

Sygn. akt II Ca 362/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 sierpnia 2014 roku

Sąd Okręgowy w Lublinie II Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący Sędzia Sądu Okręgowego Ewa Łuchtaj

Sędziowie: Sędzia Sądu Okręgowego Ewa Bazelan (spr.)

Sędzia Sądu Rejonowego Marta Postulska-Siwek (del.)

Protokolant starszy sekretarz sądowy Krystyna Melchior

po rozpoznaniu w dniu 7 sierpnia 2014 roku w Lublinie

na rozprawie

sprawy z powództwa R. W.

przeciwko Powiatowi (...) Zarządowi Dróg Powiatowych w B.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda R. W.

od wyroku Sądu Rejonowego w Białej Podlaskiej z dnia 13 lutego 2014 roku, sygn. akt I C 713/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda R. W. na rzecz pozwanego

Powiatu (...) Zarządu Dróg Powiatowych w B.

kwotę 1200 zł (tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów

procesu za drugą instancję.

II Ca 362/14

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 20 stycznia 2012 roku powód R. W. domagał się zasądzenia od pozwanego Zarządu Dróg Powiatowych w B. na jego rzecz kwoty 25.339,94 zł wraz z ustawowymi odsetkami tytułem zwrotu potrąconej kary umownej w związku z umową z dnia 14.09.2009 r. nr (...) na budowę drogi powiatowej Nr (...) O.-D.-S.-P. w m. S. zawartą pomiędzy stronami oraz

wniósł o zasądzenie kosztów procesu i kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 13 lutego 2014 roku Sąd Rejonowy w Białej Podlaskiej:

I. oddalił powództwo;

II. zasądził od powoda R. W. na rzecz pozwanego Powiatu (...) Zarządu Dróg Powiatowych w B. kwotę 2.677,20 tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 2.400 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego;

III. nieuiszczoną część opłaty sądowej od pozwu przejął na rachunek Skarbu Państwa.

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia Sądu Rejonowego:

W dniu 14 września 2009r. pomiędzy R. W. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Usługi (...) jako wykonawcą a pozwanym Powiatem (...) – Zarządem Dróg Powiatowych w B. jako zamawiającym została zawarta umowa Nr (...), na podstawie której powód zobowiązał się wykonać budowę drogi powiatowej Nr (...) O. – D. – S. – P. w m. S. odcinek od km 0+000 do km 0+741 o długości 0,741 km. Do zawarcia w/w umowy doszło w wyniku przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Integralnymi składnikami przedmiotowej umowy były dokumenty w postaci oferty wraz z kosztorysem ofertowym i Specyfikacji Technicznych. Zgodnie z § 2 ust.1 powód jako wykonawca przed wydaniem decyzji o rozpoczęciu robót był zobowiązany do przedłożenia następujących dokumentów: projektu organizacji ruchu na czas wykonywania robót uprzednio zaopiniowany przez Policję i Zarząd Dróg Powiatowych w B. oraz zatwierdzony przez Starostwo Powiatowe w B. – Wydział Komunikacji oraz zgodność wyrobu z obowiązującymi przepisami – deklaracją zgodności materiałów i wyrobów wg normy, wydanej przez uprawnioną jednostkę. Termin zakończenia robót potwierdzony protokołem odbioru ostatecznego określono na dzień 30 listopada 2009r. (§ 2 ust. 3 umowy). Zgodnie § 5 umowy zamawiający zobowiązał się zapłacić wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy wynagrodzenie w wysokości 180.999,58 zł brutto. Obowiązki stron zostały szczegółowo określone w § 3 umowy. W § 16 umowy strony zastrzegły kary umowne i tak wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu karę umowną: za każdy dzień przekroczenia terminu wykonania robót w wysokości 1,0% wynagrodzenia umownego należnego za wykonanie zamówienia, za każdy dzień zwłoki w terminowym usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze w wysokości 1,0% wynagrodzenia umownego należnego za wykonanie zamówienia, w przypadku braku oznakowania zgodnego z projektem, o którym mowa w § 2 ust.1 pkt 1 umowy w wysokości 1% wartości przedmiotu umowy.

