

Sygn. akt I ACa 549/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 lipca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w K. – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Władysław Pawlak
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki SSO del. Barbara Baran (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 3 lipca 2015 r. wK.na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o w P.

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 22 grudnia 2014 r. sygn. akt I C 2446/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 549/15

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w K. zasądził od strony pozwanej Powiatu (...) na rzecz strony powodowej (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. kwotę 266 306,99 zł z odsetkami liczonymi wysokości ustawowej od kwot:

- 21 206,64 zł od 8 lipca 2011 r. do dnia zapłaty,

- 59 917,86 zł od 7 lipca 2011 r. do dnia zapłaty

- 69 488,34 zł od 9 sierpnia 2011 r. do dnia zapłaty

- 115 694,15 zł od 11 lipca 2011 r. do dnia zapłaty.

Zasądzono też od strony pozwanej na rzecz strony powodowej tytułem zwrotu kosztów procesu kwotę 24 316,36 zł.

Bezspornym w sprawie było, że strona powodowa wykonywała na rzecz strony pozwanej roboty budowlane, polegające na „Budowie Etapu I (...)i Zespołu Szkół im. (...) K. w W.” na podstawie umowy nr (...) z dnia 3 marca 2010 r. Umowa ta w § (...) przewidywała zakres robót oraz technologię i jakość ich wykonania. Prace te miały być wykonane zgodnie z dokumentami stanowiącymi załączniki do umowy. Strony ustaliły okres realizacji robót na 8 miesięcy od dnia podpisania umowy oraz ustaliły protokolarne przekazanie placu budowy wykonawcy w terminie 14 dni roboczych od podpisania umowy. Za wykonanie pełnego zakresu rzeczowego przedmiotu umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe zgodnie z ofertą przetargową tj. 8 046 248,88 zł netto (czyli 9 816 423,64 zł brutto).

Inwestycja została wykonana przez stronę powodową z opóźnieniem 49 dni w stosunku do terminu określonego w umowie.

Zgodnie z § (...) umowy strona powodowa nabywała prawo do wynagrodzenia na podstawie odpowiednio częściowych lub końcowego protokołu odbioru przedmiotu umowy, zatwierdzonych przez Zamawiającego na podstawie prawidłowo wystawionych i doręczonych Zamawiającemu faktur.

W §(...) umowy ustalono terminy płatności, szczegółowo opisane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

W dniu 7 kwietnia 2010 r. powódka wystawiła na rzecz pozwanej fakturę VAT nr (...) za roboty budowlane za okres od rozpoczęcia budowy do 31 marca 2010 r. – roboty ziemne związane z realizacją budynków, na kwotę brutto 344 961,38 zł. Fakturę wystawiono na podstawie raportu wykonania za marzec 2010 r., podpisanego ze strony powódki przez kierownika budowy a ze strony pozwanej przez inspektora nadzoru. Faktura została doręczona pozwanej w dniu 13 kwietnia 2010 r. Z dniem 7 lipca 2011 r. stała się wymagalna należność w kwocie 21 206,64 zł płatna w terminie 540 dni od dnia otrzymania faktury przez pozwaną, która to płatność nie została dokonana na rzecz powódki.

W dniu 5 lipca 2010 r. powódka wystawiła na rzecz pozwanej fakturę VAT nr (...) za roboty budowlane za okres od rozpoczęcia budowy do 30 czerwca 2010 r. na kwotę brutto 974 663,89 zł. Faktura została doręczona pozwanej 6 lipca 2010 r. Z dniem 6 lipca 2011 r. stała się wymagalna należność w kwocie 59 917,86 zł, płatna w terminie 360 dni od otrzymania faktury przez pozwaną; płatność nie została dokonana.

W dniu 6 sierpnia 2010 r. powódka wystawiła na rzecz pozwanej fakturę VAT nr (...) za roboty budowlane za okres od rozpoczęcia budowy do 31 lipca 2010 r. na kwotę brutto 1 130 343,71 zł. Faktura została doręczona pozwanej w dniu 9 sierpnia 2010 r. Z dniem 8 sierpnia 2011 r. stała się wymagalna należność w kwocie 69 488,34 zł, płatna w terminie 360 dni od otrzymania faktury przez pozwaną; płatność nie została dokonana.

W dniu 6 października 2010 r. powódka wystawiła na rzecz pozwanej fakturę VAT nr (...) za roboty budowlane za okres od rozpoczęcia budowy do 30 września 2010 r. na kwotę brutto 1 881 958,40 zł. Faktura została doręczona pozwanej w dniu 13 października 2010 r. Z dniem 8 sierpnia 2011 r. stała się wymagalna należność w kwocie 115 694,15 zł, płatna w terminie 270 dni od otrzymania faktury przez pozwaną; płatność nie została dokonana.

