

Sygn. akt I ACa 272/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Roman Sugier (spr.)
Sędziowie :	SA Piotr Wójtowicz SO del. Tomasz Ślęzak
Protokolant :	Justyna Zych

po rozpoznaniu w dniu 17 października 2013 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w K.

przeciwko (...) z siedzibą w G.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego (...) z siedzibą w G.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego i powoda wzajemnego

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 31 sierpnia 2012r., sygn. akt II C 359/10,

- 1) oddala apelację pozwanego;
- 2) zasądza od pozwanego na rzecz powódki 5 400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;
- 3) oddala apelację powoda wzajemnego;
- 4) zasądza od powoda wzajemnego na rzecz pozwanej wzajemnej 5 400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 31 sierpnia 2012r. Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanego (...) z siedzibą w G. na rzecz powoda (...) Spółki Akcyjnej w K. kwotę 1.276.053,68 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 16 października 2009 roku oraz kwotę 83.763 złote tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd oddalił powództwo wzajemne i zasądził od powoda wzajemnego (...) z siedzibą w G. na rzecz pozwanego wzajemnego (...) Spółki Akcyjnej w K. kwotę 7.200 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego oparte zostało na następujących ustaleniach.

W wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego i wyboru oferty powoda strony zawarły w dniu 13 marca 2009 roku umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była rekultywacja zbiorników C. – R. w miejscowości B. Etap (...).

Umowa obejmowała roboty hydrotechniczne oraz odmulenie i pogłębienie (...) w rejonie zatoki B.. Postanowiono, że umowa zostanie wykonana zgodnie z projektem hydrotechniczno – budowlanym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, warunkami wynikającymi z obowiązujących przepisów technicznych i prawa budowlanego, zasadami wiedzy technicznej i przedmiarami robót.

Termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 1 kwietnia 2009r., a ich zakończenia na 31 października 2011r.

Strony postanowiły, że zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną za odstąpienie od umowy, z przyczyn za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% umownego wynagrodzenia za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, za które odpowiada wykonawca.

Umowne wynagrodzenie ustalono na kwotę 12.760.536,82 złotych brutto.

Wykonawca zobowiązał się do dokonania dodatkowych uzgodnień wymaganych na etapie wykonawstwa robót i poniesienia kosztów z tym związanych. Gwarantował odpowiednią jakość wykonanych robót. Zastrzeżono, że poza przypadkami wskazanymi w umowie stronom będzie przysługiwało prawo odstąpienia od umowy na podstawie przepisów kodeksu cywilnego.

Zgodnie ze Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych przed przystąpieniem do wykonania robót ziemnych należało sprawdzić zgodność rzędnych terenu z danymi podanymi w dokumentacji projektowej poprzez wykonanie kontrolnych pomiarów sytuacyjno – wysokościowych oraz rozpoznanie rodzaju i miąższości gruntów zalegających w miejscu robót ziemnych i ustalić rzeczywiste warunki wodno – gruntowe w podłożu w momencie przygotowania robót.

Pozwany przekazał powodowi dokumentację dotyczącą przedmiotowych robót, w tym projekt budowlany opracowany na zlecenie pozwanego przez firmę (...) Spółka z o.o. w 2000 roku oraz przekazał plac budowy.

Po otrzymaniu dokumentacji, powód przystąpił do robót przygotowawczych, w tym pomiarów geodezyjnych i geologicznych. Okazało się, że aktualne ukształtowanie terenu odbiega od ukształtowania terenu opisanego w projekcie budowlanym z 2000r. Stwierdzono, że nastąpiło znaczące podniesienie dna zbiornika i terenu przyległego, zwłaszcza w obrębie przekroi od 1 do 4, co ma wpływ na bilans mas ziemnych – wynikających z konieczności wykonania wykopów a w innych miejscach załadowania. O obrębie pozostałych przekroi także nastąpiły zmiany rzędnych terenu, ale o mniejszych różnicach. Podniesiony teren ma wpływ na sposób posadowienia budowli i konieczne jest dostosowanie projektu do zmienionych warunków geotechnicznych.

W wyniku wykonanych odwiertów (10) ustalono, że dno między otworami 1-4 jest zbudowane z gruntów organicznych – namulów, które zalegają na głębokości 1.5-2.6 m poniżej dna i nie mogą stanowić podłoża dla muru oporowego, gdyż są nienośne. Grubość gruntów nienośnych między otworami 6-8 wynosi około 20 cm, ale nie stanowi to przeszkody w budowie muru oporowego.

