

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kościółek
Sędziowie:	SSA Anna Kowacz-Braun SSA Teresa Rak (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2017 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa K. C. (1) , (...) Sp. z o.o.

w K.

przeciwko Gminie R.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie

z dnia 11 lipca 2016 r. sygn. akt I C 379/12

1. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

„I. zasądza od strony pozwanej Gminy R. na rzecz powoda K. C. (1) – prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „K. C. (1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe (...) w T.” oraz na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w K. kwoty po 37.235,01 zł (trzydzieści siedem tysięcy dwieście trzydzieści pięć złotych jeden grosz) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 maja 2009 roku do 31 grudnia 2015 roku, a od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie,

II. oddala powództwo w pozostałej części,

III. zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda K. C. (1) – prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „K. C. (1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe (...) w T.” oraz na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w K. kwoty po 1862 zł (jeden tysiąc osiemset sześćdziesiąt dwa złote) tytułem zwrotu opłaty sądowej od uwzględnionej części powództwa,

IV. pozostałe koszty pomiędzy stronami wzajemnie znosi,

V. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Tarnowie od strony pozwanej kwotę 1865,85 zł (jeden tysiąc osiemset sześćdziesiąt pięć złotych osiemdziesiąt pięć groszy) oraz od każdego z powodów z zasądzonych roszczeń kwoty po 2.182,92 zł (dwa tysiące sto osiemdziesiąt dwa złote dziewięćdziesiąt dwa grosze) tytułem brakującej części wydatków na opinię biegłych,

2. oddała apelację w pozostałym zakresie,

3. zasądza od każdego z powodów na rzecz strony pozwanej kwoty po 1862 zł (jeden tysiąc osiemset sześćdziesiąt dwa złote) tytułem zwrotu części opłaty od apelacji, a pozostałe koszty postępowania apelacyjnego pomiędzy stronami wzajemnie znosi.

SSA Anna Kowacz- Braun SSA Wojciech Kościółek SSA Teresa Rak

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 11 lipca 2016 roku Sąd Okręgowy w Tarnowie zasądził od strony pozwanej Gminy R. na rzecz powoda K. C. (1) – prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „K. C. (1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe (...) w T.” oraz na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwoty po 74.470,01 złotych (siedemdziesiąt cztery tysiące czterysta siedemdziesiąt złotych 01/100) względem obojga powodów wraz z ustawowymi odsetkami, a od dnia 1 stycznia 2016 roku ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi w każdym przypadku od dnia 15 maja 2009 roku do dnia zapłaty, zasądził od strony pozwanej na rzecz powodów solidarnie kwotę 3600,00 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego powodów, a także zasądza od pozwanej: na rzecz powoda K. C. (1) kwotę 1137,83 złotych (tysiąc sto trzydzieści siedem złotych 83/100), a na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 1171,83 złotych (tysiąc sto siedemdziesiąt jeden złotych 83/100), obie te kwoty tytułem zwrotu pozostałych kosztów procesu. Nadto Sąd nakazał pobrać od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Tarnowie kwotę 6.231,69 złotych (sześć tysięcy dwieście trzydzieści jeden złotych 69/100) tytułem brakującej części wydatków na opinie biegłych.

Powyższe orzeczenie zostało wydane w następującym stanie faktycznym.

Strony w ramach nieograniczonego przetargu zawarły w dniu 18 września 2008 r. umowę, której przedmiotem było wykonanie przez powodów zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa kompleksu boisk sportowych (...)w Gminie R. – (...)które obejmowało: budowę boiska do piłki nożnej wraz z wyposażeniem, budowę boiska wielofunkcyjnego wraz z wyposażeniem, budowę kortu tenisowego wraz z wyposażeniem i ogrodzenie terenu. Powodowie zobowiązali się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową oraz zgodnie z warunkami wskazanymi w ofercie. Termin zakończenia robót zostały określony maksymalnie na dzień 20 listopada 2008 r., a za zwłokę powodów w zakończeniu wykonania umowy przewidziana została kara umowna w wysokości 0,1% wynagrodzenia ustalonego w umowie, za każdy dzień zwłoki.

Powodowie uzgodnili między sobą podział prac, postanawiając, że firma (...) wykona prace budowlane, a firma (...) prace związane z nawierzchnią boiska i instalacjami. W związku z tymi uzgodnieniami jako pierwsza do wykonywania prac przystąpiła firma (...).

W trakcie wykonywania przez firmę (...) robót ziemnych w części boiska do piłki nożnej i boiska wielofunkcyjnego okazało się, że z uwagi na niestabilny i namokły grunt nie ma możliwości przygotowania podłoża pod płytę tych boisk. W dniu 30 października 2008 r. strona pozwana sporządziła protokół konieczności, w którym stwierdziła konieczność

wykonania robót dodatkowych, w tym m.in. drenażu i częściowej wymiany gruntu. W protokole tym zawarty został zapis, że wykonanie robót dodatkowych wpłynie na ustalony termin zakończenia całości robót. Protokół wymieniał szczegółowo roboty dodatkowe, konieczne do wykonania dla realizacji inwestycji tj.:

- wykonanie drenażu melioracyjnego z rur PCV Ø 110 w części działki przeznaczonej pod budowę boiska do piłki nożnej i kosza od strony północnej o ogólnej długości ~ 230 m (wg załączonego szkicu);
- częściowa wymiana gruntu na pospółkę o średniej grubości ~ 20 cm na powierzchni około 1 000 m², wg załączonego szkicu;
- wykonanie ogrodzenia z siatki ocynkowanej 5x5 cm na słupkach stalowych o powierzchni 200 m², w tym brama wjazdowa wraz z furtką o pow. 16 m² z kształtowników stalowych;
- ułożenie rur ochronnych PCV Ø 75 pod kabel elektryczny oświetleniowy o długości 70 mb;
- wyrównanie ziemi dostarczonej na plac budowy przez inwestora o gr. śr. 20 cm i pow. 630 m²;

Szacunkowy koszt robót określono na 55 000 zł brutto. Ustalono również, że wykonanie robót dodatkowych (zamiennych) wpływa na ustalony termin zakończenia całości robót.

W piśmie z dnia 7 listopada 2008 r. firma (...) zwróciła się do Gminy R. z prośbą o zmianę terminu wykonania inwestycji z uwagi na konieczność wykonania prac dodatkowych, opóźniających realizację całości inwestycji, proponując jako nowy termin zakończenia inwestycji dzień 22 grudnia 2008 r. W dniu 14 listopada 2008 r. strony zawarły aneks do umowy z dnia 18 września 2008 r. w którym przedłużono termin zakończenia robót do dnia 19 grudnia 2008 r. Jednocześnie wyłączono w nim z zakresu przedmiotu umowy demontaż istniejącego ogrodzenia.

W dniu 14 listopada 2008 r. strona powodowa zakończyła prace związane z warstwami asfaltowymi na korcie tenisowym oraz boisku wielofunkcyjnym, a w dniu 28 listopada 2008 r. zakończono wykonywanie podłoża z miąża kamiennego pod sztuczną trawę na boisku do gry w piłkę nożną.

Na początku grudnia 2008 roku rozpoczęto roboty związane z wykonywaniem nawierzchni z kostki brukowej. Po częściowym jej położeniu wstrzymano, na prośbę wójta i inspektora nadzoru dalsze prace związane z jej układaniem.

Na początku grudnia 2008 r. strona powodowa przywiozła na miejsce budowy przeznaczony do zasypu nawierzchni boiska do piłki nożnej granulatu typu (...). W dniu 11 grudnia 2008 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli stron w trakcie którego strona pozwana zwróciła się do wykonawcy z prośbą o zastosowanie przy wykonywaniu nawierzchni boiska do piłki nożnej granulatu kauczukowego typu (...). W odpowiedzi spółka (...) oświadczyła, iż nie zgadza się z żądaniem zastosowania granulatu typu (...) podnosząc, że dostarczyła już na plac budowy granulatu kauczukowy typu (...), który spełnia wymogi przewidziane w dokumentacji projektowej. Jednocześnie, z uwagi na warunki pogodowe uniemożliwiające układanie powierzchni poliuretanowej zwróciła się z prośbą o przedłużenie terminu wykonania zadania o okres w którym warunki pogodowe pozwolą na ułożenie tej nawierzchni zgodnie z technologią. W dniu 15 grudnia 2008 r. inspektor nadzoru nakazał zastosowanie granulatu kauczukowego typu (...) do zasypywania nawierzchni boiska do gry w piłkę. W dniu 16 grudnia 2008 r. zakończono roboty przed zimą. Stwierdzono, że do wykonania pozostała jeszcze nawierzchnia poliuretanowa na boisku wielofunkcyjnym i na korcie tenisowym, montaż wyposażenia oraz wykonanie nawierzchni z kostki brukowej.