Sąd nadto ustalił, że w § (...) umowy strony zastrzegły karę umowną na rzecz zamawiającego za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego brutto. Zamawiający zastrzegł sobie prawo potrącenia kar umownych z należnego wykonawcy wynagrodzenia. Jednakże strony zastrzegły, że obowiązek zapłaty kar umownych za opóźnienia nie powstaje, jeżeli wykonawca wykaże, że opóźnienie powstało z przyczyn niezależnych od niego, którym nie mógł zapobiec przy dochowaniu najwyższej wymaganej od profesjonalisty staranności (§ (...)).

W związku z opóźnieniem w wykonaniu przez stronę powodową inwestycji, pozwany powiat wyliczył należną mu jego zdaniem karę umowną z tytułu opóźnienia wykonawcy na kwotę 962 009,65 zł (0,2% x 9 816 423,64 zł x 49 dni), a

następnie dokonał potrącenia swej wierzytelności o zapłatę kary umownej za opóźnienie z wierzytelnością powódki o zapłatę wynagrodzenia umownego. Oświadczenie o potrąceniu złożył Starosta (...) pismem z 7 czerwca 2011 r., doręczonym powódce w dniu 10 czerwca 2011 r. działając w oparciu o uchwałę nr (...) Zarządu Powiatu (...) z dnia 30 maja 2011 r.

Podłoże geologiczne przedmiotowej inwestycji było silnie uwarstwione i składało się z warstwy humusu, glin lessowych oraz ilów, bardzo podatnych na zawilgocenia.

Szczegółowe zalecenia w zakresie wykonywania i odbioru robót ziemnych przedmiotowej inwestycji zostały opisane w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych z grudnia 2008 r., stanowiąc integralną część umowy. Projektant miał świadomość, że podłoże gruntowe, na którym będzie realizowany przedmiot umowy jest bardzo skomplikowane i wymaga starannej organizacji wykonawczej robót ziemnych. Świadomość taką miał również wykonawca, który jeszcze przed przystąpieniem do wykonania jakichkolwiek prac na terenie budowy wykonał dodatkowe badania geologiczne, informując inwestora, że parametry rzeczywistego stanu gruntu odbiegają od badań geologicznych wykonanych w 2008 r.

Przedmiotowa inwestycja z uwagi na technologię i zakres robót szczególnie wrażliwych na czynniki atmosferyczne miała zostać wykonana w 8 miesięcy tj. przed nastaniem zimy. W trakcie budowy strona powodowa napotkała szereg poważnych problemów. W momencie przekazania placu budowy, po dodatkowych badaniach geologicznych, okazało się że stan gruntu jest dużo gorszy, niż zakładała to dokumentacja geologiczna inwestora (grunty były słabe, nie nadające się do posadowienia budynków, większej miąższości, mocno zawilgocone a poziom wody gruntowej dużo wyższy niż przewidywany). Powódka wystąpiła do inwestora o zmianę sposobu wymiany gruntów i posadowienia budynku w części, ale po ponad dwutygodniowym oczekiwaniu na odpowiedź z końcem marca otrzymała negatywną odpowiedź tj. brak zgody na proponowane przez powódkę rozwiązania.

Z początku wykonawca zgłosił inwestorowi kilka dalszych problemów, z prośbą o pilne ich rozwiązanie:

- zabezpieczenie budowy przed działaniami atmosferycznymi (proponowano, by część prac z II etapu w ramach dodatkowego zlecenia wykonać w ramach I etapu za dodatkowym wynagrodzeniem – chodziło o wykonanie dachu nad aulą, aby nie był zalewany grunt i by zabezpieczyć przed wilgocią chudy beton, warstwy posadzkowe przed przemarzaniem i deszczami oraz o wykonanie muru oporowego);

- powódka zgłosiła problem ekologiczny, gdyż na części działki był okres lęgowy żab, ten problem został załatwiony pozytywnie i wstrzymano roboty w tej części działki do skończenia okresu lęgowego tj. ok. 1 – 1,5 miesiąca.

Pozostałe problemy nie zostały rozstrzygnięte i dopiero latem 2010 r. powódka otrzymała odpowiedź odmowną. Te problemy nie wstrzymały inwestycji.

Kontynuując roboty ziemne wykonawca stwierdził, że napływ wody gruntowej jest dużo większy niż przewidywała dokumentacja geologiczna i potrzebna jest w znacznym stopniu wymiana gruntu ze względu na jego nawodnienie i słabą nośność. Z początkiem maja wystąpiły nawałnicowe opady deszczu, które z przerwami trwały do końca września 2010 r. Opady te doprowadziły do całkowitego zalania wodą placu budowy i zniszczenia wykonanych części robót, głównie tych związanych z wymianą gruntu. Przepływające wody groziły podmyciem fundamentu i zawaleniem się ziemi. Podjęto akcję ratowania budowy i wypożyczono w tym celu dodatkowe pompy wodne a sytuacja ta wymusiła na powódce dodatkową wymianę gruntu. W związku z tym na budowie wystąpiły opóźnienia, które trudno było nadrobić.