Zmiany, jakie zaszły w miąższości gruntów nienośnych oraz inne rzędne dna zbiornika (inna głębokość) w rejonie budowy stanowiły podstawę do wykonania korekty posadowienia muru oporowego na całej długości jak i umiejscowienia sączków kamiennych. Przy tak zmienionych parametrach geodezyjnych i geologicznych, które są podstawą do opracowania projektu budowlanego, wykonawca nie był w stanie wykonać tych robót zgodnie z projektem budowlanym. Zmianie uległ podstawowy składnik mający wpływ na projekt i dlatego projekt musiał być uaktualniony.

Problem niezgodności pomiarów geodezyjnych i badań geologicznych wyniknął w czasie robót przygotowawczych budowlanych a nie w trakcie wykonawstwa.

Rozbieżności pomiędzy wynikami pomiarów i badań wykonanych przez powoda, a danymi zawartymi w projekcie budowlanym były tak istotne, że zamawiający powinien niezwłocznie po ich stwierdzeniu, z chwilą dostarczenia mu przez wykonawcę projektu wykonawczego, w uzgodnieniu z projektantem objąć inwestycję szczególnym nadzorem autorskim oraz zlecić wykonanie nowej dokumentacji projektowej na nowych warunkach i na aktualnych pomiarach terenu i badaniach nośności gruntów.

Wykazane przez powoda różnice w ukształtowaniu dna zbiornika w rejonie robót były znaczące. Żeby wykonać prace zgodnie z projektem budowlanym, trzeba było usunąć warstwę namułu, co prowadziło do zmiany wszystkich parametrów dokumentacji projektowej oraz do podwyższenia kosztów robót budowlanych.

Wykonawca nie ma obowiązku uzgadniania zmian w projekcie z pominięciem inwestora.

W piśmie z dnia 29 kwietnia 2009r. powód poinformował pozwanego o rozbieżnościach pomiędzy dostarczoną mu dokumentacją (projektem budowlanym) a stanem faktycznym na terenie budowy. Powyższe niezgodności zostały także zgłoszone w dzienniku budowy. Podczas narady koordynacyjnej w dniu 6 maja 2009 r. zwołanej na żądanie powoda, która odbyła się bez udziału projektanta – powód ponownie zgłosił pozwanemu wystąpienie ww. rozbieżności, w odpowiedzi na co pozwany podał, że inwestycja może być realizowana na mniejszym obszarze niż wstępnie planowano.

W dniu 5 czerwca 2009r. pozwany (powód wzajemny) zawarł z firmą (...) Sp. z o.o. umowę nadzoru autorskiego, w myśl której ww. firma była zobowiązana do uzgadniania projektów wykonawczych opracowanych przez wykonawcę robót, uzgadniania szczegółów dokumentacji projektowej, opracowanej przez projektanta projektu wykonawczego, uzgadniania proponowanych przez pozostałych uczestników procesu budowlanego rozwiązań dotyczących dokumentacji projektowej, uzgadniania możliwości wprowadzenia na wnioski wykonawcy robót lub autora projektu wykonawczego zamiennych rozwiązań technicznych odmiennych od przewidzianych w projekcie budowlanym i pozwoleniu na budowę (§ (...) ust (...) lit (...),(...), (...)).

Pozwany w piśmie z dnia 17 czerwca 2009r. wezwał powoda do rozpoczęcia robót budowlanych objętych umową z uwagi na niski poziom wody w zbiorniku.

Powód przedłożył w dniu 25 czerwca 2009r. projekt wykonawczy do zleconego zadania wraz z dokumentacją z badań podłoża gruntowego dla oceny geotechnicznych warunków wykonania nabrzeża.

Autor projektu budowlanego – firma (...) Sp. z o.o. po otrzymaniu od kierownika budowy projektu wykonawczego oraz wyników badań wykonanych na zlecenie powoda, był gotów nanieść poprawki w projekcie budowlanym za wynagrodzeniem w wysokości 9.500 zł.

Pozwany stanął na stanowisku (pismo z 29 lipca 2009r.), że nie jest on zobligowany do uzgadniania projektu wykonawczego, gdyż to wykonawca, czyli powód ma obowiązek uzgodnić projekt wykonawczy z autorem projektu budowlanego, stanowiącego podstawę wydania pozwolenia na budowę. Pozwany stwierdził, że projekt wykonawczy odbiega w sposób istotny od założeń zatwierdzonego projektu budowlanego, co w myśl przepisów Prawa budowlanego oraz Prawa zamówień publicznych uniemożliwia realizację robót w oparciu o projekt wykonawczy. Pozwany wezwał powoda do dokonania stosownych uzgodnień z autorem projektu budowlanego i niezwłocznego podjęcia prac budowlanych.