W dniu 18 grudnia 2008 r. odbyło się kolejne spotkanie przedstawicieli stron, w trakcie którego strona pozwana ponowiła prośbę zastosowania granulatu typu (...). Przedstawiciele strony powodowej ponownie poinformowali zaś stronę pozwaną o dostarczeniu już na plac budowy granulatu typu (...) oraz że będąca podstawą zawarcia umowy dokumentacja dopuszcza zastosowanie tego typu granulatu. Powtórzyli je także w późniejszym piśmie do strony pozwanej, lecz ta podtrzymała swe stanowiska. Również ponowna prośba przedstawicieli strony powodowej o przesunięcie terminu zakończenia inwestycji do dnia 15 kwietnia 2009 r. nie została uwzględniona przez stronę

pozwaną, która jako powód niezakończenia robót w aneksowanym terminie wskazywała brak właściwego tempa robót oraz brak odpowiedniej ilości pracowników na budowie.

Inwestycja dotycząca budowy kompleksu boisk podzielona była na dwa etapy. Pierwszy etap, zlecony stronom powodowym, obejmował te roboty, które mogły być wykonane na podstawie zgłoszenia, zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego, natomiast drugi etap obejmował prace, które wymagały uzyskania pozwolenia na budowę. Podział ten był spowodowany względami finansowymi. Nie był on jednak prawidłowy pod względem technicznym, gdyż zaburzał naturalny cykl roboczy oraz kolejność robót. Niewłaściwy podział inwestycji na etapy był przyczyną niewykonania w terminie umownym nawierzchni z kostki brukowej.

Granulaty typu (...) i (...) używane są do zasypywania nawierzchni boisk sportowych i kortów tenisowych. Różnią się od siebie rodzajem kauczuku stosowanego do ich wytworzenia.

(...) to granulaty butadienowo-styrenowe. Jest najczęściej pozyskiwany w procesie recyklingu np. ze zużytych opon niskociśnieniowych. Zapewnia optymalną elastyczność podłoża oraz dynamikę gry, dość szybko zagęszcza się w nawierzchni oraz jest tańszy niż granulaty (...). Wadą granulatu (...) jest niższa trwałość w porównaniu z (...), nieodporność na oleje i smary mineralne, palność. Kolejną wadą (...) jest wydzielanie specyficznego zapachu w upalne dni.

(...) jest to termopolimer etylenowo-propylenowo-dienowy. Można go uzyskiwać z recyklingu (z odpadów na bazie kauczuków (...)) lub z nowej mieszanki tzw. (...). Zapewnia (tak jak (...)) dobrą elastyczność podłoża i bezpieczne użytkowanie. Dostępny jest w granulacji od 0,5 do 2,5 mm. Mieszanka (...) zapewnia lepszą elastyczność, jest bardziej odporna na procesy starzenia, dostępna w bogatej palecie kolorów ((...) z recyklingu dostępny jest w kolorze szarym i czarnym). Nie wydziela również przykrego zapachu przy wysokiej temperaturze. Wadą jest wyższa cena.

Wykonawca w dokumentach złożonych wraz z ofertą przetargową zaoferował zasypanie nawierzchni z trawy syntetycznej granulatem gumowym (...). Strona pozwana nie sprecyzowała natomiast w projekcie technicznym ani w dokumentacji projektowej w sposób jasny i wyraźny rodzaju granulatu do zasypania sztucznej trawy, używając w tych dokumentach zamiennie takich określeń jak: granulaty gumowe, granulaty kauczukowe, granulaty gumowe (...) lub granulaty kauczukowe. W związku z nieprecyzyjnym określeniem przez stronę pozwaną rodzaju granulatu i sformułowanymi przez nią zapisami w dokumentacji przetargowej dopuszczającymi zastosowanie granulatu kauczukowego lub granulatu gumowego, wykonawca miał możliwość wyboru rodzaju granulatu. Zastosowanie granulatu typu (...) było zgodne z rekomendacją techniczną do zasypywania nawierzchni z trawy syntetycznej na boiskach piłkarskich oraz z kartą techniczną nawierzchni poliuretanowej (...). Było także zgodne ze sztuką budowlaną, gdyż jest to preparat powszechnie stosowany.

Sąd Okręgowy ustalił także, że inwestycja realizowana w ramach umowy z dnia 18 września 2008 r. nie była dużą budową. Część robót, z uwagi na wykorzystanie sprzętu, nie wymagała dużej obsady pracowników. Nie zachodziła potrzeba trzymania przez cały czas pracowników na budowie. Brak większej ilości pracowników w niektórych okresach nie świadczy więc o złej organizacji pracy. Nie sposób uznać, że do opóźnienia w zakończeniu prac doszło na skutek wolnego tempa robót.

Już w momencie podpisywania przez strony umowy istniało ryzyko, że roboty nie zostaną zrealizowane w terminie, gdyż wykonywanie końcowej nawierzchni boisk sportowych wymaga odpowiednich warunków atmosferycznych, w szczególności temperatury wynoszącej minimum +10°C i bezdeszczowej pogody. Tymczasem roboty te zostały zaplanowane na listopad, kiedy istnieje duże ryzyko wystąpienia niekorzystnych warunków pogodowych. Strony, jako profesjonalisci, powinny były tę okoliczność uwzględnić w zapisach umowy. Niemniej jednak przewidziany w umowie z dnia 18 września 2008 r. czas realizacji inwestycji był realny dla zrealizowania zakładanego zakresu robót i gdyby po 14 listopada 2008 r. panowały sprzyjające warunki atmosferyczne (bezdeszczowa pogoda i temperatura powyżej +10°C, utrzymująca się przez co najmniej tydzień, inwestycja zostałaby wykonana w terminie. Nieprzewidziane projektem i kontraktem roboty dodatkowe spowodowały jednak wydłużenie czasu umownego realizacji inwestycji o 4 tygodnie, co spowodowało przesunięcie robót nawierzchniowych na listopad lub grudzień 2009 r. Panujące w

tym okresie warunki atmosferyczne (temperatura nieprzekraczająca +7°C i deszcz) uniemożliwiały jednak wykonanie nawierzchni na boisku wielofunkcyjnym i korcie tenisowym. Prawdopodobną przyczyną niewykonania w terminie umownym nawierzchni poliuretanowej były zatem nieodpowiednie warunki atmosferyczne.

Sąd ustalił także, że przebieg robót budowlanych na obiekcie od samego początku planowania inwestycji, do jej pełnego zakończenia przedstawiał się następująco:

- w maju 2008 roku – została sporządzona dokumentacja geotechniczna podłoża gruntowego w związku z projektowaną budową boiska sportowego w miejscowości R.. (k. 283-291)

- w czerwcu 2008 roku – została sporządzona dokumentacja projektowa dla inwestycji związanej z budową boiska sportowego z zapleczem w R. na dz.nr (...)

- w dniu 21 lipca 2008 roku – do Starostwa Powiatowego w D. wpłynęło zgłoszenie robót budowlanych, podpisane przez Wójta Gminy R.. Zgłoszenie dotyczyło budowy zespołu boisk sportowych wraz z ogrodzeniem oraz przyłączem wodociągowym, kanalizacyjnym i energetycznym w miejscowości R. na dz. nr (...)

- w dniu 18 września 2008 roku – została zawarta umowa nr (...) pomiędzy Gminą R. (Zamawiający) a (...)– PPUH (...), (...) Sp. z o.o. (Wykonawca). Przedmiotem umowy było wykonanie inwestycji pn. (...) w Gminie R. – (...) (k. 24-32)

- w dniu 22 września 2008 roku – nastąpił pierwszy wpis Inspektora Nadzoru do (...) zawierający ogólne zarządzenia dotyczące realizacji robót. (k. 38)

- w dniu 26 września 2008 roku – Starosta D., po rozpatrzeniu wniosku o pozwolenie na budowę z dnia 18 sierpnia 2008 roku, zatwierdził decyzją nr (...) projekt budowlany i udzielił pozwolenia na budowę, dla Gminy R., zespołu boisk sportowych wraz z zapleczem szatniowym, oświetleniem, infrastrukturą towarzyszącą.

- w dniu 16 października 2009 roku - nastąpiło uprawomocnienie decyzji nr (...) z dnia 26 września 2008 roku.