Oprócz tego wystąpiły problemy z siecią niskiego napięcia, którą miał wykonać wykonawca wraz z (...) SA. Wykonawca chciał te prace skoordynować, aby uniknąć uszkodzenia robót wykonanych wcześniej. Roboty te miały być wykonane przez E. do końca listopada, jednak ok. połowy października E. stwierdził, że projekt niskiego napięcia, który miał być wykonany przez powódkę jak również projekt średniego napięcia musi być zmieniony i zażądał wykonania projektu dodatkowego. Nowa dokumentacja zawierała szereg nowych rozwiązań, co powodowało zwiększenie kosztów.

Pojawił się jeszcze problem związany ze zmianą projektu zbiornika retencyjnego, który wg projektantów musiał być powiększony o ok. 30% przez jego pogłębienie o 75 cm. Był to również problem opóźniający wykonanie robót, bo nie było aktualnego projektu. Po około 1,5 miesiącu Starostwo zdecydowało o wycofaniu się z wprowadzenia większego zbiornika i pozostaniu przy rozwiązaniu pierwotnym.

Przy wykonywaniu podbudowy pod boiska sportowe okazało się też, że nawodnienie z terenów wyżej położonych powoduje poważne utrudnienia i zalewa wykonane wcześniej roboty, zatem zapadła decyzja o wykonaniu rowu odwadniającego, który miał być wykonany w zastępstwie muru oporowego. Powódka nie doczekała się decyzji odnośnie możliwości jego wykonania, gdyż część tego rowu przebiegała w granicy z działką sąsiednią i wymagała usunięcia prowizorycznych garaży tam postawionych.

Były również problemy związane z dokumentacją projektową w trakcie wykonywania auli. Projektant konstrukcji wraz z inspektorem nadzoru zdecydowali o konieczności wykonania spawów uzbrojenia na wszystkich prętach zbrojeniowych w ilości kilkuset sztuk. Wymagało to dodatkowych prac i opóźniło wykonawcy roboty w tym rejonie o ok. 2-3 dni.

Pod koniec listopada i na początku grudnia były bardzo trudne warunki zimowe, które uniemożliwiły wykonanie robót sieci niskiego napięcia wg nowego projektu, które należało wykonywać w temp. do minus 5° C.

O w/w okolicznościach powód informował pozwanego poprzez wpisy w dzienniku budowy, zgłoszenia i zapisy na radach budowy i w pismach bezpośrednio kierowanych do Starostwa. Reakcja była często opóźniona. Zamawiający nie kwestionował w trakcie prac zalania budowy, występowania wyższego poziomu wody gruntowej, czy większej ilości gruntu do wymiany.

Na etapie przetargu strona powodowa nie kwestionowała dokumentacji dołączonej do specyfikacji. W ocenie pracowników powódki podział inwestycji na etapy był nieszczęśliwy, ale przy normalnych średnich warunkach pogodowych możliwy do zrealizowania. Przed zgłoszeniem oferty powódka oglądała teren przyszłej budowy. Zauważono wówczas różnicę wysokości z działkami sąsiednimi. Przed złożeniem oferty nie wykonywano badań geologicznych terenu. Inwestor przedłożył dokumentację geologiczną z maja 2008 r. jako część dokumentacji do przetargu. Pokazywała ona bardzo dużą wrażliwość gruntu na wodę. Strona powodowa dotąd wymieniała grunt pod budowę, dopóty w poziomie posadowienia nie uzyskano takich parametrów gruntów, jak w projekcie, lub gdy okazało się, że w poziomie posadowienia zalegają grunty nie nośne, które zgodnie z projektem miały być wymienione. Dokumentacja projektowa nie wskazywała, w jaki sposób wykop ma być odwodniony.

Staw z żabami był na zbiegu ul. (...), w pobliżu budynku (...) w rogu budynku (...) Na terenie stawu miały być wykonane prace związane ze zbiornikiem retencyjnym, natomiast w pobliżu miały być wykonane fundamenty budynku (...) i zagospodarowanie terenu wokół budynku. Zbiornik retencyjny miał być wykonany w okresie lipca-sierpnia. Powódź załatwiła problem żab przed lipcem, sierpniem.

W ciągu 2 pierwszych miesięcy miały być wykonane roboty ziemne związane z fundamentami budynków oraz fundamenty. Nie zostały wykonane w całości.