W odpowiedzi (pismo z 5 sierpnia 2009r.) powód zakwestionował, jakoby zapisy umowy nakładały na niego obowiązek dokonywania uzgodnień projektu wykonawczego z autorem projektu budowlanego, ponieważ § (...) ust (...) umowy, do którego pozwany się odwołuje, dotyczy uzgodnień dokonywanych już na etapie wykonywania robót budowlanych i te leżą w gestii wykonawcy. Rozbieżności wynikają z błędów w projekcie budowlanym, polegających na niezgodności pomiarów zawartych w projekcie a faktycznym ukształtowaniem terenu (co skutkuje zmianą ilości robót), a także na niezgodności opisu warunków geotechnicznych posadowienia budowli ze stanem faktycznym (co grozi destabilizacją budowli i zwiększa ryzyko katastrofy budowlanej). Projekt budowlany służy dokładnemu opisaniu przedmiotu umowy, został dostarczony przez pozwanego, a przygotowany przez podmiot trzeci na zlecenie pozwanego i dlatego to pozwany powinien dokonać stosownych uzgodnień celem usunięcia nieprawidłowości.

W dalszej korespondencji (pismo z 16 września 2009r.) powód wezwał pozwanego do dokonania w terminie do 25 września 2009r. pod rygorem odstąpienia od umowy, wszelkich czynności warunkujących faktyczną i prawną możliwość wykonania umowy, bowiem działanie pozwanego uniemożliwia powodowi realizację umowy.

Pismem z dnia 24 września 2009r. pozwany wezwał powoda do rozpoczęcia robót w terminie 14 dni pod rygorem odstąpienia od umowy, podając, że żądanie powoda dotyczące odmiennego od warunków umowy wykonania robót wymagałoby zmiany treści oferty, a w konsekwencji zmiany treści umowy, co jest niedopuszczalne w świetle art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto pozwany nie zaakceptował projektu wykonawczego jako niezgodnego z projektem budowlanym i jednocześnie wezwał powoda do niezwłocznego podjęcia prac budowlanych.

W piśmie doręczonym pozwanemu w dniu 30 września 2009r., powód odstąpił od przedmiotowej umowy z winy zamawiającego na podstawie art. 491 § 1 k.c. z powodu istotnych wad dokumentacji i braku współdziałania pozwanego przy wykonaniu umowy.

Powód obciążył pozwanego zgodnie z § (...) ust (...) pkt (...) umowy notą księgową nr (...) z dnia 1.10.2009r. na kwotę 1.276.053,68 zł tytułem kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy.

W odpowiedzi na powyższe, pozwany podniósł, że wina za niezrealizowanie, a tym samym za odstąpienie od umowy leży wyłącznie po stronie powoda. Pozwany odesłał powodowi notę księgową z 1.10.2009r. i wezwał na podstawie § (...) ust (...) pkt (...) powoda do zapłaty noty księgowej nr (...) w wysokości 2.552.107,36 zł tytułem kary umownej za odstąpienie przez powoda od umowy. Powód odmówił zapłaty kary umownej.

Ogłoszony został kolejny przetarg na realizację przedmiotowego zadania. Została wybrana oferta konsorcjum firm (...), (...) Spółka Jawna, (...)sp. z o.o. Po rozstrzygnięciu nowego przetargu w 2010r. został sporządzony projekt przez (...) Sp. z o.o. stanowiący aktualizację w oparciu o nowe dane geodezyjne z 2009r. oraz zmianę przebiegu umocnień na końcowym odcinku umocnień oraz połączeniu z istniejącą częścią.

Mając na względzie powyższe ustalenia Sąd pierwszej instancji powództwo (...)S.A. w K. o zapłatę kary umownej uznał za zasadne.

W ocenie Sądu Okręgowego dla oceny zasadności roszczenia mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy o roboty budowlane w szczególności przepis art. 647 kc i 651 kc. Pierwszy z nich określa wzajemne obowiązki

stron umowy tego rodzaju, a z drugiego wynika, że wykonawca winien niezwłocznie zawiadomić inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja nie pozwala na prawidłowe wykonanie robót.

Sąd uznał, że dokumentacja projektowa dostarczona przez pozwanego powodowi z uchybieniem przepisu art. 31 ust 1 ustawy Prawa zamówień publicznych nie opisywała w należyty sposób przedmiotu zamówienia, ze względu na jej zdeaktualizowanie, w związku z czym uniemożliwiała powodowi prawidłowe oszacowanie zakresu robót i wartości zamówienia.

Istotne rozbieżności między dokumentacją przekazaną powodowi przez pozwanego w postępowaniu przetargowym, a projektem w oparciu o jaki inwestycja mogłaby być wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej ujawniły się na etapie prac przygotowawczych do realizacji inwestycji.

Powód nie był zobligowany do zlecenia na swój koszt aktualizacji projektu ani upoważniony do realizacji robót w oparciu o zaktualizowany projekt ze względu na zakaz wynikający z przepisu art. 144 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dlatego w ocenie Sądu zasadnym było odstąpienie przez powoda od umowy zawartej z pozwanym ze względu na wadliwość dostarczonej dokumentacji projektowej i nie dostarczenie nowej, zaktualizowanej, dokumentacji mimo wezwania powoda do dostarczenia takiej dokumentacji w określonym terminie pod rygorem odstąpienia od umowy (art. 491 § 1 kc).