Przed podpisaniem umowy tj. w dniu 14 września 2009r. pozwany poinformował powoda, iż do wykonania przedmiotu umowy niezbędnym będzie przedłożenie dodatkowo projektu organizacji ruchu na czas wykonywania robót zaopiniowanego przez Wydział Ruchu Drogowego Komendy Wojewódzkiej w L. oraz zatwierdzonego przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w L.. Powód przyjął na siebie w/w obowiązek pomimo, iż nie został on zapisany w przedmiotowej umowie. Po podpisaniu umowy powód zlecił J. P. wykonanie projektu organizacji ruchu drogowego na czas budowy drogi powiatowej. W dniu 28 września 2009r. powód przedmiotowy projekt złożył do Zarządu Dróg Powiatowych w B.. Po uzyskaniu uzgodnienia w w/w Zarządzie projekt ten został złożony w dniu 29 września 2009r. w Komendzie Wojewódzkiej w L. – Wydziale Ruchu Drogowego, gdzie został pozytywnie zaopiniowany. W dniu 12 października 2009r. przedmiotowy projekt zatwierdził Zarząd Dróg Wojewódzkich w L.. W tym samym dniu powód złożył projekt organizacji ruchu w Starostwie Powiatowym w B. w celu jego zatwierdzenia. Starosta (...) zatwierdził projekt organizacji ruchu w dniu 16 października 2009r. Powyższy fakt powód zgłosił inspektorowi nadzoru w dniu 17 października 2009r. Zgodnie z umową w dniu 19 października 2009r. nastąpiło przekazanie powodowi placu budowy w celu rozpoczęcia robót. W dniu 20 października 2009r. powód wykonał oznakowanie miejsca budowy zgodnie z projektem organizacji ruchu.

Z uwagi na to, że do dnia 2 listopada 2009r. prace na budowie zostały wykonane w niewielkim stopniu pozwany pismem z dnia 02 listopada 2009r. wezwał powoda do niezwłocznego przystąpienia do wykonania robót zgodnie z umową i zakończenie ich w terminie do dnia 30 listopada 2009r. Jednocześnie pozwany poinformował powoda, że zgłoszony przez niego ustny wniosek o wpłatę zaliczki na zakup materiałów potrzebnych do wykonania umowy nie może zostać uwzględniony z uwagi na to, iż wiążąca strony umowa nie przewiduje zaliczkowania jakichkolwiek wydatków na poczet realizowanych robót. W okresie od dnia 07 listopada 2009r. do dnia 18 listopada 2009r. prace na budowie w ogóle nie były wykonywane.

Pismem z dnia 27 listopada 2009r. powód zgłosił pozwanemu wykonanie nawierzchni drogi pod stabilizację cementem. Ponadto poinformował pozwanego, iż na skutek intensywnych opadów, brak możliwości wykonania jakichkolwiek prac sprzętem, grząskość terenu prace zostały całkowicie wstrzymane od dnia 7 listopada 2009r. do dnia 18 listopada 2009r. W związku z powyższym zwrócił się z prośbą o przesunięcie terminu wykonania stabilizacji do dnia 15 grudnia 2009r. Pozwany nie wyraził zgody na zmianę terminu wykonania robót i poinformował powoda,

iż na zasadzie § 16 ust.1pkt 1 lit. a) umowy przystąpi począwszy od dnia 1 grudnia 2009r. do naliczania kar umownych w wysokości 1% wynagrodzenia umownego należnego za wykonanie zadania za każdy dzień przekroczenia terminu wykonania robót.

W dniu 30 listopada 2009r. został sporządzony protokół konieczności, w którym stwierdzono konieczność wykonania robót dodatkowych nie ujętych w przedmiarze robót polegających na wykonaniu zjazdów na działki i drogi boczne o pow. 74,64 m kwadratowych. W tym samym dniu na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych została zawarta pomiędzy stronami procesu umowa Nr (...), której przedmiotem było wykonanie zjazdów na działki i drogi boczne o pow. 74,64 m kwadratowych. Za wykonanie przedmiotu umowy powód jako wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie w kwocie 2.997,26 zł brutto. Termin realizacji przedmiotu tej umowy został ustalony do dnia 10 grudnia 2009 r.