W momencie podpisania umowy była pełna wola współpracy i nie widziano żadnego problemu w przekazaniu placu budowy natychmiast. Przekazanie placu budowy w dniu 15 marca nie było jednak kompletne, braki dokumentacji, które zostały zgłoszone w dniu 4 marca spowodowały, że pierwszy miesiąc przewidywanych robót skrócił się o 50%. Strona powodowa liczyła, że inwestor będzie współpracował i przekaże jej teren w terminie krótszym, niż pozwala na to umowa, np. 2 dni. Również w okresie kwietnia wystąpiły pierwsze problemy, związane zarówno ze zwiększoną ilością pompowania wody, wymiany gruntu, jak i niejasności związane z nieprecyzyjnie określonym rozwiązaniem izolacji przeciwwodnej budynku.

Po zalaniu wykopów nie istniała technologicznie możliwość szybszego ich wysuszenia, niż to uczyniła strona powodowa.

Strona pozwana przyjęła formę przetargu nieograniczonego. Dokumenty były publikowane na stronie internetowej powiatu, były także dostępne w wersji papierowej. Do specyfikacji warunków zamówienia powiat odpowiadał na zadawane pytania w formie elektronicznej. Rozpatrywał również protesty na etapie ogłoszenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wybierał najkorzystniejszą ofertę zgodnie z kryteriami, które również były publikowane. Kryterium w tym wypadku była najkorzystniejsza cena.

Głównym powodem podziału inwestycji na etapy były względy ekonomiczne. Powiat aby sfinansować całą inwestycję, zdecydował się na jej podział na II etapy. Drugi etap miał być realizowany niezwłocznie po zakończeniu pierwszego, by nie było przerwy, generującej koszty, np. zabezpieczenie placu budowy. Powiat na dany rok posiadał określoną ilość funduszy, resztę chciał pozyskać z kredytów. W specyfikacji pozwany wielokrotnie podkreślał, że przedmiary robót są tylko elementem pomocniczym, a głównym dokumentem na którym należy się oprzeć jest dokumentacja projektowa, wykonawcza. Informował przyszłych wykonawców, by zapoznali się z miejscem realizacji umowy. Na etapie przetargu powódka nie zgłaszała zastrzeżeń co do podziału inwestycji na dwa etapy. Dokumentacji powiat nie podzielił na etapy, zatem była dostępna dla wykonawcy w całości. W toku procedury przetargowej wpływały pytania, głównie od powódki.

Inwestor nie przewidywał przedłużenia umowy z uwagi na warunki atmosferyczne a termin realizacji inwestycji miał wynosić do 12 miesięcy. Jedynie powódka wskazała 8 miesięcy jako termin realizacji zadania. Kryterium terminu wykonania prac nie było punktowane. Zaraz po podpisaniu umowy wpłynęło do Powiatu pismo powódki, w którym proponowano zmianę sposobu posadowienia głównej płyty, pozwana nie przewidywała jednak wariantowego rozwiązania. Było zlecone powódce zamówienie dodatkowe na wykonanie drenażu opaski - zamówienie z wolnej ręki ze względów technicznych i ekonomicznych. Prace wykonawcy przedłużały się, a w tym czasie zmieniła się ustawa o obliczanie długu publicznego. Powiat nie mógł w związku z tym zaciągnąć kredytu na II etap inwestycji; etap ten rozpoczęty został dopiero w marcu 2012 r. Plac budowy został odebrany od Wykonawcy w styczniu, odbiór robót był w grudniu. Od daty odbioru było 2 tygodnie do uporządkowania terenu. Powódka ponosiła koszt zabezpieczenia do momentu wydania terenu, a zabezpieczenie budynku w kwocie ponad 50 tys. zł poniósł powiat.

Przyczyn zaistniałego opóźnienia w wykonaniu inwestycji niezależnych od powódki było kilka:

- bardzo intensywne opady deszczu i ulewy w czerwcu i maju 2010 r. – wykonawca robót ziemnych nie miał zatem żadnych szans na zabezpieczenie wykopu przed zalaniem z uwagi na ilość wody i budowę geologiczną gruntu, co powodowało obsuwanie się skarp wykopu; opóźnienie z tytułu samych tylko dni deszczowych wynosi w okresie od 6 kwietnia do 31 sierpnia 2010 r. 35 dni. Do tego trzeba doliczyć co najmniej drugie tyle na usunięcie skutków zalania i wstępnego osuszenia wykopu. Tak więc tylko z tytułu niezależnych od wykonawcy czynników atmosferycznych, które wystąpiły podczas realizacji przedmiotu umowy przestój na budowie wynosił minimum 70 dni;

- zmiana technologii odwodnienia wykopu (wykonania drenażu) – ok. 4 dni, przy czym nie miał on istotnego wpływu na termin zakończenia przedmiotu umowy,

- dodatkowa niezbędna wymiana gruntu - ok. 7 dni.