Jako podstawę prawną uwzględnienia roszczenia powoda o zapłatę dochodzonej kary umownej, Sąd wskazał przepis art. 483 § 1 kc i art. 484 § 1 kc.

Zdaniem Sądu brak było podstaw uwzględnienia zarzutu, że żądana przez powoda kara umowna jest rażąco wygórowana i zmniejszenia tej kary (art. 484 § 2 kc).

Ze względu na powyższe ustalenia Sąd Okręgowy uznał, że brak było podstaw do uwzględnienia powództwa wzajemnego zgłoszonego przez (...) z siedzibą w G. o zapłatę przez pozwanego wzajemnego (...) S.A. w K. kary umownej w kwocie 2.552.107,36 złotych.

Sąd podkreślił, że powód wzajemny nie skorzystał z prawa odstąpienia od umowy, a ponadto jako inwestor ponosi wyłączną odpowiedzialność za odstąpienie od umowy przez pozwanego wzajemnego.

O kosztach Sąd orzekł na mocy art. 98 kpc.

Wyrok został zaskarżony w całości przez pozwanego – powoda wzajemnego, który zarzucił, że przy wyrokowaniu doszło do naruszenia prawa materialnego, przepisów prawa procesowego i błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia. Zarzuty te zostały wyspecyfikowane i uzasadnione w obszernej apelacji.

Sąd Apelacyjny odnosi się do nich w dalszej części wywodów.

Powołując się na podniesione zarzuty skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa głównego w całości i uwzględnienie powództwa wzajemnego oraz o zasądzenie od powoda, pozwanego wzajemnego na rzecz pozwanego, powoda wzajemnego zwrotu kosztów procesu.

W przypadku nieuwzględnienia tego wniosku skarżący wnosił ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Powód – pozwany wzajemny wnosił o oddalenie apelacji i o zasądzenie od strony przeciwnej na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny w Katowicach zważył co następuje:

Apelacja pozwanego – powoda wzajemnego nie jest zasadna.

Brak jest podstaw do uznania, że zaskarżony wyrok jest błędny na skutek naruszenia przepisu art. 12 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne zawierającego wymóg zgłoszenia prac geodezyjnych, a następnie przekazania powstałych materiałów lub informacji o tych materiałach do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

Podniesienie tego zarzutu przez skarżącego w istocie zmierza do podważenia mocy dowodowej opinii opracowanej przez biegłego ds. budownictwa lądowego i wodnego K. D., stanowiącej najistotniejszy dowód przeprowadzony w sprawie. Biegły ten stwierdził bowiem, że dokumentacja projektowa opracowana na zlecenie skarżącego przez firmę (...) Sp. z o.o. w 2000r. była zdeaktualizowana. Nie odzwierciedlała ona bowiem rzeczywistego usytuowania dna (...) w rejonie robót objętych umową.

Powód ustalił to na podstawie kontrolnych prac pomiarowych, które na wstępnym etapie realizacji umowy zlecił geodecie.

Opiniując w sprawie biegły K. D. uznał wyniki pomiarów geodezyjnych uzyskanych przez powoda za miarodajne, gdyż zostały dokonane przez uprawnionego geodetę i nie były kwestionowane przez strony.

Odnosząc się do przytoczonego na wstępie zarzutu biegły wyjaśnił, że kontrolne pomiary geodezyjne zlecone przez powoda jako wykonawcę robót nie podlegają obowiązkowi zgłoszenia do zasobu geodezyjnego.

Sąd Apelacyjny podziela to stanowisko. Rodzaje prac geodezyjnych i kartograficznych, które nie podlegają zgłoszeniu do zasobu zawiera rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 16 lipca 2001 roku w sprawie zgłaszania prac geodezyjnych i kartograficznych, ewidencjonowania systemów i przechowywania kopii zabezpieczających bazy danych, a także ogólnych warunków umów o udostępnienie tych baz (Dz. U. z 2001r., Nr 78, poz. 837).

Zgodnie z § 13 ust 1 pkt 1 i 2 tego rozporządzenia nie podlegają zgłoszeniu i przekazywaniu do zasobu geodezyjnego wyniki prac polegających na wytyczaniu obiektów budowlanych oraz pomiary budowlano – montażowe jak również pomiary wykonane w celu ustalenia objętości mas zmiennych.

Należy zgodzić się z biegłym, że kontrolne pomiary geodezyjne zlecone przez powoda w celu ustalenia poziomu gruntów nośnych, na których posadowiony miał być zaprojektowany na zlecenie skarżącego obiekt hydrotechniczny oraz ilości mas mułu, który miał być usunięty, odpowiada pracom o jakich mowa w powołanym przepisie.