W dniu 05 grudnia 2009r. została wykonana stabilizacja cementem, a 07 grudnia 2009 r. powód zgłosił zakończenie prac. Komisyjny odbiór przedmiotu umowy z dnia 14 września 2009r. nastąpił w dniu 14 grudnia 2009r. Na okoliczność odbioru robót wykonanych przez powoda został sporządzony protokół Nr (...), w którym oprócz oceny jakości wykonanych prac wskazano wysokość kary za przekroczenie terminu wykonania robót w wysokości 25.339,94 zł. O taką też kwotę obniżono wynagrodzenie należne powodowi za wykonanie przedmiotowych prac. W konsekwencji wynagrodzenie powoda wyniosło kwotę 155.659,64 zł. Powód nie zgłosił żadnych zastrzeżeń odnośnie obniżenia mu wynagrodzenia za wykonane prace i podpisał protokół odbioru ostatecznego robót. W tym samym dniu powód wystawił dwie faktury jedną na kwotę 155.659,64 zł i drugą na kwotę 180.999,58 zł. Ostatecznie złożył powodowi fakturę na kwotę 180.999,58 zł. Pismem z dnia 15 grudnia 2009r. pozwany odmówił zapłacenia kwoty 180.999,58 zł. w całości z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który budowę drogi zakończył po terminie określonym w umowie. Po potrąceniu kwoty 25.339,94 zł tytułem kary umownej pozostała do zapłaty na rzecz powoda kwota 155.659,64 zł. Dlatego też w dniu 21 grudnia 2009r. pozwany przelał na rzecz powoda kwotę 158.656,90 zł tytułem wynagrodzenia za prace główne i prace dodatkowe. Pismem z dnia 01 września 2010 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 25.339,94 zł w terminie 7 dni od daty doręczenia. Następnie pismem z dnia 16 listopada 2010r. pełnomocnik powoda wniósł o zmianę decyzji w przedmiocie zastosowania kary dotyczącej umowy Nr (...) zawartej dnia 14.09.2009r. i zapłatę kwoty 25.339,94 zł (potrąconej jako kara umowna) w terminie 14 dni. W odpowiedzi na powyższe pismo pozwany w swoim piśmie z dnia 30 listopada 2010r. odmówił uwzględnienia zgłoszonego roszczenia.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dowodów wskazanych w uzasadnieniu.

Sąd Rejonowy uznał powództwo za nieuzasadnione

Sąd Rejonowy wskazał, że zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 1 ppkt a) umowy powód jako wykonawca zobowiązał się do zapłaty na rzecz pozwanego jako zamawiającego kary umownej w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień przekroczenia terminu wykonania robót. Zgodnie zaś z treścią art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Bezpornym w sprawie jest fakt, iż odbiór wykonanych przez powoda robót nastąpił w dniu 14 grudnia 2009r., czyli 14 dni po upływie terminu ustalonego w zawartej między stronami umowy.

W ocenie Sądu powód w toku procesu nie udowodnił, iż przekroczenie w/w terminu powstało z winy pozwanego, która zdaniem powoda miała polegać na tym, że pozwany zarówno w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w umowie nie przewidział obowiązku przedłożenia przez powoda projektu organizacji ruchu drogowego na czas wykonywania przez niego robót zaopiniowanego i zatwierdzonego na szczeblu wojewódzkim. Przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe jednoznacznie wykazało, iż powód informację dotyczącą w/w obowiązku otrzymał od pozwanego w dniu 14 września 2009r. tj. przy podpisaniu umowy. Mimo że obowiązek ten nie został zapisany w umowie powód podjął się jego wykonania oraz realizacji przedmiotowej umowy na warunkach w niej zawartych, w szczególności zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy w określonym w tej umowie terminie tj. do dnia 30 listopada 2009r. Powód z pełną świadomością, że będzie musiał spełnić dodatkowo w/w obowiązek zawarł z

pozwany przedmiotową umowę przyjmując na siebie zobowiązania z niej wynikające, w tym również obowiązek zapłaty kary umownej w razie zaistnienia okoliczności uzasadniających żądanie jej zapłaty, w szczególności w razie przekroczenia terminu wykonania przedmiotu umowy.

Według Sądu Rejonowego powód w toku procesu nie wykazał również, że w trakcie realizacji przedmiotowej umowy miały miejsce zdarzenia niezależne od niego, które uniemożliwiły mu wykonanie umowy w ustalonym terminie. Nie udowodnił, iż takim zdarzeniem były intensywne opady deszczu, które uniemożliwiły wykonywanie jakichkolwiek prac w okresie od dnia 7 listopada do dnia 18 listopada 2009r. Analiza zapisów dokonanych w dzienniku budowy prowadzonym dla budowy przedmiotowej drogi prowadzi do wniosku, iż nie została w nim wskazana jakakolwiek przyczyna nieprzebiegnięcia prac na budowie w okresie od dnia 07 listopada 2009r. do dnia 18 listopada 2009r. Również świadek A. W. (1) pełniący obowiązki kierownika budowy zeznał, iż w w/w okresie były opady deszczu, jednakże nie o takim natężeniu, aby uniemożliwiały wykonywanie prac na przedmiotowej budowie, jak wynika to z zeznań powoda. Powyższą okoliczność potwierdza złożona przez pozwanego ekspertyza Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Oddział w K. o dobowej normie opadu deszczu w okresie od 7 do 19 listopada 2009r. dla stacji pomiarowych w Ł. i R. oddalonych od miejscowości S. odpowiednio około 23 km (stacja w R.) i około 20 km (stacja w Ł.). Wynika z niej, iż największe opady deszczu wystąpiły w dniach 11 i 17 listopada 2009r. W pozostałych dniach opady te były znikome lub ich nie było.

