowy (...)). Dodatkowo prace w rzeczywistości rozpoczęto miesiąc później mimo, że teren został przekazany jeszcze przed terminem wynikającym z umowy. Stronę pozwaną niewątpliwie obciąża wadliwość map lokalizujących sieć wodociągową. Wadliwość ta nie miała jednak wpływu na wykonywanie prac elektrycznych skoro wykonywano je zgodnie z projektem na przełomie 2010r/2011r. mimo, że sieci nie zlokalizowano. Także samą instalację wodociągową wykonano zgodnie z projektem przed lokalizacją sieci. Skoro pozwany nie zmienił projektu (...) S.A. winien był wykonywać schemat instalacji wskazany w projekcie i przedstawić do odbioru. Wadliwość uniemożliwiająca lokalizację miejsca przyłączenia sieci mogła mieć wpływ na wykonanie samego przyłącza a takie przyłącze ostatecznie nie zostało wykonane zgodnie z porozumieniem stron. Brak sieci w miejscu wskazanym przez Zakład (...) ujawnił się po upływie terminu oddania obiektu (w grudniu 2010r.), co zresztą nie stanowiło przeszkody do prowadzenia prac jeszcze w 2011r. Postępowanie nie wykazało także związku pomiędzy przedłużeniem terminu oddania obiektu a koniecznością wywozu dodatkowej ziemi. Nawet bowiem z zeznań świadka P. wynika, że prace trwały dłużej jednakże z powodu braku decyzji co zrobić z ziemią a przedłużenia nie wiązano z samym wywozem. Z dowodów nie wynika by dodatkowy wywóz kolidował z innymi pracami, które miały być

wykonane zgodnie z projektem a ponadto sam pozwany zobowiązał się tę ziemię zagospodarować. Nie usprawiedliwia także strony powodowej wystąpienie trudnych warunków pogodowych bo w przypadku terminowego wykonania robót nie nastąpiłoby przesunięcie ich na okres zimowy. Zasadnie Sąd pierwszej instancji przyjął natomiast, że (...) S.A. nie obciąża opóźnienie wynikające ze stwierdzenia istnienia uplastycznionych gruntów pylasto-gliniastych. Niezależnie bowiem od tego kogo obciąża finansowe ryzyko ujawnienia tego faktu, to stwierdzenie istnienia warunków wpływających na możliwość zmiany sposobu wykonania względem projektu powodowała konieczność wstrzymania prac i zawiadomienia inwestora by ten podjął decyzję czy kontynuować prace zgodnie z projektem czy też zmienić technologię (art. 651 k.c.). Należy zwrócić uwagę, że w tym przypadku wymianę ziemi sugerował także geolog F.. Niezależnie więc od tego czy prace wykonywane byłyby terminowo to taka przerwa i tak musiałaby nastąpić i nie obciąża wykonawcy powoda. Wskazany przez Sąd okres 10 dni niezawinionego opóźnienia mógł wystąpić przy terminowym wykonaniu zobowiązania wcześniej, jednak obowiązkiem strony pozwanej wynikającym z zasady współdziałania wierzyciela przy wykonywaniu zobowiązania przez dłużnika było oświadczenie się co do ewentualnej wymiany podłoża. Skoro pozwana wykonała ten obowiązek po 10 dniach (tj 18 października 2010r kiedy podjęto na spotkaniu decyzję o kontynuowaniu prac), to 10 dniowy przestój z tej przyczyny nie może obciążać powoda i za ten okres wadliwie naliczano karę umowną. Nie jest jasne dlaczego Sąd uznawał za usprawiedliwiony dodatkowy okres opóźnienia 8 dni pomiędzy 23 sierpnia 2010r. - 30 sierpnia 2010r. skoro przyjmował, że rozpoczęcie prac miało nastąpić w dniu 30 sierpnia 2010r. co jest zgodne z umową (7 dni od podpisania) a umowa korzystniejsza dla zamawiającego jest w tym zakresie wiążąca względem specyfikacji. Termin zakończenia robót nie mógł zostać przedłużony z tej przyczyny, stąd okres 8 dni od daty planowanego odbioru 23 października 2010r. do 30 października 2010r. wskazany przez Sąd pierwszej instancji nie może być uznany za usprawiedliwiony. W tej części (dotyczącej 8 dni opóźnienia) apelacja pozwanego jest zasadna. Dla oceny czy opóźnienie miało zawiniony charakter nie jest potrzebna opinia