Ponadto obowiązek zgłoszenia oraz przekazania do zasobu geodezyjnego materiałów geodezyjnych obciąża wykonawcę tych prac a nie podmiot, który zlecił ich wykonanie.

Nawet gdyby uznać, że geodeta, któremu zlecono wykazanie pomiarów kontrolnych uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 12 wspomnianej ustawy nie skutkuje to domniemaniem, że pomiary te wykonano wadliwie i nie odzwierciedlały one rzeczywistego stanu rzeczy odnośnie poziomu gruntów nośnych i grubości warstwy mułów. Pozwany poinformowany o wyniku badań geodezyjnych nie podnosił tego rodzaju zarzutów ani nie przedstawił dowodów pozwalających na ustalenie, że ukształtowanie dna (...) w rejonie robót zleconych powodowi było inne niż to utrzymywał powód w oparciu o uzyskane pomiary geodezyjne.

Zarzut naruszenia przepisu art. 41 ustawy Prawo budowlane zmierza do przekonania Sądu Apelacyjnego, że to nie pozwany jako inwestor lecz powód jako wykonawca zobowiązany był podjąć działania i ponieść koszty związane z „uzgodnieniem” projektu w związku ze stwierdzonymi różnicami stanu dna stwierdzonymi w terenie w stosunku do projektu opracowanego przez firmę (...) w 2000 roku. Miałyby o tym świadczyć zobowiązanie jakie nakładał na powoda § (...)ust (...) umowy łączącej strony. Zawarto w nim zapis, że wszelkie dodatkowe uzgodnienia wymagane na etapie wykonawstwa robót zostaną dokonane staraniem i na koszt wykonawcy.

Skutkowało to rozbieżnością stanowisk stron co do tego, czy zastrzeżenia zgłoszone przez powoda do dokumentacji projektowej nastąpiły na etapie robót przygotowanych czy już na etapie wykonywania robót budowlanych, których dotyczyła umowa.

Biegły sądowy z zakresu budownictwa lądowego i wodnego K. D. podał, że powód stwierdził wadliwość dokumentacji na etapie prac przygotowawczych a nie po przystąpieniu do realizacji budowy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego rozróżnienie to ma drugorzędne znaczenie. Decydujące znaczenie w tej kwestii mają wywody biegłego sprowadzające się do tego, że zmiany dna zbiornika wodnego w stosunku do stanu objętego projektem (...) były na tyle istotne, że skutkowało to koniecznością zmiany projektu w oparciu o który miały być realizowane objęte projektem prace budowlane. Sprzeciwiały się temu zaś zarówno przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jak i warunki pozwolenia na budowę w oparciu o które powód miał realizować inwestycję.

Dlatego nie sposób zapisu umowy o „dodatkowych ugodnieniach” obciążających wykonawcę rozumieć w ten sposób, że obejmowały one także istotną zmianę projektu wpływającą znacząco na zakres robót i ich koszty. O tym, że byłoby tak w istocie świadczy stanowisko skarżącego sugerującego realizację inwestycji na mniejszym obszarze niż to uzgodniono w umowie (notatka z narady koordynacyjnej z udziałem stron w dniu 6 maja 2009r., k. 29) oraz stwierdzenie pozwanego zawarte w piśmie z 29 lipca 2009 roku (k. 28), że przedłożony projekt wykonawczy opracowany przez wykonawcę w sposób istotny odbiega od zatwierdzonego projektu budowlanego oraz pozwolenia na budowę.

Podkreślenia wymaga, że mimo tej konstatacji skarżący oczekiwał od powoda „ugodnienia” projektu wykonanego z autorem projektu budowlanego i realizacji umowy, abstrahując od tego, że realizacja umowy tak odbiegającej od warunków określonych w przetargu publicznym groziła stwierdzeniem jej nieważności ze wszystkimi konsekwencjami dla powoda wynikającymi z tego stanu rzeczy.

Zgodzić należy się ze skarżącym, że oddalając powództwo wzajemne o zapłatę kary umownej przez powoda Sąd pierwszej instancji nieprawidłowo stwierdził, że skarżącemu nie służy prawo żądania kary umownej, gdyż nie złożył on oświadczenia o odstąpieniu od umowy a jedynie powołał się na odstąpienie od umowy przez wykonawcę robót.

Skoro w § (...) ust (...) pkt (...) umowy strony uzgodniły, że zamawiającemu przysługiwać będzie roszczenie o zapłatę kary umownej przez wykonawcę, w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron, z przyczyn za które odpowiada wykonawca, nie sposób uznać, że postanowienie to nie jest wiążące dla stron. Brak bowiem podstaw do uznania, że ten zapis umowy jest nieważny lub bezskuteczny. Zasada swobody zawierania umów i obowiązek ich dotrzymania czyni postanowienia umowy prawem dla stron. Wynikające z umowy postanowienia w tym zakresie są dla stron i sądu wiążące.