Zdaniem Sądu Rejonowego przyczyną przekroczenia terminu wykonania przedmiotu umowy niewątpliwie leżącą po stronie powoda był również znikomy postęp robót bezpośrednio po przekazaniu powodowi placu budowy, które to przekazanie miało miejsce w dniu 19 października 2009r. Po wyjaśnieniu przez pozwanego zgłoszonych przez powoda w piśmie z dnia 19 października 2009r. wątpliwości odnośnie rozbieżności pomiędzy pomiarami geodezyjnymi a dokumentacją przetargową powód nie przystąpił do wykonywania prac. Jak wynika z zeznań świadków J. Z. (1) i Z. D. (1) do dnia 02 listopada 2009r. na budowie nie były wykonywane praktycznie żadne roboty. Potwierdzeniem powyższego jest pismo pozwanego z dnia 02 listopada 2009r. , w którym pozwany wezwał powoda do niezwłocznego przystąpienia do wykonania robót zgodnie z umową i zakończenie ich w terminie do dnia 30 listopada 2009r.

Za chybione Sąd pierwszej instancji uznał również twierdzenie pełnomocnika powoda, iż przyczyną przekroczenia terminu wykonania umowy z dnia 14 września 2009r. była konieczność wykonania robót dodatkowych zleconych powodowi na podstawie umowy z dnia 30 listopada 2009r., a polegających na wykonaniu zjazdów na działki i drogi boczne o pow. 74,64 m kwadratowych w terminie do dnia 10 grudnia 2009r. Bezspornym jest fakt, iż w dniu 7 grudnia 2009r, powód zgłosił pozwanemu zakończenie robót objętych umową z dnia 14 września 2009r., natomiast roboty dodatkowe zostały zakończone w dniu 10 grudnia 2009r. Z powyższego wynika, iż roboty dodatkowe nie miały żadnego wpływu na wykonanie robót będących przedmiotem umowy z dnia 14 września 2009r. Potwierdzili to zarówno świadek A. W. (1), jak i przedstawiciel pozwanego.

W świetle powyższego Sąd uznał, że przekroczenie terminu wykonania przedmiotowej umowy o 14 dni nastąpiło z winy powoda, dlatego też pozwany zasadnie obciążył go karą umowną w wysokości 25.339,94 zł.

Oświadczenie w tym przedmiocie zostało zawarte w protokole odbioru ostatecznego robót z dnia 14 grudnia 2009r. sporządzonym w dniu 14 grudnia 2009 r. i komisyjnie podpisanym, w tym również przez samego powoda, który nie zgłaszał wówczas żadnych zastrzeżeń, a wręcz przeciwnie tego samego dnia wystawił on fakturę na kwotę niższą (uwzględniającą wysokość kary umownej), niż ta wynikająca z umowy. Dopiero na wyraźne żądanie pozwanego złożył on fakturę na całą kwotę tj. 180.999,58 zł brutto. Pozwany następnego dnia poinformował pisemnie powoda o przyczynach i podstawie potrącenia w/w kary umownej. Pismo to zostało wysłane powodowi w dniu 17 grudnia 2009 r. Wobec tych okoliczności Sąd uznał za niezasadny zgłoszony przez powoda zarzut nieudowodnienia przez pozwanego złożenia oświadczenia woli o potrąceniu kary umownej z należności głównej oraz doręczenia powodowi dokumentów w tym zakresie, a tym samym niewykazanie przez pozwanego, że potrącona wierzytelność mu przysługuje i istnieje.

Sąd nie znalazł również podstaw do uwzględnienia zarzutu powoda odnośnie rażąco wygórowanej kary umownej i w związku z tym zgłoszonego wniosku o zmniejszenie wysokości kary umownej do wysokości rzeczywiście poniesionej

szkody przez pozwanego w związku z przesunięciem terminu końcowego odbioru robót. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 §1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Z tych względów Sąd Rejonowy oddalił powództwo.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd uzasadnił treścią art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł powód R. W., który zaskarżył wyrok w całości i zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy

1) naruszenie art. 233 k.p.c. przez:

a) błędną ocenę materiału dowodowego tj.: zeznań stron, dowodów z dokumentów w postaci: umów z dnia 14.09.2009r., 30.11.2009r., specyfikacji istotnych warunków zamówienia, projektu budowano-wykonawczego, protokołu konieczności z dnia 30.11.2009 r., dziennika budowy, oferty wykonawcy, projektu organizacji ruchu, istotnych postanowień umownych - polegającą na przyjęciu, że w trakcie realizacji umowy z dnia 14.09.2009r. nie miały miejsca zdarzenia niezależne od powoda, które uniemożliwiły mu wykonanie umowy w ustalonym terminie;

b) przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów polegające na przyjęciu, że zeznania świadka T. N., pomimo że potwierdzają występowanie opadów deszczu uniemożliwiających wykonywanie robót, nie mogą być w pełni wiarygodne z uwagi na fakt, iż świadek jest pracownikiem powoda;

co skutkowało: wyprowadzaniem z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie błędnego wniosku polegającego na przyjęciu, że przekroczenie terminu wykonania umowy z dnia 14.09.2009r. nastąpiło z winy powoda oraz, że obciążenie powoda karą umowną było zasadne, a w następstwie - oddaleniem powództwa;

2. naruszenie przez Sąd I instancji prawa materialnego, które miało wpływ na rozstrzygnięcie sprawy:

1. art. 67 ust. 1 pkt. 5 ustawy prawo zamówień publicznych - zwaną dalej ustawa pzp poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że roboty dodatkowe nie miały żadnego wpływu na wykonanie robót będących przedmiotem umowy z 14.09.2009r. (umowy podstawowej), podczas gdy konieczność wykonania robót dodatkowych potwierdza protokół konieczności z dnia 30.11.2009 r., § 6 umowy z dnia 14.09.2009r. oraz- sam fakt zawarcia przez strony umowy o roboty dodatkowe;

2. niewłaściwe zastosowanie i niewłaściwą wykładnię postanowień umowy z 30.11.2009 r. oraz § 6 umowy z dnia 14.09.2009r. polegającą na przyjęciu, iż roboty objęte zakresem tej umowy (o roboty dodatkowe) nie miały żadnego wpływu na wykonanie robót objętych umową podstawową (z 14.09.2009r.), w sytuacji gdy możliwość sporządzenia protokołu konieczności dotyczyła wyłącznie wystąpienia robót nieprzewidzianych w dokumentacji technicznej, a niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy z 14.09.2009r.;

3.art. 139 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy pzp i art. 65 § 2 kc poprzez niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że umowa z dnia 14.09.2009r. ma charakter "pisemno - ustny" oraz, że powód zawierając tą umowę przyjął na siebie również obowiązek uzyskania zatwierdzenia projektu organizacji ruchu na szczeblu wojewódzkim, pomimo iż obowiązek ten nie został zapisany w umowie i z niej nie wynikał - co doprowadziło do błędnego wniosku, iż przekroczenie terminu wykonania umowy z dnia 14.09.2009r. nastąpiło z wyłącznej winy powoda;

4. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp (D.z.U. 2007 nr 223, późn 1655) poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, iż pozwany informując ustnie powoda w dniu 14.09.2009 r. (przy podpisaniu umowy) o konieczności zatwierdzenia projektu organizacji ruchu na szczeblu wojewódzkim nie ponosi winy w przekroczeniu terminu realizacji umowy, podczas gdy to na pozwanego jako zamawiającym ciążył obowiązek przygotowania postępowania w sposób wyczerpujący

i opisanie przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

5. art. 20 w zw. z art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 29.09.1994r.o rachunkowości poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że obciążenie karą umowną powoda zostało dokonane w prawidłowej formie, podczas gdy pozwany pomimo zobowiązania- Sądu, nie złożył dowodu wystawienia i doręczenia powodowi noty obciążeniowej.

6. art. 483 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, iż opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy nastąpiły z wyłącznej winy powoda.

W oparciu o powyższe zarzuty, powód wnosił o: zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnianie powództwa i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 25 339,94 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 stycznia 2010r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania za obie instancje w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z uwzględnieniem rozstrzygnięcia o kosztach za II Instancję według norm przepisanych.

W odpowiedzi na apelację Powiat (...) wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacja jako bezzasadna podlega oddaleniu.

Sąd Okręgowy trafnie przyjął, że zachodziły podstawy do obciążenia powoda karą umowną za nienależyte wykonanie umowy nie naruszając przy tym art. 483 § 1 k.c.

Kara umowna jest formą naprawienia szkody wynikającej z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania – tu przekroczenia terminu. Jednakże wierzyciel nie ma obowiązku wykazania ani faktu powstania szkody, ani jej wysokości, a jedynie że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania. Natomiast to dłużnika, jeśli zmierza do uwolnienia się od obowiązku zapłaty kary umownej, obciąża ciężar udowodnienia, że niewłaściwe wykonanie zobowiązania (tu niewykonanie umowy w terminie) powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Wynika to z konstrukcji art. 471 k.c. oraz art. 476 k.c. zawierających domniemanie winy.