Łączne opóźnienie prac z przyczyn niezależnych od strony powodowej i przy założeniu, że wykonałaby ona prace z dochowaniem najwyższej wymaganej od profesjonalisty staranności wynosi 81 dni.

Na realizację inwestycji w zaplanowanym terminie nie miały wpływu:

- oczekiwanie na zakończenie okresu lęgowego żab znajdujących się w zbiorniku retencyjnym, przy którym trwały prace budowlane,

- kłopoty związane z uzgodnieniami i przeróbkami projektu zewnętrznych sieci energetycznych,

- wady przekazanej wykonawcy dokumentacji, dotyczącej wykonania instalacji elektrycznej.

Dokonawszy oceny dowodów sąd zważył, że powództwo należało uwzględnić. Wobec jednoznacznych ustaleń i dostatecznych ustaleń wynikających z powołanej opinii oddalił Sąd wniosek pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii uzupełniającej lub kolejnego biegłego w zakresie budownictwa.

Aby strona pozwana mogła skutecznie zastosować względem powódki rygor kary umownej określonej w § (...) umowy łączącej strony (i dokonać potrącenia wierzytelności), musiałoby dojść do zwłoki w realizacji przedmiotu tej umowy z winy wykonawcy. Tymczasem powódka nie jest za to odpowiedzialna. Poza sporem pozostawała okoliczność, że powódka prawidłowo realizowała inwestycję, jednakże czynniki od niej niezależne w sposób obiektywny mogły wpłynąć na wydłużenie czasu tej realizacji. Czynnikiem tymi są nieodpowiednie warunki atmosferyczne (ponadprzeciętne opady deszczu), przy czym występowanie ulewnych deszczy w 2010 r. i powodzi na terenie województwa (...) jest faktem notoryjnym. Każdorazowo powódka jako wykonawca musiała przewyższać trudności z tym związane, co mogło teoretycznie zająć nawet 70 dni. Wobec obiektywnych przyczyn niedochowania terminu w wykonaniu przedmiotu umowy, pozwany nie powinien obciążać strony powodowej odpowiedzialnością za ten stan rzeczy, a tym samym zobowiązany był do zapłaty powódce całej sumy należnego wynagrodzenia.

Nie zaakceptował sąd stanowiska pozwanego, że powódka winna swoje prace zintensyfikować np. poprzez wprowadzenie systemu trójzmianowego. Wiązałoby się to bowiem z zatrudnieniem większej liczby pracowników. Kalkulacja zaś kosztów osobowych stanowiła jeden z elementów określenia oferty a ta nie mogła uwzględniać zwiększonej pracochłonności, której nie można było przewidzieć na etapie przedofertowym. Powódka wykonała większy zakres robót, niż było to przedstawione w warunkach przetargu, w zw. z wyjątkowymi perturbacjami pogodowymi, okazało się to jednak na tyle czasochłonne i trudniejsze, niż można było przewidzieć, że stanowi realną i obiektywną przyczynę opóźnienia ekskulpującą wykonawcę.

Wskazał też sąd, że przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia na podstawie art. 483 k.c. Zgodnie z treścią art. 471 k.c. dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za szkodę wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Dłużnika obciąża obowiązek wykazania przesłanek ekskulpujących i powódka ten obowiązek wykonała. Wobec tego, że czterdziestodziewięciodniowe opóźnienie w wykonaniu przedmiotowych prac budowlanych było następstwem okoliczności, za które powódka nie ponosiła winy i do których się w żadnej mierze nie przyczyniła, brak było podstaw do obciążenia powódki karą umowną. W konsekwencji nieskuteczne było potrącenie z należnym jej wynagrodzeniem. Nieprawidłowe przyjęcie podstawy do naliczenia kary umownej stanowiło nieprawidłowe wykonanie przez pozwanego powiatu zobowiązania wynikającego z § (...) umowy, co prowadziło do powstania szkody w majątku powódki. Korzyść bowiem, jaką odniósł pozwany poprzez nienależnie naliczoną karę umowną ostatecznie nastąpiła kosztem majątku powódki. Ona jest zatem zubożona a pozwany wzbogacony nieprawidłowo jej kosztem, co uzasadnia żądanie zwrotu także na podstawie art. 405 k.c. w zw. z art. 410 § 2 k.c.

Mając powyższe na uwadze sąd uwzględnił powództwo na podstawie art. 471, 483 § 1 k.c. i 484 § 1 k.c.