- w dniu 30 października 2008 roku – został podpisany przez Kierownika Budowy, Inspektora Nadzoru oraz przedstawiciela Inwestora, protokół konieczności nr 1 na wykonanie robót nie objętych dokumentacją projektowo-kosztową. (k. 36)

- w dniu 7 listopada 2008 roku – K. C. (1) (właściciel PPUH (...), lidera konsorcjum), w piśmie kierowanym do Wójta Gminy R. mgr inż. M. L., zwrócił się z prośbą o zmianę terminu końcowego inwestycji. Prośbę umotywował wystąpieniem konieczności wykonania robót dodatkowych, nieprzewidzianych w umowie. (k. 35)

- w dniu 14 listopada 2008 roku – został podpisany aneks nr (...) do umowy z dnia 18 września 2008 roku. Aneks ten zmieniał zakres robót, zwiększał okres gwarancji na ogrodzenie oraz zmieniał termin wykonania zamówienia najpóźniej do 19 grudnia 2008 roku (pierwotny termin – 20 listopada 2008 roku). (k. 33-34)

- w dniu 11 grudnia 2008 roku – w Urzędzie Gminy w R. odbyło się spotkanie z udziałem przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Zamawiający zwrócił się z prośbą do Wykonawcy o wykonywanie robót w oparciu o dokumentację przetargową tj. zastosowanie przy wykonywaniu nawierzchni boiska do piłki nożnej granulatu kauczukowego (...). (k 99)

- w dniu 12 grudnia 2008 roku – Prezes Zarządu (...) Sp. z o.o. S. K., w piśmie kierowanym do Gminy R. (za pośrednictwem PPUH (...)), poinformował, że granulát kauczukowy (...) odpowiada wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Jednocześnie zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminu wykonania zadania o okres, w którym warunki pogodowe nie pozwalają dotrzymać reżimów technologicznych przy układaniu nawierzchni poliuretanowej. (k. 102-104)

- w dniu 18 grudnia 2008 roku - W Urzędzie Gminy w R. odbyło się kolejne spotkanie z udziałem przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy. Zamawiający ponownie prosił o zasypanie sztucznej trawy granulatem kauczukowym

(...), Wykonawca twierdził, że przekazana dokumentacja dopuszcza zasyp przy użyciu granulatu Gumowego (...). Wykonawca zwrócił się z prośbą o przesunięcie terminu zakończenia inwestycji do dnia 15 kwietnia 2009 roku. (k. 100-101)

- w dniu 23 grudnia 2008 roku - Prezes Zarządu (...) Sp. z o.o. S. K., w kolejnym piśmie kierowanym do Gminy R. (za pośrednictwem PPUH (...)) poinformował, że żądanie zamawiającego zasypania nawierzchni ze sztucznej trawy granulatem (...) wykracza poza jego uprawnienia poprzez żądanie innych, niż dopuszczonych na etapie udzielania zamówienia, materiałów. (k. 108-109)

- w dniu 29 grudnia 2008 roku – Wójt Gminy R., w piśmie kierowanym do PPUH (...) poinformował, że termin zakończenia realizacji zadania nie zostanie przedłużony. (k. 110)

- w dniu 2 kwietnia 2009 roku – K. C. (1), w piśmie kierowanym do Gminy R., poinformował o rozpoczęciu zasypu trawy syntetycznej granulatem (...). (k. 117).

- w dniu 2 kwietnia 2009 roku – w odpowiedzi na w/w pismo, Wójt gminy R. poprosił o natychmiastowe wstrzymanie robót związanych z rozkładaniem granulatu. (k. 118)

-w dniu 23 kwietnia 2009 roku – Wójt Gminy R., w piśmie kierowanym do PPUH (...), wyraził zgodę na zasypanie nawierzchni boiska do piłki nożnej dostarczonym granulatem (...). (k. 139)

- w dniu 29 kwietnia 2009 roku – K. C. (1), w piśmie kierowanym do Gminy R., zgłosił do odbioru końcowego przedmiotową inwestycję. (k. 140)

- w dniu 30 kwietnia 2009 roku – Kierownik Budowy, wpisem do (...) zgłosił zakończenie robót budowlanych będących przedmiotem umowy z dnia 18 września 2008 roku. Powyższy wpis został potwierdzony przez Inspektora Nadzoru. (k. 62)

- w dniu 30 kwietnia 2009 roku – został sporządzony protokół końcowego odbioru robót. Komisja odbiorowa złożona z przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy odebrała bezusterkowo roboty. (k. 142-145)

Podstawą do opracowania oferty Wykonawcy na realizację zadania pn.(...) w gminie R. –(...) była (...)Na stronie tytułowej znajduje się data wykonania lub zatwierdzenia przez Wójta – 30 lipca 2008 roku.(...)zawiera wszystkie istotne informacje opisujące warunki przetargu oraz przedmiot zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmował:

- Budowę boiska do piłki nożnej wraz z wyposażeniem;
- Budowę boiska wielofunkcyjnego wraz z wyposażeniem:
- Budowę kortu tenisowego wraz z wyposażeniem;
- Ogrodzenie terenu;

Wszystkie elementy miały być zgodne z właściwościami określonymi w dokumentacji technicznej, roboty miały być wykonane zgodnie z dokumentacją projektową oraz szczegółowymi specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót. Nawierzchnie do piłki nożnej określono, jako nawierzchnie syntetyczną typu „sztuczna trawa”. Miała być wypełniona zgodnie z kartą producenta. Rozdział (...) opisuje wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków jakościowych. Odnośnie materiałów na boisko do piłki nożnej z trawy syntetycznej Zamawiający wymaga przedstawienia dokumentów tj. atest (...), autoryzacja producenta trawy syntetycznej, karta techniczna, aprobata lub rekomendacja techniczna (...) itp.

Dokumentacja przetargowa zawierała, jako załącznik nr(...) dokumentację projektową. Składały się na nią następujące opracowania:

- Projekt zagospodarowania terenu dla zadania pt: (...) (...);
- Dokumentacja geotechniczna podłoża gruntowego w związku z planowaną budową boiska sportowego w m. R.(...)
- Projekt zagospodarowania terenu dla zadania pt:(...)- nawierzchnie.

Pierwsze dwa opracowania nie zawierają wytycznych odnośnie nawierzchni boiska piłkarskiego. Znajdują się one w trzecim projekcie, opracowanym przez mgr inż. E. G.. W opisie technicznym, w punkcie dotyczącym projektowanych nawierzchni boiska piłkarskiego znajduje się opis końcowej, wierzchniej warstwy boiska tj.

„4-5,5 cm trawa syntetyczna o grubości 40-55 mm wypełniona piaskiem kwarcowym i granulatem kauczukowym lub gumowym”

Na rysunku nr 1, w legendzie do mapy znajduje się zapis:

„Nawierzchnia z trawy syntetycznej grubości 40-55 mm wypełniona piaskiem kwarcowym i granulatem kauczukowym lub gumowym (...)”

Na rysunku nr 3, znajduje się następująca uwaga:

„Trawa wypełniona ma być warstwą balastową z piasku kwarcowego oraz granulatem gumowym (...) lub kauczukowym”

Szczegółowa specyfikacja techniczna dotyczy nawierzchni syntetycznych boisk. Została dołączona do (...)jako załącznik nr (...) specyfikacji precyzuje zakres robót objętych niniejszą specyfikacją tj. wykonanie nawierzchni na boisku do koszykówki oraz wykonanie nawierzchni na boisku piłki nożnej. W opisie materiałów na boisko do piłki nożnej z trawy syntetycznej, w pkt. Nr (...)znajduje się zapis: „Rozwiązanie nawierzchni syntetycznej pozostawia się do wyboru przez Inwestora oraz Projektanta przystosowującego projekt do warunków miejscowych”

Umowa z dnia 18 września 2008 roku nakładała na Wykonawcę obowiązek prowadzenia (...) Dla omawianej inwestycji wydano dwa tomy (...) Na stronie tytułowej każdego z tomów, w miejscu przeznaczonym na pieczęć właściwego organu, znajduje się pieczęć Urzędu Gminy w R.. Oba tomy posiadają ten sam numer(...)oraz datę wydania (18.09.2008r.). Na stronie tytułowej wpisano także inwestora, rodzaj budowy oraz podstawę prawną prowadzonych robót budowlanych (zgłoszenie z dnia 21.07.2008r.)

Na stronie(...)znajdują się wpisy o podjęciu się pełnienia funkcji Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót przez inż. K. B. (bez podania specjalności, numeru uprawnień budowlanych oraz daty podjęcia się pełnienia funkcji Kierownika Budowy) oraz Inspektora Nadzoru Inwestorskiego przez inż. S. W. (z datą 22.09.2008).

Na stronie (...)znajduje się wpis podjęciu się pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego przez inż. S. W. (z datą 18.09.2008).

Najważniejsze wpisy do dziennika budowy:

I. 08.10.2008r. – spotkanie robocze z udziałem projektantów, inspektora nadzoru oraz Wójta. Zlecono wykonanie rowu odwadniającego wzdłuż działki od strony północnej;

II. 09.10.2008r. – wykonano rów odwadniający od strony zachodniej, kierownik budowy stwierdził napływ agresywny wody gruntowej;

III. 14.10. 2008r. – kierownik budowy stwierdza, że w części północnej nie możliwości przygotowania podłoża, z powodu braku drenażu i okresowe opady deszczu;

IV. 27.10.2008r. – wizja lokalna z udziałem inwestora i inspektora nadzoru. Zobowiązano wykonawcę robót do wykonania drenażu w części północnej;

V. 08.11.2008r. – pozytywny odbiór podłoża w części północnej przez inspektora nadzoru;

VI. 29.11.2008r. – pozytywny odbiór podbudowy zasadniczej na boisku do siatkówki i koszykówki oraz na korcie tenisowym;

VII. 12.11.2008r. – wykonano warstwę wiążącą z asfaltobetonu na boisku do siatkówki i koszykówki oraz na korcie tenisowym,

VIII. 14.11.2008r. - wykonano warstwę ścierną z asfaltobetonu na boisku do siatkówki i koszykówki oraz na korcie tenisowym;

IX. 28.11.2008r. - zakończono wykonywanie podłoża pod sztuczną trawę na boisku piłkarskim.

X. 15.12.2008r. – prowadzone są prace związane z oczyszczeniem podłoża asfaltowego na korcie tenisowymi boisku wielofunkcyjnym. Inspektor nakazuje zastosowanie granulatu kauczukowego (...) do zasypania nawierzchni z sztucznej trawy;

XI. 16.12.2008r. – zgodnie z wpisem inspektora nadzoru do wykonania pozostało:

- zasypanie nawierzchni boiska piłkarskiego piaskiem kwarcowym i granulatem;

- ułożenie nawierzchni poliuretanowej na boisku do siatkówki i koszykówki oraz na korcie tenisowym;

- montaż wyposażenia.

- 02.04.2009r. – rozkładanie warstwy piasku kwarcowego na boisku piłkarskim;
- 03.04.2009r. – przerwanie robót związanych z układaniem warstwy granulatu gumowego na boisku piłkarskim;
- 08.04.2009r. – odbiór podłoża boisk pod wykonanie nawierzchni poliuretanowych;
- 22.04.2009r. – kierownik budowy informuje, że nie ma frontu robót dla prac brukarskich, z powodu trwających robót przy budynku szatniowo-socjalnym. Jednocześnie stwierdza o braku uzgodnień technicznych dotyczących wysokości posadowienia ciągów pieszych.

Powód K. C. (1) wystawił w dniu 30 kwietnia 2009 roku w celu końcowego rozliczenia z Gminą R. fakturę VAT numer (...) na kwotę 430.726,95 złotych brutto, z terminem płatności na dzień 14 maja 2009 roku, i w tym samym dniu złożył ją do Gminy.

Gmina R. naliczyła powodowi kary umowne począwszy od daty terminu wykonania inwestycji w grudniu 2008 roku. Ostatecznie naliczono powodowi karę umowną w kwocie 148.941,03 złotych za okres 132 dni. Powyższą kwotę potrącono z kwoty faktury wystawionej przez K. C. (1) przelewając na jego rzecz kwotę 281.785,92 złotych, zamiast całej kwoty wystawionej faktury.

W dniu 23 listopada 2012 roku Gmina R., z związku z podnoszonymi przez powód zarzutami co do ważności dokonanego potrącenia złożyła obojemu powodowi na piśmie dodatkowe oświadczenie o potrąceniu kwoty 148.941,03 złotych z tytułu kar umownych z kwotą wynikającą z faktury VAT numer (...)

Przed wniesieniem sprawy do Sądu oboje powodowie złożyli do Sadu Rejonowego w D.wniosek o zawezwanie Gminy R. do próby ugodowej w przedmiocie zapłaty potrąconej tytułem kary umownej kwoty. W dniu 28 września 2010 roku odbyło się posiedzenie Sadu, na którym jednak do zawarcia ugody nie doszło.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy w Tarnowie doszedł do przekonania, iż powództwo jest uzasadnione. Sąd wskazał, że istotą sporu w przedmiotowej sprawie zasadność lub bezzasadność naliczenia powodom przez Gminę R. kar umownych i dokonania potrącenia tych kar umownych z należnością wynikającą z faktury VAT numer (...) wystawionej przez powoda K. C. (1) dnia 30 kwietnia 2009 roku w celu końcowego rozliczenia z Gminą R. na kwotę 430.726,95 złotych.

Sąd przytoczył następnie treść art. 498 i 499 oraz 484 k.c. oraz omówił ich znaczenie. Wskazał, że fakt zastrzeżenia kary umownej przez strony nie jest sporny, wynika wprost z umowy, a treść tych umownych zastrzeżeń nie jest sprzeczna z prawem ani zasadami współżycia społecznego. Bezsporne jest też, że powodowie nie wykonali w terminie swego zobowiązania wynikającego z umowy czego oni sami nie kwestionują, i co wynika jasno z materiału dowodowego sprawy. W szczególności zaś do dnia 19 grudnia 2008 roku nie zakończyli robót na budowie. W tej sytuacji hipotetycznie mogłyby być spełnione wszystkie pozytywne przesłanki naliczenia kary umownej.

Natomiast w przekonaniu Sądu powodowie wykazali, że po ich stronie nie było żadnej winy w niewykonaniu w terminie zobowiązania umownego. Sąd wskazał, że sam fakt konieczności planowania robót dodatkowych nie jest niczym przesadnie nietypowym, a termin końcowego wykonania inwestycji wynikający z umowy został przez gminę przedłużony o prawie miesiąc, jednakże to przedłużenie nie zmateriałizowało niestety fizycznej i technologicznej możliwości należytego wykonania zobowiązania, ponieważ na skutek przesunięcia terminów, nawet przy wykonywaniu prac zgodnie z prawidłowym tempem robót był już grudzień i warunki atmosferyczne typowe dla tej pory roku w tym temperatury poniżej 10 stopni stwierdzone bezspornie wpisami w dzienniku budowy uniemożliwiły dokończenie nawierzchni poliuretanowych. Nie stałoby się tak, gdyby nie konieczność wykonania owych nieplanowanych robót, bo wówczas termin układania tych nawierzchni przypadłby jeszcze na listopad, gdy temperatury były wyższe, a czas wykonania tych robót był w istocie minimalny (kilka dni). W ocenie Sądu nieulożenie nawierzchni boiska piłkarskiego z granulatu (...) było następstwem tylko i wyłącznie oporu inwestora, czyli pozwanej gminy, która bez należytej racji na końcowym etapie inwestycji zażądała ułożenia innego droższego granulatu typu (...), choć z umowy nie wynikał obowiązek użycia tego materiału. W konsekwencji doprowadziło to do wstrzymania pracy na tym fragmencie inwestycji i przeniesienia ich na wiosnę. Wreszcie ostatnim z niezrealizowanych terminowo zadań było ułożenie kostki brukowej, co z kolei było następstwem nie opieszłości wykonawcy, ale wzajemnych uzgodnień między gminą i wykonawcą, racjonalnie motywowanych koniecznością wykonania wiosną drugiego etapu inwestycji, w wyniku którego raz ułożona kostka z dużym prawdopodobieństwem uległaby zniszczeniu.

Sąd zwrócił uwagę, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie uściślała rodzaju granulatu, nakazując zastosować wypełnienie zgodnie z kartą producenta. Jeżeli intencją zamawiającego było zastosowanie konkretnego typu granulatu ((...)) to należało umieścić takie zastrzeżenie w treści (...) Typowa specyfikacja na (...) zawsze przewidywała granulata (...) i przy użyciu tego materiału były wykonywane wszystkie O., użycie granulatu (...) było wyjątkiem, istniał nawet wzorcowy projekt ministerialny, który projektant mógł przystosować do warunków miejscowych. Zasadnym było w ocenie Sądu mniemanie powodów, że skoro w umowie brak było jednoznacznego zapisu co do rodzaju używanych granulatów to zastosowanie (...) jest w pełni uprawnione. Także sam inwestor nie wyprowadzał wykonawców z błędu, choć wiedział jaki rodzaj materiały chcą zamówić, praktycznie aż do chwili gdy miało dojść do fizycznego rozsypania tego granulatu, a wykonawcy już granulata ten nabyli z przeznaczeniem na tę konkretną budowę. Wykonawca był zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami wskazanymi w ofercie. W ofercie natomiast zaproponowano wykonanie konkretnej nawierzchni z trawy syntetycznej tj. (...)(...)przewidującej do jej zasypu i stabilizacji granulata gumowego typu (...). Przyczyną niewykonania w terminie umownym nawierzchni z trawy syntetycznej (przy założeniu dostawy materiału w pierwszych dniach grudnia) był jedynie spór o rodzaj granulatu, jakim należało zasypać boisko ((...) czy (...)), była to więc okoliczność niezawiniona przez powodów.

W zakresie ułożenia nawierzchni z kostki brukowej, Sąd przyjął, że opóźnienie tego fragmentu realizacji efektem ustnych uzgodnień stron, umotywowanych warunkami inwestycyjnymi. Wykonanie całej nawierzchni z kostki

brukowej przez powodów, przed wykonaniem robót(...)etapu inwestycji, uniemożliwiłoby wykonywanie robót tego drugiego etapu w należyty sposób, bez zniszczenia kostki.

W zakresie opóźnienia w wykonaniu nawierzchni poliuretanowych Sąd stwierdził, iż przy sprzyjających warunkach atmosferycznych po 14 listopada 2008 roku (bezdeszczowa pogoda oraz temperatura powyżej +10°C, utrzymująca się przez co najmniej tydzień), nawierzchnia poliuretanowa mogła być wykonana w ciągu tygodnia. Jednakże po 14 listopada nie było warunków atmosferycznych umożliwiających wykonanie nawierzchni. Przyczyną niewykonania w terminie umownym tych nawierzchni były zatem nieodpowiednie warunki atmosferyczne. Roboty dodatkowe spowodowały wydłużenie czasu umownego realizacji prac o 4 tygodnie, zrealizowanie zatem tego fragmentu inwestycji udało się, gdyby nie owe nieprzewidziane przez nikogo roboty.

Podsumowując Sąd Okręgowy stwierdził, że przyczyną niewykonania prac z założonym terminie umownym nie było wolne tempo robót, ale wystąpienie robót dodatkowych, których wykonanie spowodowało, że realizacja prac wrażliwych na warunki atmosferyczne przypadła na okres listopada i grudnia, spór pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą o rodzaj granulatu, jakim należało zasypać nawierzchnie boiska do gry w piłkę nożną ((...) czy (...)); a także niewłaściwy (pod względem kolejności robót) podział inwestycji na etapy przez Zamawiającego, skutkujący niewykonaniem w terminie (za zgodą stron, a wręcz na sugestię pozwanej gminy) nawierzchni z kostki brukowej wokół zaplecza szatni. W konsekwencji Sąd uznał, że opóźnienie w realizacji prac nie było zawinione, a tym samym naliczanie kar umownych i dokonanie ich potrącenia przez stronę pozwaną było niezasadne.

Tym samym Sąd uznał, że żądanie powodów co do zapłaty reszty z faktury VAT numer (...), to jest kwoty 148.941,03 złotych jest zasadne w całości. Ponieważ umowa nie przewidywała solidarności wierzycieli, toteż słusznie domagali się oni zapłaty tej kwoty w równych częściach na rzecz każdego z nich. Co prawda 148.941,03 złotych podzielona na dwie części daje po podzieleniu kwotę 74.470,51 zł, ale ponieważ żądanie pozwu dotyczyło kwot po 74.470,01 złotych (być może wskutek omyłki) to taką kwotę Sąd zasądził. Odsetki od zasądzonej kwoty naliczono zgodnie z żądaniem pozwu od dnia 15 maja 2009 roku, to jest dnia następnego po dniu płatności oznaczonym w fakturze VAT numer (...), a podstawą takiego orzeczenia jest art. 481 kodeksu cywilnego, gdyż w przyjętym przez Sąd modelu rozstrzygnięcia opóźnienie strony pozwanej jest oczywiste i niewątpliwe.

Wobec powyższego rozstrzygnięcia Sąd przyjął za zbędne rozstrzygnięcie o ewentualnie zgłoszonym wniosku o miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 §2 k.c.,

W zakresie kosztów procesu, Sąd rozliczył je między stronami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu. Działając na mocy art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał nadto pobrać od pozwanej Gminy R. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Tarnowie kwotę 6.231,69 złotych tytułem brakującej części wydatków.

Od powyższego wyroku apelację w terminie wniosła strona pozwana, zaskarżając go w całości i domagając się jego uchylecia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, ewentualnie wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na rzecz pozwanej od powodów kosztów postępowania za pierwszą instancję według norm przepisanych oraz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Zaskarżonemu orzeczeniu strona apelująca zarzuciła:

- niesprawiedliwe i krzywdzące rozstrzygnięcie niniejszej sprawy, poprzez uznanie roszczeń powodów w całości, mimo że szereg okoliczności wskazuje, że roszczenia te są niezasadne i winny być oddalone przez Sąd. Skarżąca wskazała, że dotyczy to w szczególności kwestii nieterminowego wykonania umowy, które nastąpiło według pozwanej tylko i wyłącznie wskutek okoliczności zawinionych przez powodów, w szczególności słabego tempa prac na budowie oraz złej organizacji pracy, co według pozwanej było podstawą do naliczenia kary umownej i potrącenia jej z wynagrodzenia powodów, ale Sąd Okręgowy nie wziął tych okoliczności pod uwagę i uznał, że nie było podstaw do naliczenia kary umownej. Skarżąca wskazała, że powodowie jako profesjonaliści przyjęli

na siebie ryzyko wykonania umowy w nowym terminie pod rygorem kary umownej, dobrowolnie oferując wykonanie umowy do dnia 19 grudnia 2008 roku, mimo że zdawali sobie sprawę ze słabego tempa prac oraz ze zbliżającej się zimy. Jako profesjonalistów powodów obciąża wyższy standard staranności niż inne podmioty. Skarżąca wskazała, że obciążyły ją wszystkie negatywne konsekwencje zaistniałego stanu faktycznego, pomimo iż w istniejącym układzie stosunków, była ona stroną, która nigdy wcześniej nie realizowała(...)i nie miała w tym zakresie żadnego doświadczenia;

- niewyjaśnienie przez Sąd Okręgowy wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy poprzez bezzasadne oddalenie wniosków dowodowych pozwanej gminy dotyczących przeprowadzenia opinii przez nowego biegłego w zakresie budownictwa, projektowania i wykonawstwa obiektów sportowych, z uwagi na wadliwość przeprowadzonych w sprawie opinii technicznych mgr inż. L. D. (1) oraz Instytutu (...) w W. (dalej (...)). Skarżąca wskazała, że opinia biegłego mgr inż. L. D. (1) jest niepełna, bowiem nie wyjaśnia wszystkich okoliczności sprawy. (...) nie miał natomiast wiedzy fachowej w zakresie objętym opinią. Sąd Okręgowy nie uwzględnił kolejnych wniosków dowodowych skarżącej w tym zakresie;
- sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) fakty powołane przez Sąd Okręgowy na których oparto orzeczenie w niniejszej sprawie nie mają oparcia w materiale dowodowym. Dotyczy to przyjęcia, że proces budowlany przebiegał prawidłowo, powodowie zapewnili należyte tempa prac, właściwą ilość pracowników i sprzętu, przyczyną niedotrzymania terminu była konieczność wykonania prac dodatkowych, które trwały 4 tygodnie, przyczyną przekroczenia terminu był spór o granulaty, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że proces budowlany był prowadzony zbyt wolno, było słabe tempo prac i niewystarczająca ilość ludzi i sprzętu, a prace dodatkowe trwały nie 4 tygodnie tylko o wiele krócej, natomiast spór o granulaty wyniknął później, to jest już w czasie, gdy ww. zaniedbania powodów uniemożliwiły wykonanie umowy w terminie. Sąd Okręgowy błędnie ustalił stan faktyczny, bowiem pominął zgłaszane przez skarżącą wnioski dowodowe. Dotyczy to w szczególności okoliczności wskazujących na winę powodów za nieterminowe wykonanie umowy i kwestię rodzaju granulatu ((...) czy (...)) który powinien być użyty do realizacji umowy zgodnie z jej treścią;

b) dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny i nielogiczny poprzez pominięcie dowodów zawnioskowanych przez pozwaną (dotyczących nowych opinii biegłych) oraz oparcie się jedynie wrywkowo na zeznaniach stron i świadków, podczas gdy cały materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że zaistniały podstawy do naliczenia kary umownej przez pozwaną.

- pominięcie przez Sąd Okręgowy rozstrzygnięcia co do zarzutu pozwanej dotyczącego braku legitymacji po stronie powoda InterHall w K. w niniejszej sprawie, ponieważ zgodnie z treścią umowy i praktyką w trakcie jej wykonywania, uprawnionym do żądania zapłaty był tylko powód K. C. (1), jako lider konsorcjum.