Konstatacja ta nie podważa jednak trafności zaskarżonego wyroku, gdyż pozwany nie wykazał aby odstąpienie od umowy przez powoda nastąpiło z przyczyn za które odpowiada powód jako wykonawca. Wręcz przeciwnie przyczyną odstąpienia przez powoda od umowy była wadliwość dokumentacji projektowej, która na skutek znacznego upływu czasu i zmian ukształtowania dna terenu nie odzwierciedlała rzeczywistego stanu rzeczy i zakresu niezbędnych prac budowlanych. Ustaleniom w tym zakresie nie sprzeciwia się opinia biegłego K. D., który przyznał, że być może w 2000 roku projekt firmy (...) nie był wadliwy i mógł być realizowany.

Kolejny zarzut skarżącego dotyczy naruszenia przepisu art. 484 § 2 kc poprzez nieuwzględnienie wniosku pozwanego o miarkowanie kary umownej.

Jak sam skarżący przyznaje zarzut ten został złożony z „ostrożności procesowej” na posiedzeniu poprzedzającym wyrokowanie. Nie był przedmiotem postępowania dowodowego. Zdaniem skarżącego zasądzona kara umowna winna być zmniejszona ze względu na jej rażące wygórowanie w stosunku do zakresu robót wykonanych przez powoda i brak szkody.

Bezsporne okoliczności sprawy nie dają podstaw do uznania, że powód nie poniósł żadnej szkody w związku z odstąpieniem od umowy na skutek okoliczności obciążających pozwanego jako zamawiającego roboty.

Powód niewątpliwie poniósł bowiem koszty związane z przygotowaniem oferty przetargowej oraz zrealizowanymi pracami przygotowawczymi takimi jak przygotowanie placu budowy, zlecenie prac geodezyjnych czy opracowanie projektu wykonawczego. Ponadto na skutek odstąpienia od umowy powód utracił możliwość realizacji umowy pozwalającej mu na uzyskanie wynagrodzenia w wysokości ponad 12 milionów złotych oraz front robót dla prowadzonego przez siebie przedsiębiorstwa na okres dwóch i pół roku.

Nawet jeśli żądana kara umowna kompensuje z nadwyżką powodowi poniesioną szkodę, rzeczą pozwanego było wykazanie, że jest ona rażąco wygórowana. Powód nie miał obowiązku wykazywania, że nie zachodzi przesłanka o jakiej mowa w art. 484 § 2 kc. Zwłaszcza, że powołując się na te same okoliczności skarżący żądał od powoda zapłaty kary umownej w wysokości dwukrotnie wyższej przyznając, że kolejny oferent wykonał przedmiot umowy za takie samo wynagrodzenie jakie przyspać miało powodowi.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego za bezzasadny należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 227 kpc przez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka A. D. na okoliczność, że jego firma zrealizowała te same roboty budowlane jakie miał zrealizować powód, w oparciu o projekt budowlany z 2000 roku.

Pozwany przyznał w toku postępowania przed Sądem Okręgowym, że projekt w oparciu o który zrealizowano ostatecznie inwestycję zawierał pewne zmiany w stosunku do projektu w oparciu o który roboty miał realizować powód ale w ocenie skarżącego nie były to zmiany istotne.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że ocena zgodności pierwotnego i zmienionego projektu nie może być wykazywana zeznaniami świadka lecz poprzez dowód z opinii biegłego, który posiada wiedzę specjalistyczną pozwalającą na porównanie tych projektów. Nawet gdyby projekty te były tożsame lub zmiany nieistotne nie podważa to twierdzenia powoda, popartego dowodem z opinii biegłego K. D., że projekt firmy (...) z 2000 roku nie mógł być zrealizowany zgodnie z wymogami wynikającymi ze sztuki budowlanej oraz warunkami pozwolenia na budowę w związku ze znacznymi zmianami ukształtowania dna jeziora wynoszącymi kilka metrów.

Możliwe jest, że w oparciu o dane pomiarowe uzyskane przez powoda, w wyniku zleconych prac geodezyjnych, dokonano stosownych zmian projektu lub, że kolejny wykonawca zrealizował roboty niezgodnie z wymogami prawa budowlanego posadawiając mury nadbrzeża na namulach nie będących gruntami nośnymi.

Zarzut naruszenia przepisu art. 227 kpc przez oddalenie wniosku dowodowego strony pozwanej o przeprowadzenie dowodu z treści protokołu nr (...) z dnia 23 września 2009r. też nie jest zasadny, gdyż teza dowodowa nie została na tyle skonkretyzowana, aby było możliwe ustalenie jaka okoliczność miała być udowodniona przez przeprowadzenie tego dowodu i jakie znaczenie miałyby ona dla rozstrzygnięcia.