O odsetkach sąd orzekł na zasadzie art. 481 § 1 k.c., uwzględniając § (...) łączącej strony umowy, zaś o kosztach procesu na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona pozwana, zarzucając naruszenie:

- art. 227 w zw. z 290 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych o opinię instytutu naukowego lub naukowo-badawczego (bowiem sporządzenie opinii przekraczało możliwości pojedynczego biegłego) oraz kolejnej opinii biegłego sądowego (bowiem opinia biegłego została sporządzona w sposób uznaniowy, uniemożliwiający ocenę jej prawidłowości),

- art. 233 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie dowodów z dokumentacji oraz z zeznań świadka A. K. (1) w zakresie szczegółowo wskazanym w apelacji i uznanie za udowodnioną okoliczność opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn niezależnych od powódki.

Apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie zwrotu kosztów procesu lub o uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.

Apelujący wniósł także o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu naukowego lub dowodu z opinii innego biegłego na okoliczność szczegółowo wskazaną w apelacji.

W uzasadnieniu apelacji podniesiono, że opinia biegłego R. M., na której sąd oparł rozstrzygnięcie jest dotknięta szeregami wad a prawidłowości jej założeń nie można zweryfikować. Zasadne były zatem wnioski dowodowe pozwanego, które sąd bezpodstawnie oddalił. Zwraçał też uwagę apelujący, że termin 8 miesięcy na realizację umowy został określony przez stronę powodową, tym bardziej winna ona brać pod uwagę ewentualne złe warunki atmosferyczne i skalkulować odpowiednie ryzyko, wiedząc nadto, że zamawiający nie przewiduje możliwości zmiany terminu wykonania umowy po jej podpisaniu.

Sąd Apelacyjny przyjął za własne ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji. podzielił także dokonaną ocenę dowodów i zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej jest bezzasadna.

Przede wszystkim odnieść się należy do zarzutów, kwestionujących ustalenia faktyczne sądu I instancji. Tylko bowiem prawidłowo ustalony stan faktyczny może być podstawą czynienia rozważań prawnych.

Apelujący stawiał zarzut, oparty na treści art. 233 k.p.c. (przy czym należy założyć, że chodzi apelującemu o § 1 tego przepisu, gdyż sytuacja, której dotyczy § 2 nie miała miejsca w tej sprawie), że sąd nie uwzględnił wymienionych w apelacji dowodów z dokumentacji przetargowej w zakresie, w jakim z dowodów tych wynikało, że strona powodowa jako jedyna zaproponowała termin 8 miesięcy, pomimo, że termin wykonania umowy nie był oceniany przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Zarzut ten zdaje się zmierzać do konstatacji, że tym samym powód nie skalkulował należycie ryzyka w zakresie możliwości dotrzymania takiego terminu. Nie jest on jednak zasadny. Przede wszystkim Sąd objął swoimi ustaleniami opisane okoliczności. Wśród okoliczności bezspornych wskazał (k. 913), że w umowie strony ustaliły okres realizacji robót na 8 miesięcy, a wśród ustaleń faktycznych wskazał, że przedmiotowa inwestycja miała zostać wykonana w 8 miesięcy, tj. przed nastaniem zimy, z uwagi na technologię i zakres robót szczególnie wrażliwych na czynniki atmosferyczne (k. 914/2) oraz że wszystkie oferty, które wpłynęły podawały 12 miesięcy, jedynie (...) podał 8 miesięcy (k. 916/2). Na tej samej karcie odczytać można ustalenie, że przy ocenie ofert termin wskazany przez wykonawcę nie miał żadnego znaczenia. Nadto ustalił sąd, że przy normalnych średnich warunkach pogodowych inwestycja była możliwa do zrealizowania.

Kolejny zarzut dotyczy nieuwzględnienia przy czynieniu ustaleń odpowiedzi pozwanego o tym, że nie dopuszcza on możliwości zmiany terminu wykonania umowy z powodu złych warunków atmosferycznych. Także i ten zarzut nie jest zasadny, bowiem na k. 916/2 w oparciu m.in. o zeznania świadka A. K. czyni sąd ustalenie, że „powiat nie przewidywał przedłużenia umowy z uwagi na warunki atmosferyczne”. To ustalenie jest wystarczające do czynienia rozważań w świetle okoliczności niniejszej sprawy.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 227 w zw. z 286 i 290 k.p.c. Ocena dowodu w postaci opinii biegłego R. M. (2) została dokonana prawidłowo, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności wynikających tak z jej pisemnej części, jak i z zeznań składanych przez biegłego na rozprawie. Nie znajdują uzasadnienia stwierdzenia apelującego, iż nie spełnia ona wymogów pozwalających na wykorzystanie jej do czynienia ustaleń (o czym będzie mowa także poniżej). Opinię tę – podobnie jak sąd I instancji - sąd odwoławczy uznaje za sporządzoną zgodnie z wymogami