W konsekwencji zdaniem pozwanej doszło do nierozpoznania przez Sąd istoty sprawy.

W odpowiedzi na apelację powodowie wnieśli o jej oddalenie oraz zasądzenie na ich rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości dwukrotności stawki minimalnej. W uzasadnieniu wskazano, że apelacja jest w ocenie powodów całkowicie chybiona. W zakresie braku legitymacji czynnej strony powodowej, wskazano, że umowę zawarto z dwojgiem powodów, jako wykonawcami. W zakresie umówionego wynagrodzenia powodowie zawarli między sobą dodatkową umowę, na mocy której zgodzili się podzielić otrzymane wynagrodzenie w częściach równych na rzecz każdego z nich.

W toku rozprawy apelacyjnej strony podtrzymały swoje stanowisko.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Ustalenia Sądu Okręgowego są co do zasady prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy wyciągnął po części błędne wnioski. Dlatego też apelacja strony pozwanej okazała się skuteczna, choć nie w pełnym zakresie.

Jako pierwszorzędny dla toku dalszego postępowania należy rozważyć zarzut braku legitymacji czynnej po stronie powoda (...) sp. z o.o. z siedzibą w K.. Skarżący w apelacji podniósł, że spółka ta nie była legitymowana do występowania w procesie, bowiem liderem konsorcjum pozostawał K. C. (1) i to z nim strona pozwana dokonywała wszelkich czynności.

Zarzut ten pozostaje jednak bezzasadny. Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął, że w sprawie o zapłatę legitymowane czynnie są oba podmioty występujące z powództwem, to jest zarówno K. C. (1), jak i spółka (...) sp. z o.o. w K.. Umowa, zawarta w dniu 18 września 2008 roku, nr (...) (k. 21 in.), dotyczyła bowiem konsorcjum, w skład którego jako lider wchodził K. C. (1)- prowadzący Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo- Handlowe (...) oraz (jako partner) (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.. Natomiast, ani § (...) umowy, dotyczący wynagrodzenia i jego zapłaty, ani też żadne inne postanowienie umowne, nie wyłączyło prawa partnera konsorcjum do ubiegania się o zapłatę należności z tytułu umowy. W umowie nie wskazano też, by podmiotem uprawnionym do żądania zapłaty był jedynie lider konsorcjum.

Bezspornym w sprawie było nadto, że konsorcjanci także między sobą nie poczynili dodatkowych ustaleń, które wskazywałyby, iż tylko jeden z podmiotów ma wykonywać prawa z umowy zawartej z gminą R.. Przypomnieć trzeba, że umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, zawieraną najczęściej w celu wspólnego realizowania inwestycji budowlanej, której wykonanie przekracza możliwości jednego konsorcjanta. Z reguły członkowie konsorcjum wyznaczają jednego z nich do reprezentowania ich wobec drugiej strony zasadniczej umowy, wyznaczenie takie stanowi bowiem, co oczywiste i w pełni zrozumiałe, znaczące ułatwienie praktyczne w załatwianiu bieżących spraw z drugą stroną umowy. Tak też było w niniejszej sprawie, w której jako lidera konsorcjum oznaczono K. C. (1), który na etapie realizacji umowy jako jedyny z konsorcjantów kontaktował się z gminą R. w celu omówienia kwestii związanych z jej wykonaniem. Sama jednakże konstatacja, iż K. C. był liderem konsorcjum, nie upoważnia jeszcze do stwierdzenia, iż drugi z konsorcjantów- partner, został pozbawiony prawa dochodzenia roszczeń wynikających z zawartej umowy. Lider konsorcjum czerpie bowiem legitymację do występowania przy realizacji projektu w imieniu pozostałych członków konsorcjum tylko i wyłącznie z umocowania udzielonego mu przez pozostałych konsorcjantów. Wyłączenie prawa konsorcjanta do występowania o należną mu część wynagrodzenia, wymagałoby zatem wyraźnego zastrzeżenia umownego, poczynionego pomiędzy konsorcjantami, bądź już w "głównej" umowie stron, jednakże w ramach udzielonego liderowi konsorcjum upoważnienia.

Skoro zatem (...) sp. z o.o., jako partner konsorcjum pozostawał stroną umowy i wykonawcą prac, a żadne z postanowień ani umowy konsorcjum, ani też umowy z dnia 18 września 2008 roku nie zawierało jakiegokolwiek wyłączenia jego prawa do dochodzenia roszczeń z zawartej umowy, to oczywistym jest, że spółka to posiadała na równi z K. C. (1) uprawnienie do ubiegania się o zapłatę stosownego wynagrodzenia.

Uprawnienia tego nie mogło jednocześnie wyłączyć ustalenie poczynione przez strony, iż K. C. jest osobą uprawnioną do odbioru zapłaty od gminy R. ze skutkiem w stosunku do wszystkich konsorcjantów. Zastrzeżenie to bowiem żadną miarą nie reguluje skutków braku zapłaty umówionego wynagrodzenia w całości lub w części przez zamawiającego, a odnosi się jedynie do aktywnego działania gminy- dłużnika, które zwolniłoby ją ze zobowiązania względem obu wierzycieli.

Kolejno wskazać należy, iż nie miała również racji strona pozwana zarzucając Sądowi Okręgowemu naruszenie przepisów postępowania, poprzez poczynienie przez Sąd Okręgowy dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów (art. 233 kpc), co wyrażać się miało w oddaleniu wniosków dowodowych o przeprowadzenie nowych opinii biegłych, a także newszechstronnym i wybiórczym oparciu się na zeznaniach świadków. Skuteczne postawienie takiego zarzutu wymaga bowiem wykazania przez stronę konkretnych braków w rozumowaniu sądu. Zarzut naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów nie może polegać jedynie na przedstawieniu przez stronę alternatywnego, korzystnego dla

niej sposobu oceny poszczególnych dowodów. Koniecznym jest wykazanie przez stronę, że z punktu widzenia zasad logiki, wiedzy i doświadczenia życiowego z przeprowadzonych przez sąd dowodów nie da się wyprowadzić wniosków, jakie przyjął sąd w danej sprawie. Pozwanej nie udało się natomiast wykazać, by w rozumowaniu Sądu I instancji, na etapie oceny zgromadzonego materiału dowodowego zaistniały jakiegokolwiek istotne wady.

Sąd Okręgowy zasadnie bowiem ocenił przeprowadzone w sprawie opinie biegłych jako rzetelne i wyczerpujące. Podnoszone przez stronę pozwaną zarzuty do opinii, następnie ponowione w apelacji, stanowiły jedynie gołosłowną polemikę z wnioskami biegłych i ich oceną. Zauważyć należy, że nie jest obowiązkiem Sądu przeprowadzanie kolejnych dowodów z opinii innych biegłych, w sytuacji, w której przedstawione dotychczas opinie nie budzą wątpliwości i są w ocenie Sądu wyczerpujące. M. dowodu z opinii biegłych tej samej specjalności prowadziłyby jedynie do przewlekłości postępowania i zwielokrotnienia jego kosztów. Ugruntowanym jest przedstawione przez Sąd Okręgowy stanowisko, zgodnie z którym nie jest rzeczą Sądu uwzględnianie kolejnych wniosków dowodowych strony tak długo, aż udowodni ona korzystną dla siebie tezę.

Również w ocenie Sądu Apelacyjnego nie zachodziła potrzeba dalszego uzupełnienia materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu przed Sądem I instancji. Przedstawiona przez biegłego mgr inż. L. D. opinia zawierała wyczerpujące omówienie przedstawionej problematyki. Biegły w sposób przystępny, a zarazem dokładny odpowiedział na zadane mu przez Sąd pytania, odnosząc się z osobna i kolejno do każdego z nich. Nadto biegły uzupełnił swoją opinię zarówno pisemnie, jak i ustnie. W ocenie Sądu Apelacyjnego, w pełni uprawnioną była przy tym konstatacja biegłego, iż w sprawie nie zachodzi konieczność powołania się na dodatkowe wiadomości odnoszące się do składu chemicznego spornych granulatów. Spór pomiędzy stronami nie sprowadzał się w istocie do kwestii składu, czy właściwości granulatów, a dotyczył jedynie tego, czy z dokumentacji projektowej wynika, iżby strony ustaliły w sposób stanowczy, że tylko jeden ze spornych granulatów może być zastosowany przy realizacji inwestycji. Informacje dotyczące granulatów zostały jednakże, zgodnie z wnioskiem strony, uzupełnione kolejną opinią- Instytutu (...), co było w zupełności wystarczające dla potrzeb niniejszej sprawy.