biegłego skoro dla poczynienia ustaleń nie jest potrzebna wiedza specjalistyczna i wystarczające jest odwołanie się do przeprowadzonych dowodów i domniemań faktycznych. Powyższe oznacza, że opóźnienie nie stanowiące zwłoki to tylko 10 a nie 18 dni jak przyjął Sąd Okręgowy. Jeżeli więc prace miały zostać zakończone w terminie do 23 października 2010r. to uwzględniając, że na 69 dni stanowiących podstawę naliczenia pierwszej kary umownej 10 dni nie stanowiło zwłoki, wyliczenie musiało ulec stosunkowemu obniżeniu. Za okres opóźnienia wskazany w pierwszym oświadczeniu o potrąceniu tj od 24 października 2010r. do 31 grudnia 2010r. prawidłowe wyliczenie daje kwotę 219203,88zł co stanowi jednak aż 17,7% wartości wynagrodzenia brutto. Powód wprawdzie nie nadużywa prawa dochodząc kary za każdy dzień opóźnienia w wysokości, którą sam powód przyjął w umowie, jednakże wysokość tej kary może być miarkowana na podstawie art. 484§2k.c. Kara umowna wykraczająca ponad 15% wartości przedmiotu zamówienia jest w tym przypadku rażąco wygórowana. Naliczenie kary umownej za dalszy okres jeszcze pogłębia te ocenę i powoduje, że naliczenie tej kary w pełnym rozmiarze tj do 15 stycznia 2011r. stanowi rażące pokrzywdzenie (...) S.A. (...) miarkowaniu Sąd Apelacyjny uwzględnia z jednej strony, że w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy pozwanemu należałaby się 5% wartości zamówienia, z drugiej jednak także fakt, że taka możliwość mogła nastąpić dopiero po dłuższym ciągłym (30 dni) okresie przestoju. Faktu poniesienia czy też nieponiesienia szkody nie dowodono w sprawie, stąd uzasadnienie Sądu Okręgowego nie mogło zawierać ustaleń w tym przedmiocie. Wysokość szkody nie jest jednak jedynym elementem stanowiącym podstawę miarkowania kary. W tym zaś przypadku zobowiązanie w zasadzie zostało wykonane skoro pozwany nie domaga wykonania się przyłącza wodociągowego. Trzeba uwzględnić jednak także cel zastrzeżenia kary umownej. Była to kara za opóźnienie w wykonaniu robót a więc kara za niemożliwość korzystania z obiektu. Był to obiekt sportowy szkolny a więc możliwość wykorzystania jeszcze w okresie późno jesiennym była wprawdzie istotna dla zamawiającego jednakże brak lokalizacji sieci wodociągowej ostatecznie nie mógł stanowić podstawy do pełnego wykorzystania obiektu. Doświadczenie życiowe wskazuje, jednak że wykorzystanie boiska sportowego jest możliwe nawet w braku podłączenia do sieci wodociągowej. Przy terminowym wykonaniu obiektu pozwany mógł podjąć starania o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie boisk bez całego zaplecza co ponadto nie wyklucza możliwości częściowego okazjonalnego wykorzystania obiektu jeszcze przed uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie (por. wyrok WSA w Krakowie z dnia 30 października 2012r. sygn. akt II SA/Kr 1166/12 nr LEX 1235494). Okres opóźnienia był znaczny co należy wziąć pod uwagę przy miarkowaniu (por. wyrok SN z dnia 6 maja 2004r. sygn. akt II CK 261/03). Biorąc więc wszystkie okoliczności pod uwagę Sąd zmiarkował karę do 15 % wartości przedmiotu zamówienia tj do kwoty 185766,26zł, co wobec potrącenia oznacza, że należność z faktury VAT (...) została umorzona do kwoty 19144,72zł (204910,98

zł- 185766,26zł). Brak było jakiegokolwiek podstawy do odstąpienia od umowy przez powoda z przyczyny wskazanej w oświadczeniu z dnia 9 maja 2011 r. k-77, skoro nie istniała niezapłacona wymagalna wierzytelność w rozmiarze żądanej gwarancji a na jeszcze nie wykonane prace udzielono wystarczającej gwarancji przedkładając oświadczenie Banku Spółdzielczego w S.. Nie było więc podstawy do zastosowania art. 649⁽⁴⁾§1 i 2 k.c. i wywód w tej części Sądu Okręgowego Sąd drugiej instancji podziela.

Automatycznie więc nie było także podstawy do naliczenia kary umownej przez powoda. Wobec dokonanego miarkowania kwotę 15429,66zł należało zastąpić kwotą 19144,72zł wynikającą z częściowego umorzenia należności określonej w fakturze (...). Sąd Apelacyjny podziela natomiast przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyliczenie dotyczące rozliczenia faktury nr (...) tj określenie należności na kwotę 106721,94zł z pominięciem kosztów wywozu ziemi. Odwołać się przy tym należy do postanowienia zawartego w(...) umowy k-28, zgodnie z którym wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania robót w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich czynników związanych z realizacją umowy a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących wpłynąć na koszty. Niedooszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego. Strona powodowa nie wykorzystała możliwości wyjaśnienia czy rozwiązania problemów zgodnie z Przepisami ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007r. Nr 229 poz. 1655 z późno zm.). Skoro ostatecznie ujawnienie uplastycznionych gruntów nie wpłynęło na zmianę przedmiotu umowy, w tym na sposób wykonywania boisk to ryzyko związane z koniecznością wywozu dodatkowej ziemi obciąża powoda. Nie można przy tym pominąć, że konieczność wywozu ziemi wynikała z podjętej przez stronę powodową decyzji o zagospodarowaniu ziemi we własnym zakresie bo z zeznań świadków wynikało, że nadmiar ziemi mógł być wykorzystany poprzez rozsypanie poza teren boisk. Skoro umowa wyraźnie regulowała kwestie ryzyka wynikającego z nadmiarowości to przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu nie mogą mieć zastosowania. Inaczej się rzecz przedstawia w odniesieniu do robót nie objętych dokumentacją projektową. Skoro doszło do wykonania prac dodatkowych skutkiem których powód posiada boiska większe i nie uznaje tego odstępstwa od projektu za wadę lecz akceptuje takie powiększenie to można przyjąć, że otrzymał przysporzenie kosztem prac powoda i zużytych dodatkowych materiałów za co należy się na podstawie art. 405 k.c. dodatkowe wynagrodzenie w kwocie wyliczonej przez Sąd pierwszej instancji. Pozwany bowiem uzyskał dodatkowe świadczenie, na którym ostatecznie skorzystał. Sąd Apelacyjny nie uznaje skuteczności potrącenia kary umownej wynikającego z oświadczenia powołanego w apelacji. Naliczenie kolejnej kary oznacza, że kara za okres od 23 października 2010r. do dnia 15 stycznia 2011r. po odliczeniu 10 dni niezawinionego opóźnienia miałyby wynosić 274933,68 zł (74dni x 3715,32zł). Stanowiłaby więc ona ponad 20% wartości przedmiotu umowy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego kara umowna w zakresie wykraczającym ponad 15% wartości przedmiotu umowy jest rażąco wygórowana nawet przy uwzględnieniu podnoszonej wadliwości prac. Rozmiar kosztów poprawienia robót w sposób zastępczy jak też wysokość szkody związanej z wadami nie były wykazywane a ponadto naliczenie kar z tego tytułu było odrębnie przewidziane i stanowiło przedmiot zgłoszenia w postępowaniu upadłościowym a nie potrącenia z należnościami dochodzonymi w niniejszej sprawie. Wobec powyższego Sąd Apelacyjny zmienił w nieznacznej części zaskarżony wyrok na podstawie art. 386§1 k.p.c., zasądzając od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 125866,66 zł, na którą składają się kwoty 19144,72zł i 106721,94zł, od których naliczono odsetki. Powyższe wymagało także modyfikacji orzeczenia o kosztach procesu za pierwszą instancję przy uwzględnieniu, że strona powodowa wygrała proces w 31,9%. W miejsce więc kwoty 3709,78zł należało zasądzić kwotę 4027,01 zł. Obie apelacje w pozostałej części oddalono na podstawie art. 385k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100k.p.c., uznając podstawy do wzajemnego zniesienia tych kosztów.