Chybiony jest też zarzut naruszenia art. 233 kpc przez pominięcie stwierdzeń biegłego K. D., że umowa mogła być realizowana w oparciu o dokumentację projektową z 2000 roku.

Biegły podał, że dokumentacja z 2000 roku może być uznana za prawidłową ale na skutek upływu czasu i związanych z tym zmian ukształtowania dna jeziora stała się dokumentacją zdeaktualizowaną, a jej aktualizacja wymagała zmian nie pozwalających na jej realizację w ramach dotychczasowego pozwolenia na budowę.

Zarzut naruszenia przepisu art. 284 kpc poprzez przedstawienie biegłemu niekompletnej dokumentacji w części dotyczącej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż pozwany nie wykazuje w apelacji w jaki sposób niekompletność tej dokumentacji przetargowej miała wpływ na treść opinii, a w konsekwencji na treść kwestionowanego wyroku.

Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 292 kpc poprzez zaniechanie zlecenia biegłemu dokonania oględzin terenu, co miało rzekomo wykazać, że inwestycja została zrealizowana w oparciu o projekt z 2000r.

Jak już bowiem wskazano wcześniej realizacja umowy w oparciu o projekt z 2000r. nie oznacza, że umowę zrealizowano zgodnie z wymogami wynikającymi z przepisów prawa budowlanego, a ponadto bezspornym było, że projekt zawierał pewne zmiany określone przez skarżącego jako „nieistotne”.

Nawet bez posiadania wiedzy specjalistycznej można stwierdzić, że sposób posadowienia murów nabrzeża czy ilości wybranych mulów nie może być ustalony w oparciu o wizję lokalną w terenie.

Kolejny zarzut procesowy pozwanego sprowadza się do stwierdzenia, że biegły utrzymywał, iż roboty można było zrealizować w oparciu o projekt z 2000r. Z całości opinii biegłego jednoznacznie wynika, że projekt w 2000r. mógł być zrealizowany jako niewadliwy, a w 2009r. nie było takiej możliwości ze względu na jego deaktualizację wynikającą ze zmian w terenie.

Brak jest podstaw do uznania, że w sprawie konieczne było powołanie dowodu z opinii biegłego geodety i geologa, którego to dowodu nie przeprowadził Sąd Okręgowy. Jak już bowiem wspomniano w postępowaniu przedsądowym pozwany nie kwestionował wyników badań geodezyjnych uzyskanych przez powoda, a w toku postępowania sądowego miało miejsce wykonanie robót budowlanych, które doprowadziły do istotnych zmian terenu w stosunku do stanu, który istniał w dacie odstąpienia powoda od umowy z powodu wad dokumentacji projektowej.

Z tych wszystkich względów za bezpodstawne należy uznać zarzuty apelacji dotyczące błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji w prawidłowy sposób dokonał oceny zebranego materiału dowodowego, który zgromadził w prawidłowy sposób i na tej ocenie dokonał właściwych ustaleń.

Ustalenia te Sąd Apelacyjny traktuje jako swoje własne.

Wbrew zarzutom apelacji nie można uznać, że opinia biegłego K. D. nie jest miarodajna, gdyż biegły ten w sposób bezkrytyczny odniósł się do udostępnionej mu dokumentacji geodezyjno – geologicznej.

Jak już bowiem wyjaśniono wyżej brak było podstaw do uznania tej dokumentacji za nierzetelną lub sprzeczną z rzeczywistym stanem rzeczy ze względu na brak jej złożenia w zasobie geodezyjnym.

Biegły nie miał możliwości prowadzenia pomiarów, badań i ekspertyz w terenie ze względu na zmiany jakie wprowadził w terenie następny wykonawca robót. Ponadto Sąd Okręgowy nie zlecał takich pomiarów, gdyż dotychczasowe wyniki pomiarów uzyskane przez powoda nie były kwestionowane.

Odpowiedź na pytanie pozwanego jakie działania powinien podjąć powód po stwierdzeniu rozbieżności między opracowanym przez siebie projektem wykonanym a projektem z 2000r. nie należała do obowiązków biegłego.

Odpowiedź na to pytanie pośrednio wynika z ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy. Powód po stwierdzeniu że ma miejsce wadliwość przedstawionej mu dokumentacji projektowej powiadomił o tym pozwanego jako zamawiającego roboty i zażądał jej uaktualnienia. Skarżący nie podzielił tego stanowiska. Ocena konsekwencji takiego stanu rzeczy z prawnego punktu widzenia należy do Sądu a nie do biegłego. Zadanie biegłego zostało zrealizowane kiedy stwierdził, że dotychczasowa dokumentacja z 2000r. nie mogła być podstawą wykonania umowy ze względu na jej zdeaktualizowanie.