W istocie, dla rozstrzygnięcia sprawy, wbrew twierdzeniom skarżącej, nie miało też znaczenia, że biegły L. D. nie określił jaki czas był niezbędny dla wykonania prac dodatkowych, a jedynie stwierdził, iż okres 4 tygodni, na jaki strony umówiły się w aneksie do umowy, był wystarczający dla ich wykonania. Skoro bowiem obie strony zgodziły się i ustaliły w aneksie do umowy, że prace zostaną przedłużone o 4 tygodnie, to nie ma znaczenia, czy wykonawca mógł te prace wykonać szybciej, wiązał go bowiem jedynie termin końcowy. Wykonawca, nawet jeśli hipotetycznie możliwym było wykonanie prac w terminie wcześniejszym, był uprawniony do takiego zorganizowania procesu swojej pracy, aby ukończyć ją w terminie umówionym, nawet, jeśli miałyby to oznaczać kilkudniowe przestoje w trakcie wykonywania prac. Należy jeszcze raz podkreślić, że strony umówiły się na przedłużenie terminu końcowego i tylko ten termin wiązał konsorcjum wykonujące inwestycję.

Jednocześnie w sprawie nie zachodziła także konieczność powołania biegłego do spraw budownictwa na okoliczność ewentualnej budowy tzw. cieplaka. Jest bowiem oczywiste i nie wymaga wiedzy specjalnej stwierdzenie, iż zasadnym są twierdzenia biegłego L. D., że byłaby to inwestycja czasochłonna i energochłonna. Bez względu na ewentualne konkretne ustalenia w zakresie czasu wykonania tzw. cieplaka, stwierdzić należało, że do opóźnienia w zakończeniu inwestycji doszłoby bez względu na decyzję stron w kwestii tej budowy. Pozbawioną znaczenia natomiast jest okoliczność, czy po wybudowaniu tzw. cieplaka istniejące opóźnienie uległoby wydłużeniu czy też nie.

Również zarzuty stawiane opinii Instytutu (...) w W. pozostają w ocenie Sądu jedynie polemiką strony z ustaleniami biegłych. Okoliczność, iż biegli przytoczyli w swojej opinii fragment opracowania, z powołaniem się na jego autorstwo, nie dyskwalifikuje bowiem tej opinii. Biegli nie zawarli nigdzie stwierdzenia, iż posługują się danym cytatem z uwagi na swój brak wiedzy w tym zakresie. W ocenie Sądu zabieg ten miał jedynie na celu powołanie dodatkowego autorytetu autora powołanej publikacji oraz wskazanie, iż kwestie w nim opisane nie są szczególnie sporne ani kontrowersyjne.

Koniecznym jest ponowne podkreślenie, że przedstawione opinie biegłych są- również w ocenie Sądu Apelacyjnego- logiczne, dokładne i w pełni zrozumiałe. Nie sposób ocenić opinii jako nierzetelnych czy też nieodpowiadających

na wszystkie zadane biegłym pytania. Zarzuty, stawiane obu opiniom przez stronę w apelacji, stanowią zatem jedynie polemikę strony z wnioskami opinii i są w istocie kolejnym powtórzeniem zarzutów, jakie strona zgłaszała już w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Nadto wbrew wyrażanemu przekonaniu skarżącego, dowód z opinii biegłych sprowadzał się nie tyle do wskazania konkretnych, szczegółowych właściwości chemicznych i technicznych granulatów, ale do wyjaśnienia użytych przez stronę w dokumentacji technicznej wyrażen powiązanych z tymi granulatami, co z kolei miało umożliwić Sądowi odtworzenie rzeczywistej i pełnej treści ustaleń stron, dotyczących technicznych wymagań związanych z wykonaniem inwestycji stanowiącej przedmiot umowy.

Podobnie nie można ocenić jako „wybiórczej” poczynionej przez Sąd Okręgowy oceny zeznań świadków. W sposób prawidłowy i precyzyjny Sąd wskazał, którym zeznaniom odmówił wiary i dlaczego. Nie można nie podzielić stanowiska Sądu, który zwrócił uwagę, iż częściowo zeznania te odnosiły się nie do sfery faktu lecz do ocen, wobec czego nie mogły stanowić obiektywnego źródła wiedzy np. o ilości pracowników przebywających w danym czasie na budowie, czy też o prawidłowości organizacji pracy i procesów budowlanych. Słusznie w tej mierze Sąd oparł się na opinii biegłego, posiadającego wiedzę specjalistyczną, niezbędną dla należytej oceny przebiegu prac budowlanych.

Jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego na uwzględnienie zasługiwało twierdzenie skarżącej, iż Sąd Okręgowy błędnie ocenił, iż do niewykonania zobowiązania w terminie doszło z przyczyn niezawinionych przez powodów. Zarzut ten, jakkolwiek wyrażony w postaci opisowej, w rzeczywistości odnosi się do naruszenia przez Sąd Okręgowy prawa materialnego, a to art. 483 § 1 kc poprzez jego błędną wykładnię w postaci przyjęcia braku zawinienia powodów.

Co prawda jedynie część z argumentacji zawartej w apelacji odnośnie wzmiankowanego zarzutu była trafna, jednakże wystarczyła dla przyjęcia, iż zarzut jest w istocie zasadny.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia Sądu Okręgowego, iż tempo pracy przy wykonywaniu inwestycji oraz przyjęta przez powodów organizacja pracy była co do zasady prawidłowa i w tym zakresie zarzut strony skarżącej okazał się chybiony. Jako zasadne należało jednakże uznać zastrzeżenie skarżącego, że powodowie jako profesjonaliści przyjęli na siebie ryzyko wykonania umowy w nowym terminie pod rygorem kary umownej, dobrowolnie oferując wykonanie umowy do dnia 19 grudnia 2008 roku, mimo że zdawali sobie sprawę ze zbliżającej się zimy.

Przypomnieć należy, w sprawie niespornym było, że strony zastrzegły w umowie karę umowną na wypadek opóźnienia w zrealizowaniu inwestycji. Niespornym było również, że do takiego opóźnienia doszło, w wyniku czego strona pozwana naliczyła powodom karę umowną w kwocie 148.941,03 złotych za okres 132 dni. Kwotę tę pozwana potrąciła następnie z kwoty faktury wystawionej przez K. C. (1) przelewając na jego rzecz kwotę 281.785,92 złotych, zamiast całej kwoty wystawionej faktury oraz przesyłając powodom oświadczenie o dokonanej potrąceniu wierzytelności.

Istotą sporu pozostawało natomiast, czy strona powodowa popadła w opóźnienie z uwagi na okoliczności przez siebie zawinione, a zatem, czy strona pozwana mogła dokonać wzmiankowanego potrącenia.

Nieprawidłową była w tej mierze ocena Sądu Okręgowego, który przyjął, iż okoliczności, w postaci konieczności wykonania dodatkowych prac i niemożność ukończenia inwestycji z uwagi na niekorzystne warunki pogodowe pozostają całkowicie niezawinione przez powodów.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły (art. 484 § 1 kc). Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 kc).

Trafnie zauważył Sąd Okręgowy, iż dla powstania obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek świadczenia kary, a także niewykonanie lub nienależyte

wykonanie zobowiązania (albo pojedynczego obowiązku). Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania musi jednocześnie stanowić okoliczność, za którą dłużnik ponosi odpowiedzialność. Nie można żądać zapłaty kary umownej, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest efektem zdarzeń, za które dłużnik nie ponosi winy. Ciężar wykazania braku winy spoczywa na dłużniku.

Ustalenie, że dłużnik ponosi choćby najlżejszą winę w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania, powoduje, że nie można przyjąć, iż kara umowna nie należy się.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nieprawidłową była konstatacja, że powodowie wykazali w toku postępowania, iż nie zawinili w opóźnieniu realizacji inwestycji. Niekwestionowanym pozostaje co prawda fakt, iż w toku realizacji budowy kompleksu boisk, realizowanej przez powodów, wystąpiła konieczność wykonania prac dodatkowych, które spowodowały opóźnienie w zakończeniu robót. Nie oznacza to jednak automatycznie, że powodowie nie ponosili odpowiedzialności za niedotrzymanie ostatecznego terminu wykonania umowy.