fachowej wiedzy, przy uwzględnieniu posiadanego doświadczenia zawodowego, kompleksowo i rzetelnie, nie było zatem potrzeby dopuszczania dalszych dowodów.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych wobec opinii biegłego a wyartykułowanych w apelacji przede wszystkim podkreślić należy, że Sąd Apelacyjny akceptuje ocenę tego dowodu dokonaną przez sąd I instancji i w pełni ją podziela. Zwrócić należy uwagę przede wszystkim na treść odezwy, skierowanej do biegłego, w której sąd nie żądał określenia rzeczywistego opóźnienia na budowie, lecz odpowiedzi na pytania zamieszczone w odezwie. Nie ma zatem żadnego znaczenia porównanie liczby dni opóźnienia wskazanej przez biegłego (81) i liczby dni rzeczywistego opóźnienia (49). Biegły wyraźnie wskazywał, że kierował się przepisami normującymi postępowanie wykonawcy w określonych warunkach atmosferycznych, czyli wskazującymi m.in., kiedy wolno wykonywać określone roboty a kiedy należy się z nimi wstrzymać. Zaakceptować należy stanowisko biegłego, że to, czy wykonawca prowadził prace wtedy, kiedy powinien je wstrzymać (bo chciał dotrzymać terminu) nie podlega badaniu. Istotne jest bowiem to, że skoro sytuacja meteorologiczna spowodowała opóźnienie, które mogło według wyliczeń sięgnąć 81 dni i nie można tym obciążyć wykonawcy, to tym bardziej nie można go obciążyć opóźnieniem wynoszącym 49 dni.

Kolejne zasadnicze założenie, jakie należy poczynić odnosząc się do apelacji w zakresie tego dowodu, to takie, że po to sąd korzysta z pomocy osoby posiadającej wiadomości specjalne, by móc ustalić okoliczności, w odniesieniu do których sąd sam takich wiadomości nie ma. Dlatego także doświadczenie zawodowe oraz umiejętność oszacowania np. czasu trwania określonych czynności na budowie biegłego jest w tym wypadku wykorzystywane. W takich sytuacjach, jak niniejsza, kiedy ustalenia dokonywane są po pierwsze kilka lat po tym, kiedy miały miejsce określone zdarzenia, po drugie zaś w odniesieniu do procesu budowlanego, który został już zakończony i można się oprzeć w gruncie rzeczy przede wszystkim na dokumentach, które nie zawsze zawierają wszystkie szczegółowe informacje (np. co do ilości wymienianej ziemi) niektóre wartości muszą być określone szacunkowo. Nie oznacza to jednocześnie dowolności, bowiem właśnie doświadczenie zawodowe, na którym opiera się biegły jest tu wykorzystywane.

Istotna jest podniesiona przez biegłego w ustnych wyjaśnieniach kwestia, że roboty ziemne to nie tylko prace przy fundamentach w początkowym okresie realizacji umowy, ale także prace późniejsze (to wynika także z harmonogramu robót). Tylko wtedy, gdyby prace ziemne miały być wykonane w okresie do 2 kwietnia 2010, opady nie miałyby wpływu na tempo budowy, tak jednak nie było, bowiem prace ziemne trwały przez większą część realizacji umowy. Nadto bez wykonania robót ziemnych i żelbetowych, których nie można było realizować podczas ulewnych deszczy, nie można było wykonywać dalszych prac, wynikających z nich technologicznie. Zatem ulewne deszcze rzutowały także na inne prace. Nie podziela Sąd Apelacyjny poglądu apelującego, iż w świetle wyjaśnień biegłego złożonych na rozprawie założenie o 35 dniowym wstrzymaniu robót przestało być aktualne. Uważne wysłuchanie wyjaśnień biegłego nie pozwala na taki pogląd.

Co do wskazywanego jako wadliwe ustalenia ilości dni (35), kiedy roboty zostały wstrzymane, zasadnie biegły zwraca uwagę, że kierował się wpisami w dzienniku budowy dokonywanymi przez kierownika budowy, którego decyzji o wstrzymaniu robót i stosownych wpisów nie zakwestionował na bieżąco inspektor nadzoru. Drobną korekta co do jednego z wpisów w dzienniku budowy (nie cały dzień wstrzymania robót żelbetowych, lecz 4 godziny robocze) przy uwzględnieniu ustnych wyjaśnień biegłego nie pozbawia opinii waloru wiarygodności.

Biegły wskazywał także, że obliczając ilość dni potrzebnych na dodatkową wymianę gruntu nie opierał się na ustaleniach z postępowania odszkodowawczego, lecz na zapisach z dziennika budowy w zakresie, w jakim dotyczyły one zwiększenia ilości gruntu do wymiany. Nie sposób tej argumentacji zakwestionować.