Także w tym względzie prawidłowo uznał Sąd Rejonowy, że powód nie podolał temu obowiązkowi i nie wykazał, że opóźnienie nie wynika z przyczyn, które były od niego niezależne.

Poza sporem jest, że w dokumentacji przetargowej, jak też w samej umowie (która w oparciu o art. 139 ust. 2 prawa zamówień publicznych wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności) nie został wyraźnie stwierdzony obowiązek uzyskania zatwierdzenia projektu organizacji ruchu na szczeblu wojewódzkim a tylko powiatowym, i wynikało to z zaniedbania strony pozwanej. Niemniej jednak niezależnie od tego czy powód formalnie przyjął na siebie obowiązek w tym zakresie nie zmienia to faktu, że w momencie zawierania umowy był świadomy tej konieczności i po zawarciu umowy dokonał czynności w tym zakresie uzyskując stosowne zgody.

Rzeczywiście z przebiegu procesu zatwierdzania dokumentacji dotyczącej organizacji ruchu (k.14-15) wynika, że czynności w Zarządzie Dróg Wojewódzkich w L. i Komendzie Wojewódzkiej w L. zajęły ok. 14 dni (29.09.09-12.10.09), spowodowało to, że rozpoczęcie robót mogło nastąpić nieco później. Jednakże nawet to opóźnione rozpoczęcie robót umożliwiało zakończenie ich na czas pod warunkiem ich systematycznego prowadzenia. Ponadto strona pozwana skróciła procedurę odbioru odstępując od oczekiwania na drugą próbę wytrzymałościową po 28 dniach, jak też otrzymania przed odbiorem geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, na czym powód zyskał aż 21 dni, co niejako pochłania czas wynikający z dodatkowych formalności (14 dni). Gdyby strona pozwana oczekiwała na wykonanie przez

powoda wszystkich obowiązków wynikających z umowy, to czas opóźnienia byłby jeszcze dłuższy, co i tak zostało pominięte przy wyliczaniu kary umownej.

W konsekwencji brak jest związku przyczynowego pomiędzy ostatecznym niedochowaniem terminu przez powoda a wymogiem zatwierdzenia dokumentów na poziomie wojewódzkim, gdyż nawet po uzyskaniu zatwierdzeń na szczeblu wojewódzkim było wystarczająco dużo czasu na to, żeby wykonać te roboty w terminie.

Należy wskazać, że powód po zgromadzeniu dokumentacji co do organizacji ruchu nie domagał się przedłużenia terminu. Pełnomocnik powoda podpisał protokół przekazania placu budowy w dniu 19 października 2009 roku, w którym wskazany był dotychczasowy termin ukończenia - 30 listopada 2009 roku (k.55). Nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń w tym względzie, co wskazuje, że nie uważał aby na skutek dodatkowych procedur potrzeba było więcej czasu i akceptował wówczas ten termin. Także na rozprawie przed Sądem Rejonowym J. W. przyznał, że możliwe było wykonanie drogi w przeciągu miesiąca (k.97v), podobnie wskazały przedstawicielki pozwanego K. B. (1) i J. Z. (1), które uważały, że inwestycję można było wykonać w 3 tygodnie (k.97, 161v).

Oznacza to, że gdyby następnie roboty były zorganizowane i wykonywane prawidłowo, z należytą starannością (a taki wymóg nakłada na dłużnika art. 355 k.c.) to byłyby zakończone już co najmniej ok. 20 listopada 2009 roku. Skoro nie zostały ukończone w tym czasie, to oznacza, że wystąpiły inne przyczyny, które wpłynęły na przekroczenie umówionego terminu.

W tym zakresie prawidłowo stwierdził Sąd Rejonowy, że nie zostało wykazane, aby w trakcie wykonywania tych robót wystąpiły zdarzenia niezależne od powoda, które uniemożliwiły mu wykonanie umowy w ustalonym terminie.

Przede wszystkim słusznie uznał Sąd Rejonowy, że nie ma podstaw do przyjęcia jakoby przyczyną opóźnienia były intensywne opady deszczu, które miałyby uniemożliwić wykonywanie robót w okresie od 7 do 18 listopada 2009 roku.

Zarzut apelacji dotyczący naruszenia art. 233 k.p.c. w odniesieniu do zeznań świadka T. N. w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd Rejonowy trafnie uznał zeznania tego świadka, który wskazał, że opady zaczęły się 7-8 listopada i trwały 10 dni, przez co nie można było wykonywać żadnych prac na budowie (k. 184), za niewiarygodne. Wbrew wywiadowi apelacji przyczyną takiej oceny było nie tylko to, że jest on pracownikiem powoda, ale także to, że zeznania te pozostawały w sprzeczności z innymi dowodami, w szczególności zeznaniami A. W. (1), Z. D. (1) i dziennikiem budowy.