W opinii pisemnej biegły powołał się na nieaktualne przepisy ustawy Prawo budowlane ale w dalszej części tej opinii skorygował tą omyłkę wyjaśniając, że przy uwzględnieniu aktualnie obowiązujących przepisów tej ustawy nadal podtrzymuje swe stanowisko. Skarżący nie wykazuje aby zmiana przepisów z powołaniem się na które wydano opinie miała wpływ na jej treść lub poprawność. Zarzut niekompletności opinii, sprzeczności z zasadami sporządzania opinii

tego rodzaju, braku obiektywizmu, rzetelności i braku wnikliwości oraz uwzględnienie całości materiału dowodowego jest na tyle werbalny, że nie pozwala na merytoryczne odniesienie się do jego zasadności. To samo dotyczy zarzutu wypowiedzianego przez biegłego w zakresie kompetencji zastrzeżonych dla biegłych innych specjalności.

Odnosząc się do zarzutów błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia za chybiony należy uznać zarzut, że Sąd Okręgowy błędnie ustalił, iż niemożliwa była realizacja zamówienia w oparciu o dokumentację dostarczoną przez skarżącego w sytuacji, gdy kolejny wykonawca w oparciu o tę samą dokumentację przedmiot zamówienia zrealizował.

Po pierwsze dlatego, że nie zostało wykazane, że umowę zrealizowano w oparciu o taki sam projekt. Jak już bowiem wspomniano bezspornym było, że zmiana projektu miała miejsce, a jej zakres nie został wykazany przez dowód z opinii biegłego. Jeśli roboty wykonano bez istotnej zmiany projektu, dowód z opinii biegłego K. D., który nie został skutecznie podważony, nie pozwala na uznanie, że roboty wykonano z zasadami sztuki budowlanej. Nie można było bowiem posadzić murów nabrzeża na warstwach mułu zalegających o kilka metrów wyżej niż to przewidywał projekt z 2000r.

Z tych przyczyn dokumentację dostarczoną przez pozwanego, a opartą na projekcie opracowanym w 2000r. należało uznać za wadliwą.

Abstrahowanie od tego stanu rzeczy przez skarżącego i żądanie aby powód realizował roboty w oparciu o zdeaktualizowaną dokumentację projektową należało uznać za brak współpracy wierzyciela z dłużnikiem w rozumieniu art. 354 kc.

Skoro pozwany mimo wskazania wykonawcy, że dokumentacja projektowa jest wadliwa nie uznał wad projektu lecz żądał realizacji umowy w oparciu o wadliwą dokumentację nie sposób uznać za bezzasadne odstępienie wykonawcy robót od umowy. Zachodziły bowiem po temu przesłanki określone w art. 491 § 1 kc, a umowa stron pozwalała na skorzystanie przez powoda na odstąpienie od umowy w takich okolicznościach.

Konstatacji tej nie zmienia okoliczność, że pozwany nie miał w istocie możliwości zaktualizowania dokumentacji projektowej bez naruszenia przepisów ustawy Prawo o zamówieniach publicznych.

W istocie prowadziłyby to do konieczności istotnej zmiany warunków umowy ustalonej w trybie przetargowym. Na tym zasadza się istota sporu. Pozwany ogłosił przetarg dysponując nieaktualną dokumentacją projektową i mimo zasadnych zastrzeżeń wykonawcy co do zaktualizowania projektu nie mógł go zaktualizować bez popadnięcia w zarzut realizacji umowy w sposób sprzeczny z dokumentacją przetargową.

Mógł więc albo unieważnić przetarg narażając się na zapłatę kary umownej albo utrzymywać, że dokumentacja projektowa nie jest wadliwa.

Postępowanie dowodowe wykazało, że dokumentacja ta była na tyle wadliwa, że nie można w oparciu o nią realizować robót w sposób zgodny z zapisami umowy.

Dlatego Sąd Okręgowy trafnie uznał, że powództwo o zapłatę kary umownej na rzecz powoda jako wykonawcy jest zasadne.

Odstąpienie od umowy miało miejsce wyłącznie na skutek działań za które odpowiedzialność ponosił pozwany.

Z tych samych przyczyn nie mogło być uznane za zasadne powództwo wzajemne przypisujące pozwanemu odpowiedzialność za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po jego stronie.

Brak podstaw do uznania, że kara umowna dochodzona przez powoda jest rażąco wygórowana w stosunku do naruszenia interesu majątkowego jakiego doznał powód z przyczyn leżących po stronie skarżącego. Nie zostało to wykazane przez skarżącego.

Dlatego Sąd Apelacyjny na mocy art. 385 kpc oddalił apelację.

O kosztach orzeczono na mocy art. 98 kpc.