Zauważyć bowiem należy, że konieczność wykonania prac dodatkowych została przez strony uwzględniona w aneksie do umowy. Strony zgodziły się zatem, iż prace te pojawiły się niespodziewanie i spowodowały niezawinione opóźnienie i niemożność dotrzymania pierwotnego terminu wynikającego z umowy. Zawinienie powodów zrealizowało się natomiast na etapie nieco późniejszym- podjęli się oni bowiem wykonania prac w terminie do 19 grudnia 2008 roku, zapewniając drugą stronę umowy, iż jest to termin wystarczający dla ukończenia inwestycji. Tymczasem jako profesjonaliści, posiadający fachową wiedzę i doświadczenie w realizowaniu tego typu prac, zawierając aneks do umowy musieli mieć świadomość, że co prawda w ogólności prace takie są możliwe do wykonania na przestrzeni 4 tygodni, jednakże nie wtedy, kiedy ten okres przypada akurat na miesiące zimowe. Strona powodowa miała pełną świadomość wymogów, jakie należy spełnić, aby prawidłowo i w sposób należyty wykończyć budowane obiekty, to jest ułożyć nawierzchnię boisk. Powodowie winni wiedzieć, że dla ułożenia nawierzchni koniecznym jest występowanie przez kilka dni sprzyjających warunków atmosferycznych, w szczególności w postaci zewnętrznej temperatury powietrza, utrzymującej się przez kilka dni na poziomie $+10^{\circ}$ C. Już w dacie podpisywania aneksu do umowy winni oni zatem wiedzieć, że wykonanie inwestycji w terminie, w porze zimowej, będzie praktycznie niemożliwe, oczywistym bowiem jest, że utrzymanie się przez kilka dni tak wysokiej temperatury na przełomie listopada i grudnia, w polskich warunkach atmosferycznych, jest wysoce nieprawdopodobne. Oczywiście nie jest tak, że takie warunki nie mogłyby obiektywnie zaistnieć, jednakże założenie, powodów, że pogoda dopisze, wskutek czego wykonają oni prace w terminie, pozbawione było jakichkolwiek podstaw. Założenie to było całkowicie nieracjonalne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym. Jednocześnie, nawet gdyby w procesie inwestycyjnym nie wystąpiła konieczność przeprowadzenia prac dodatkowych, w wyniku których strony aneksowały umowę, to i tak termin ułożenia nawierzchni przypadłby na listopad. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, można stwierdzić, że również wówczas nie zaistniałyby warunki atmosferyczne korzystne na tyle, by podjąć prace związane z pracami wykończeniowymi, bowiem średnia temperatura w Polsce w listopadzie oscyluje w granicach $+5^{\circ}$ C.

Dlatego też w ocenie Sądu Apelacyjnego nie można uznać, by zachowanie powodów pozostawało całkowicie niezawinione. Bezpośrednim powodem nieulożenia nawierzchni boisk były oczywiście warunki atmosferyczne, jednakże nie były to warunki, jakich w tym okresie nie należało się spodziewać. Podkreślić należy ponownie, że powodowie, jako profesjonaliści mający doświadczenie w budowie boisk musieli już w dacie podpisywania aneksu do umowy mieć świadomość, że nie dotrzymają jej terminu z uwagi na istniejące wymogi technologiczne dla ułożenia nawierzchni boisk, związane z warunkami atmosferycznymi. Co za tym idzie, zasadnym było naliczenie powodom kary umownej przez pozwaną gminę.

Również jej potrącenie zostało dokonane skutecznie, w oparciu o art. 498 i 499 kc. Gmina R. oraz (...) sp. z o.o. w K. byli wzajemnie względem siebie wierzycielami i dłużnikami, potrącana wierzytelność była wymagalna i miała charakter pieniężny. Wobec wątpliwości strony powodowej co do zasadności dokonania potrącenia, strona pozwana złożyła jej dodatkowo pisemne oświadczenie w tej materii.

Ponieważ jednak nie jest też tak, by jedynie po stronie powodów leżały okoliczności wpływające na niedochowanie terminu wykonania zobowiązania, Sąd Apelacyjny uznał za stosowne skorzystanie z instytucji, o jakiej mowa w art. 484 § 2 k.c., to jest z tzw. miarkowania kary umownej. Uznał tym samym, że niezasadnym było dokonanie przez stronę pozwaną potrącenia całości kwoty naliczonej kary umownej.

Ustawodawca przewidując możliwość miarkowania kary umownej, zastrzegł stosowanie tej instytucji w sytuacji, w której kara jawi się jako rażąco wygórowana. Nie określił przy tym kryteriów, jakie należałoby brać pod uwagę przy ocenie kary jako wygórowanej, pozostawiając ich dookreślenie judykaturze. Sąd Apelacyjny w pełni podziela przy tym przedstawione przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 listopada 2006 roku stanowisko, zgodnie z którym miarkując karę umowną, sąd powinien mieć na względzie podstawowe jej funkcje, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł (vide: wyrok SN z dnia 30 listopada 2006 roku, sygn. akt I CSK 259/06, LexPolonica nr 2050832). Miarkując karę należy mieć zatem na względzie wysokość poniesionej szkody, winę dłużnika, wartość zobowiązania głównego, ale też na przykład przyczynienie się wierzyciela.

Na opóźnienie w wykonaniu inwestycji w niniejszej sprawie wpływ miały: dodatkowe, nieprzewidziane prace, niemożność ułożenia nawierzchni z uwagi na warunki atmosferyczne, ale także spór pomiędzy stronami co do granulatu, jaki miał być użyty do zasypu sztucznej trawy, wreszcie- ustne porozumienie stron co do ułożenia kostki brukowej w późniejszym terminie z uwagi na dalsze planowane prace.

Jak wykazało przeprowadzone postępowanie, w istocie spór dotyczący granulatu do zasypu sztucznej trawy został spowodowany przez stronę pozwaną. Rację mieli bowiem powodowie, iż dokumentacja strony pozwanej, mimo iż tworzona na potrzeby procedury zamówień publicznych, daleka była od jednoznaczności. Strona pozwana zamiennie używała w poszczególnych dokumentach i opracowaniach określeń granulatu jako „gumowy”, „kauczukowy”, „kauczukowy lub gumowy”, „granulat gumowy (...) lub granulat kauczukowy”.

Natomiast powodowie w swojej ofercie wprost wskazali, że do zasypu nawierzchni trawiastej użyją granulatu (...). Ich oferta została przyjęta bez zastrzeżeń. Powodowie mieli więc prawo uważać, że to granulat (...) stanowi prawidłowy i przyjęty przez stronę pozwaną jako dopuszczalny materiał budowlany.

W zakresie natomiast ułożenia kostki brukowej to strony umówiły się, iż zostanie ona położona w nieokreślonym terminie późniejszym, co było powodowane wymogami logiki i ekonomiki, skoro na boiskach miały być jeszcze wykonane prace, które powodowałyby jej zniszczenie czy też uszkodzenie.

W tym kontekście, zastrzeżona i naliczona przez pozwaną kara umowna jawi się jako rażąco wygórowana w rozumieniu przepisu art. 484 § 2 kc. Sąd Apelacyjny uznał przy tym, że waga przyczynienia się strony pozwanej, a także okoliczność, iż inwestycja została przez powodów wykonana w całości, choć z kilkumiesięcznym opóźnieniem, uzasadniała zmiarkowanie kary do połowy jej wysokości.

Z tych względów Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżone orzeczenie, poprzez zasadzenie na rzecz powodów kwot po 37.235,01 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 15 maja 2009 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku, a od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie oraz oddalił powództwo w pozostałym zakresie, działając w oparciu o powołane przepisy oraz art. 386 § 1 kpc.

Zmiana rozstrzygnięcia głównego spowodowała także konieczność zmiany orzeczenia o kosztach postępowania przed sądem I instancji.

W zakresie tym Sąd uznał za stosowne, w oparciu o art. 100 kpc zasądzić od strony pozwanej na rzecz każdego z powodów kwoty po 1.862 złote, co stanowi sumę opłaty od uwzględnionej części powództwa. Jednocześnie, ponieważ pozostałe koszty stron były zbliżone, a powództwo zostało uwzględnione jedynie w części, Sąd postanowił o ich wzajemnym zniesieniu między stronami,.

Ponieważ w toku postępowania przed Sądem Okręgowym powstały wydatki związane z przeprowadzoną w sprawie opinią biegłych, które tymczasowo w toku postępowania pokrył Skarb Państwa, należało w oparciu o art. 113 ust 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych nakazać pobranie na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Tarnowie od strony pozwanej kwotę 1865,85 złotych oraz od każdego z powodów- z zasądzonych roszczeń kwoty po 2.182,92 złote.

W pozostałym zakresie, działając na zasadzie art. 385 kpc Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanej.

Ponieważ apelacja okazała się zasadna jedynie w części, Sąd Apelacyjny działając w oparciu o art. 100 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc zasądził od każdego z powodów na rzecz pozwanej kwoty po 1.862 złote tytułem zwrotu części opłaty od apelacji, natomiast pozostałe koszty postępowania pomiędzy stronami wzajemnie zniósł.

SSA Anna Kowacz-Braun SSA Wojciech Kościółek SSA Teresa Rak