Jak zaznaczył Sąd Rejonowy świadkowie ci – kierownik budowy i inspektor nadzoru nie potwierdzili jakoby występowały opady o takim natężeniu żeby uniemożliwiały wykonanie prac, tego rodzaju trudność czy przeszkoda nie została także ujawniona w dzienniku budowy.

Ponadto okoliczność długotrwałych intensywnych opadów nie znajduje potwierdzenia w informacjach z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej odnośnie dobowych opadów deszczu w tym okresie w stacji pomiarowych na tamtym terenie – w Ł. i R. (k.209). Jak zaznaczył Sąd Rejonowy z informacji tych wynika, że były tylko dwa dni, kiedy wystąpiły intensywniejsze opady -11 i 17 listopada 2009 roku, zaś w pozostałych wskazywanych dniach były nieznaczne, albo nie padało w ogóle.

Należy zaznaczyć, że tego rodzaju kilkudniowe opady stanowią w listopadzie w naszym klimacie naturalną i powtarzalną sytuację, z którą wykonawcy muszą się liczyć i uwzględniać je w swoich planach. Niewątpliwie były one możliwe do przewidzenia i nie mogą być uznane za nadzwyczajną przyczynę, która zdeorganizowała harmonogram prac i która usprawiedliwiłaby występującą zwłokę.

Można dodać, że sam powód ani w pozwie, ani w pismach kierowanych do pozwanego z dnia 30 listopada 2009 roku, czy 16 listopada 2010 roku (k.12-13, k.17) też nie upatrywał przyczyny opóźnienia w znacznych opadach.

Nie ma także podstaw do upatrywania przyczyn niedochowania terminu w robotach dodatkowych, które były objęte odrębną umową z dnia 30 listopada 2009 roku.

Przede wszystkim strona powodowa nie udowodniła swoich twierdzeń jakoby wykonanie zjazdów i dróg bocznych było niezbędne do realizacji umowy z 14 września 2009 roku. Wbrew wywodom apelacji nie świadczy o tym sam fakt sporządzenia protokołu konieczności i zawarcia umowy. Z dokumentów tych nie wynika jakoby dokończenie drogi głównej było uzależnione od wykonania tych prac dodatkowych. Zaprzeczyli temu świadkowie J. Z. (1) (k.162), Z. D. (1) (k.162v) wskazując, że roboty dodatkowe nie rzutowały i nie miały wpływu na wykonanie umowy zasadniczej oraz K. B. (1) (k.279), która podniosła, że te roboty dodatkowe można było wykonać i za rok. Także kierownik budowy A. W. (2) przyznawał że roboty dodatkowe nie musiały być wykonane przy tej drodze, a mogły być wykonane później, zjazdy nie miały wpływu na wykonanie głównej roboty (k. 228).

Niesłusznie także powód odwołuje się do art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż przepis ten nie miał zastosowania – umowa z 30 listopada 2009 roku nie była zawierana w trybie tego przepisu i w ogóle nie w trybie ustawy o zamówieniach publicznych z uwagi na małą jej wartość. Wynika to wprost z jej treści odwołującej się do art. 4 pkt 8 prawa zamówień publicznych, który wówczas stanowił że ustawy tej się nie stosuje do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 14000 euro.

Ponadto aby przyjąć, że to wykonanie robót dodatkowych spowodowało opóźnienie, gdyż musiały być wykonane przed stabilizacją, to powód winien udowodnić, że już w dniu 30 listopada 2009 roku kiedy powstał protokół konieczności i została zawarta dodatkowa umowa wszystkie prace z umowy zasadniczej były już wykonane, pozostała do zrobienia tylko stabilizacja, która byłaby też tego dnia wykonana, a wstrzymała ich tylko konieczność prac dodatkowych. Dowodów w tym zakresie brak.

Wprawdzie pełnomocnik powoda wskazywał, że taka sytuacja była już 27 listopada 2009 roku (k.467), ale te twierdzenia pozostają w sprzeczności z dokumentami, w tym wykonanym przez samego J. W. „graficznym przebiegiem zdarzeń” (k.88), w którym podał odmiennie, że było to 30 listopada 2009 roku. Także ten termin pozostaje w sprzeczności z treścią innego pisma datowanego 27 listopada 2009 roku, w którym powód występował o przesunięcie terminu stabilizacji aż do 15 grudnia 2009 roku, co wskazuje, że prace nie były na tyle zaawansowane, aby miał je ukończyć już 30 listopada 2009 roku (k.89).