Zarzut (str. 6 apelacji) co do stanowiska biegłego w przedmiocie sposobu posadowienia budynku zdaje się wynikać z niedokładnego odczytania opinii, biegły bowiem nie zakwestionował koncepcji konstruktora, wskazał jedynie, że rozwiązanie to nie było najtrafniejsze. Propozycja pochodząca od wykonawcy została przez biegłego przytoczona dla podkreślenia najwyższej profesjonalnej staranności powoda. Tym argumentem nie może zatem apelujący skutecznie zakwestionować opinii.

Nie wykluczają się wzajemnie stanowisko biegłego, iż w kwestii opóźnienia prac zmiana technologii odwodnienia wykopu nie wpłynęła znacząco na termin zakończenia prac oraz ocena, że czas wykonania robót drenażowych wynosił 4 dni. Jest to tylko kwestia określenia, użytego w odniesieniu do 4-dniowego okresu opóźnienia, to zaś czy nazwane zostanie ono istotnym, czy nieistotnym nie wpływa na ilość dni opóźnienia, przyjętą w ustaleniach sądu.

Brak wskazania podczas przesłuchania biegłego źródła informacji o powodzi w 2010 r. nie ma żadnego znaczenia dla oceny opinii; ulewne deszcze w okresie realizacji umowy są faktem powszechnie znanym.

Sąd Apelacyjny nie znalazł zatem podstaw do uwzględnienia wniosku pozwanego o dopuszczenie kolejnej opinii (biegłego lub instytutu naukowego), bowiem materiał zgromadzony w postępowaniu jest wystarczający do rozstrzygnięcia. Konkluzje biegłego są dla sądu przekonujące, natomiast prowadzenia dalszych dowodów nie uzasadnia brak akceptacji strony pozwanej wobec wniosków przedstawionych przez biegłego.

Wszystkie te względy pozwalają na oparcie rozważań na ustalonym przez sąd I instancji stanie faktycznym, bez konieczności uzupełniania postępowania dowodowego.

Podniesione przez apelującego zarzuty o charakterze procesowym prowadzą do zakwestionowania stanowiska sądu, że powód opóźnił się w wykonaniu przedmiotu umowy z niezależnych od niego przyczyn, którym nie mógł zapobiec przy dochowaniu najwyższej wymaganej od profesjonalisty staranności. Tymczasem powyższa argumentacja wskazuje na to, że taka właśnie sytuacja miała miejsce. Ustalony stan faktyczny uzasadnia pogląd, że termin wykonania prac został przez wykonawcę określony realnie, ale nie można było przewidzieć okoliczności nadzwyczajnych w postaci ulewnych opadów deszczu, uniemożliwiających dotrzymanie terminu. Brak zgody zamawiającego na zmianę terminu wykonania prac z powodu negatywnych warunków atmosferycznych nie pozbawia wykonawcy możliwości powołania się na nadzwyczajne (a nie tylko negatywne) utrudnienia pogodowe, jakie w istocie miały miejsce w 2010 r. Żadnych negatywnych dla wykonawcy skutków nie można wyinterpretować z jego propozycji zakończenia prac w 8 miesięcy, bowiem jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego, było to uzasadnione technologią, zakresem robót i koniecznością wykonania ich przed nastaniem zimy (roboty wrażliwe na czynniki atmosferyczne).

Apelujący nie formułuje żadnego zarzutu opartego na przepisach prawa materialnego. Jednakże niezasadność zarzutów procesowych i prawidłowość ustaleń faktycznych poczynionych przez sąd a w konsekwencji ocena rozstrzygnięcia sądu I instancji przez sąd odwoławczy działający jako sąd meriti, dokonana przez pryzmat wniosków apelacyjnych każe przyjąć, że nie było podstaw do obciążenia strony powodowej karą umowną a następnie dokonania potrącenia należności z tytułu kar umownych z wynagrodzeniem wykonawcy. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.) - wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia przepisów normujących ją. Ustawodawca wprowadza w art. 471 k.c. domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Na dłużniku spoczywa zatem obowiązek wykazania, że niewykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Powód wykazał, że nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie, które według strony pozwanej uzasadniało naliczenie kary umownej, nie było więc podstaw do potrącenia jej. Rozumowanie sądu I instancji jest prawidłowe, nie ma też potrzeby powtarzania w tym miejscu argumentacji prawnej, zawartej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku a wynagrodzenie strony powodowej winno być wypłacone w wysokości wynikającej z umowy.

Z tych względów na podstawie art. 385 k.p.c. apelacja uległa oddaleniu.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., zaś ich wysokość wynika z § 6 ust. 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

SSA Zbigniew Ducki SSA Władysław Pawlak SSO Barbara Baran