Ponadto przede wszystkim przeczy temu dziennik budowy, który jest najbardziej miarodajnym dokumentem w tym względzie (zgłoszenie gotowości do odbioru m.in. prac zanikających następuje właśnie wpisem do dziennika budowy), w którym widnieje zapis o zgłoszeniu robót ziemnych do odbioru przed stabilizacją dopiero w dniu 4 grudnia 2009 roku (k.140). Od tego momentu do przyjęcia zakończenia umowy z 14 września 2009 roku konieczny był jeszcze czas na odbiór tych prac, dopiero wykonanie stabilizacji, jej pielęgnację, roboty porządkowe, próby wytrzymałościowe i dopiero ostateczny odbiór. Już to wskazuje, że samo zakończenie i odbiór wykonywania umowy zasadniczej nawet przy pominięciu robót dodatkowych nie nastąpiłyby wcześniej.

Dlatego, jak już wskazano, brak jest podstaw do przyjęcia, żeby to roboty dodatkowe wpłynęły na niezachowanie terminu wykonania umowy podstawowej.

Jeżeli chodzi o inne trudności podnoszone w toku postępowania przez powoda, to także pozostawały one bez wpływu na opóźnienie wykonywanych prac, co wprost wskazywali geodeta B. R. odnośnie nieścisłości geodezyjnych (k.227) oraz kierownik budowy A. W. (2) odnośnie przesunięcia płotu (k.227 v).

Natomiast strona pozwana wskazywała na inne przyczyny niewykonania umowy w terminie leżące po stronie powodowej - nieprzystąpienie od razu do prac, wolne ich wykonywanie, problemy ze sprzętem, przestoje, nieprzygotowanie do wykonania umowy – brak środków na materiały (zeznania Z. D. k. 162, K. B. k. 96v, J. Z. k. 161v, pismo z 2 listopada 2009 roku wzywające do niezwłocznego przystąpienia do robót k.62). Sam pełnomocnik powoda przyznał, że nie miał pieniędzy na zakup cementu (k.97v).

Z tych względów zarzuty apelacji kwestionujące zasadność naliczenia przez zamawiającego kary umownej nie zasługują na uwzględnienie.

Nie jest także uzasadniony zarzut dotyczący naruszenia przez Sąd Rejonowy art. 20 i 21 ust. 1 ustawy o rachunkowości co do prawidłowej formy obciążenia kara umowną, gdyż wystosowanie noty obciążeniowej nie jest warunkiem skuteczności i ważności złożenia oświadczenia o potrąceniu.

Istotne w tym zakresie są przepisy art. 60 i 61 § 1 kodeksu cywilnego:

- art. 60 k.c.: z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

- art. 61 § 1 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Przepisy o potrąceniu (art. 498 i n. k.c.) nie wymagają szczególnej formy do złożenia oświadczenia, co oznacza, że oświadczenie o potrąceniu może być złożone w dowolnej formie, także przez fakty konkludentne (dorozumiane).

Przytoczony przez Sąd Rejonowy całokształt okoliczności - zapis w protokole odbioru co do kary umownej, podstaw i sposobu jej wyliczenia, adnotacje na fakturze o zastosowaniu kary umownej, wystosowanie pisma do powoda z dnia 15 grudnia 2009 roku o odmowie zapłaty pełnej kwoty, a naliczeniu kary umownej, wypłacenie wynagrodzenia pomniejszonego o wysokość kary - ujawnia w sposób dostateczny wolę pozwanego złożenia oświadczenia o potrąceniu kary umownej. Z kolei postawa powoda wskazuje, że oświadczenie to dotarło do niego i odpowiednio je odebrał, w pełni rozumiejąc, że doszło do potrącenia kary umownej. Potwierdza to fakt, że wystawił fakturę z kwotą wynagrodzenia obniżoną o wysokość kary umownej, a w szczególności pismo z dnia 16 listopada 2010 roku (k.17), w którym wypowiada się o niezasadności zastosowania kary umownej i domaga się zapłaty kwoty 25 339, 94 zł potrąconej jako kara umowna.

Powyższe wskazuje, że nastąpiło skuteczne potrącenie wierzytelności powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umowy z wierzytelnością pozwanego, co spowodowało ich wzajemne umorzenie do wysokości kary umownej (art. 498 § 1 k.c.) i skutkowało oddaleniem powództwa powoda o zapłatę umorzonej kwoty wynagrodzenia.

Dlatego też na mocy art. 385 k.p.c. Sąd Okręgowy oddalił apelację.

Na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Sąd zasądził od powoda (jako strony przegrywającej) na rzecz pozwanego kwotę 1200 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego (wynagrodzenia pełnomocnika w oparciu o § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności sprawne opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu).