

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Paweł Rygiel
Sędziowie:	SSA Grzegorz Krężolek (spr.) SSO del. Barbara Baran
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 11 września 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. w K.

przeciwko Powiatowi (...)

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 12 stycznia 2015 r. sygn. akt I C 3399/11

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

„I. zasądza od pozwanego Powiatu (...) na rzecz powoda Przedsiębiorstwa(...) Sp. z o.o. w K. kwotę 116.393,62 zł (sto szesnaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt trzy złote 62/100) z ustawowymi odsetkami 26 września 2011 r.,

II. w pozostałym zakresie powództwo oddala,

III. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 3.973 zł (trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt trzy złote) tytułem części kosztów procesu,

IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Kielcach od strony powodowej kwotę 40,32 (czterdzieści złotych 32/100), a od strony pozwanej kwotę 26,80 zł (dwadzieścia sześć złotych 80/100) tytułem brakującej części wydatków związanej z postępowaniem”;

2. w pozostałym zakresie apelację oddala;

3. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 1.329 zł (jeden tysiąc trzysta dwadzieścia dziewięć złotych) tytułem części kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO del. Barbara Baran SSA Paweł Rygiel SSA Grzegorz Krężolek

Sygn. akt : I ACa 715/15

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo (...) - spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K., w pozwie skierowanym przeciwko Powiatowi (...), domagała się zasądzenia kwoty 290 805, 53 złotego, z ustawowymi odsetkami od : kwoty 131 237, 24 zł od dnia 17 listopada 2011 r , a od kwoty 156 878, 26 zł od dnia 26 września 2011r oraz obciążenia pozwanego kosztami procesu.

Uzasadniając żądanie wskazała , że w dniu 19 marca 2010r strony zawarły umowę o roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą „ Budowa hali sportowej z zapleczem przy(...)im. J. S. w S. wraz z dostawą i montażem wyposażenia hali sportowej „

Powódka jako wykonawca została wyłoniona w drodze przetargu nieograniczonego, zorganizowanego przez zamawiający Powiat na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z postanowieniami umowy była zobowiązana do wykonania jej przedmiotu w ciągu dwunastu miesięcy od daty jej zawarcia , który to termin , na podstawie ugody zawartej przed Sądem , w dniu 6 lipca 2011r, strony zgodnie przedłużyły o kolejne cztery miesiące.

Przyczyną wydłużenia tego terminu były wady dokumentacji projektowej, które wykonawca zgłaszał zamawiającemu.

W dniu 19 sierpnia 2011r , po podpisaniu przez strony protokołu końcowego odbioru robót, spółka (...) wystawiła fakturę końcową , obejmujące należne jej wynagrodzenie na sumę 2 024 235, 61 złotego z której strona pozwana zapłaciła kwotę 1 867 357, 35 złotego.

Nie płacąc pozostałej jej części uznała , iż dysponuje wobec wykonawcy wierzytelnością wzajemną z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy , o czym zawiadomiła powódkę , składając oświadczenie o potrąceniu tej wierzytelności na kwotę tej różnicy w wysokości 156 878, 26 złotego.

Zdaniem powódki potrącenie to jest nieskuteczne albowiem Powiat nie miał podstaw do naliczenia kary , w sytuacji gdy opóźnienie w wykonaniu umowy nastąpiło z przyczyn za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Było ono bowiem spowodowane brakami w dokumentacji projektowej , które ujawniały się systematycznie w podczas przebiegu procesu inwestycyjnego , a o których zamawiający był informowany. Korekta tych założeń wydłużała czasokres wykonania przedmiotu umowy. Spółka (...) podniosła także , że była gotowa do odbioru wszystkich prac już 18 lipca 2011r a jego przedłużenie aż do 19 sierpnia tego roku było spowodowane przyczynami za które odpowiada druga strona umowy , w szczególności dostawa gazu za którą odpowiadał Powiat , do nowo wybudowanej kotłowni nastąpiła dopiero 5 sierpnia 2011r.

Roszczenie o zapłatę kwoty łącznej 131 237, 24 złotego powódka uzasadniała tym , że składa się na nią wartość wszystkich , rzeczywiście zrealizowanych robót dodatkowych , których wykonanie nie było przewidziane w ramach założeń projektowych , służących określeniu przedmiotu umowy zawartej przez strony. Podnosząc , że wszystkie te prace zostały potwierdzone , jako konieczne do wykonania przez branżowych inspektorów nadzoru w formie protokołów konieczności , powódka uznawała , że poprzez ich podpisanie doszło do zawarcia pomiędzy stronami odrębnych umów na ich wykonanie.

Gdyby przyjąć , że nie są skuteczną podstawą do domagania się spełnienia tego świadczenia przez Powiat to podstawy tej należy poszukiwać w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu po stronie zamawiającego kosztem wykonawcy albowiem pozwana z prac tych skorzystała przejmując przedmiot inwestycji po zakończeniu umowy stron.

Spółka (...) zarzuciła także, że kara umowna, która naliczył Powiat, nawet gdyby przyjąć ją za należną pozwanemu, jest rażąco wygórowana i powinna ulec ograniczeniu, a to wobec faktu, że zobowiązanie umowne zostało przez wykonawcę w całości wykonane.

Odpowiadając na pozew strona pozwana domagała się oddalenia powództwa w całości oraz przyznania od powódki kosztów procesu.

Odwołując się do uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych wskazywała, że nie była możliwa zmiana postanowień zawartej pomiędzy stronami umowy w sposób, który miałby prowadzić do korekty oferty złożonej przez wygrywający przetarg podmiot.

Po wtóre wskazywała, że umowa określała wynagrodzenie wykonawcy jako ryczałtowe, a to wykluczało możliwość jego zmiany [podwyższenia] na tej podstawie, iż w ramach wykonania przedmiotu umowy powódka zrealizowała jeszcze inne prace, których, jak niezasadnie twierdzi, nie można było uprzednio przewidzieć. Podkreślała przy tym, że te roboty, które (...) uznaje za dodatkowe przynależały do pierwotnego ich zakresu, wynikającego z założeń projektowych.

Odnosząc się do stanowiska spółki z K., w odniesieniu do faktu naliczenia oraz rozmiaru ilościowego kary umownej za opóźnienie w wykonaniu prac, Powiat stanął na stanowisku, iż argumentacja ta nie jest usprawiedliwiona. Przede wszystkim dlatego, że okoliczności powoływane dla wykazania, iż opóźnienie było spowodowane przyczynami za które wykonawca miałby nie odpowiadać były uprzednio już podstawą zgody zamawiającego na wydłużenie pierwotnego terminu, w jakim przedmiot umowy miał zostać zrealizowany. Strona pozwana nie spowodowała przy tym powstania, po dacie zawarcia ugody, żadnych okoliczności z których miałyby powstać przeszkody dla dochowania tego [wydłużonego] terminu.

Powiat przeczył także trafności oceny spółki, iż kara umowna jest rażąco wygórowana podnosząc, stanowi ona jedynie około 5 % umówionego wynagrodzenia. Sprzeciwiał się tym samym dokonaniu miarkowania wierzytelności, która zgłosił do potrącenia z wierzytelnością spółki (...) z tytułu brakującej jego części.

Wyrokiem z dnia 12 stycznia 2015r, Sąd O[kręgowy w K. :

- zasądził od Powiatu (...) na rzecz powódki kwotę 166 168, 17 złotego z ustawowymi odsetkami :
- od kwoty 113 188, 20 złotego od dnia 26 września 2011r oraz
- od kwoty 52 979, 97 złotego od dnia 23 listopada 2011r [pkt I],
- w pozostałej części powództwo oddalił [pkt II],
- zasądził od strony pozwanej na rzecz powódki sumę 7 770, 50 złotego tytułem kosztów procesu [pkt III],
- zniósł wzajemnie pomiędzy stronami koszty zastępstwa procesowego [pkt IV],
- nakazał ściągnąć od stron postępowania na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Kielcach, kwoty po 33,56 złotych, tytułem brakującej części wydatków związanych z postępowaniem [pkt V sentencji wyroku].

Sąd I instancji ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

Przedsiębiorstwo (...) - spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. prowadzi działalność gospodarczą m. in w zakresie budownictwa.

W wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, spółka zawarła z Powiatem (...) jako zamawiającym, w dniu 19 marca 2010r, umowę o roboty budowlane nr (...). Jej

przedmiotem było wykonanie robót, w ramach inwestycji pod ogólną nazwą „ Budowa hali sportowej z zapleczem przy(...)im. (...)S. w S. wraz z dostawą i montażem wyposażenia hali sportowej „

Obydwa budynki ; Liceum i nowo wznoszona hala miały być połączone wzajemnie dwoma łącznikami usytuowanymi na poziomie pierwszego pietra.

Na etapie ogłoszenia przetargu oraz opracowania jego warunków strona pozwana w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia , określiła cel , przedmiot i warunki realizacji inwestycji, , która była współfinansowana ze środków europejskich, w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2007- 2013.

Oferta przetargowa jaką złożyła spółka (...) zawierała m . in. oświadczenie o zapoznaniu się oraz akceptacji , bez zastrzeżeń ,SIWZ.

Zgodnie z umową jej przedmiotem było wykonanie zadania inwestycyjnego ,a szczegółowy zakres robót został określony w projektach budowlanych , w przedmiarach prac oraz specyfikacjach wykonawczych , stanowiących załączniki do umowy oraz w samej ofercie wykonawcy. Dokumentację techniczną , której dostarczenie obciążało zamawiający Powiat , przygotowało biuro (...) w W. , której właścicielką jest M. Z..

Zgodnie z postanowieniami umowy zakres prac obejmował : budowę hali sportowej z zapleczem, wykonanie miejsc parkingowych , drogi pożarowej wokół budynków - istniejącego i projektowanego - wykonanie przyłącza wodociągowego , i kanalizacji sanitarnej[wraz z samą instalacją] , , kanalizacji deszczowej , wykonanie przyłącza instalacji gazowej wraz z sama instalacją , instalacji wody ciepłej i zimnej , cyrkulacji c.o. i c. t. , jak również instalacji wentylacyjnej , solarnej i elektrycznej oraz wykonanie kotłowni, zasilanej gazem.

Termin wykonania całości tak oznaczonych prac został określony na dwanaście miesięcy. Wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtowy , wynosząc ostatecznie [po zmianie umowy w formie aneksu nr (...) z 10 maja 2011r , w odniesieniu do stawki podatku VAT], 5 060 589 złotych brutto.

Rozliczenie pomiędzy stronami z tego tytułu miało następować fakturami częściowymi - do wysokości 60 % wynagrodzenia oraz fakturą końcową , którą wykonawca mógł wystawić po podpisaniu końcowego protokołu odbioru powierzonych do wykonania prac. Przedmiotem tego odbioru było bezusterkowe wykonanie ich całości , a datą zakończenia realizacji robót , zgodnie z umową, było podpisanie protokołu odbioru końcowego przez przedstawicieli Powiatu , dokonane bez zastrzeżeń. Zamawiający miał przystąpić do odbioru końcowego w ciągu 5 dni roboczych od daty zawiadomienia go przez wykonawcę o osiągnięciu gotowości do odbioru, co miał stwierdzać stosowny wpis do dziennika budowy , potwierdzony przez inspektora nadzoru.

Nadzór inwestorski został powierzony - w zakresie prac ogólnobudowlanych - A. M. (1) , w branży elektrycznej R. S. , a instalacji , C. G. (1).

Strony przewidziały odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków w formie kar umownych. Strona powodowa m. in. była zobowiązana się do zapłaty świadczenia z tego tytułu , w sytuacji uchybienia terminu wykonania prac zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym oraz za przekroczenie terminu końcowego zakończenia całego przedmiotu umowy w wymiarze 0, 1 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Strony ustaliły , że należność z tego tytułu. będzie płatna w terminie 14 dni od wystawienia noty obciążeniowej przez uprawnionego do jej naliczenia.

W piśmie z dnia 5 kwietnia 2011r wykonawca zawezwał zamawiającego do próby ugodowej, w zakresie pierwotnie ustalonego terminu końcowego wykonania robót , odwołując się do niezależnych od siebie przeszkód , uniemożliwiających zachowanie terminu pierwotnego.

W motywach wezwania odwoływał się do wad dokumentacji projektowej dostarczonej przez Powiat , która nie obejmowała szeregu prac i nie przewidywała rozwiązań technicznych, niezbędnych do zrealizowania inwestycji. Braki te dotyczyły m. in. rozbieżności pomiędzy przyjętymi założeniami , a sytuacją w terenie, w zakresie poziomu

posadowienia nowego budynku, braku tych założeń, w odniesieniu do połączenia mającej być wybudowaną kotłowni z istniejącą dotąd instalacją w budynku szkoły, kolizji przewodów wentylacyjnych z dźwigarami stalowymi, wadliwym zaprojektowaniu łączników pomiędzy obydwooma budynkami, przyjęcie nieprawidłowych założeń projektowych w porównaniu z warunkami technicznymi jakimi powinna odpowiadać instalacja zasilająca w energię elektryczną nowy budynek.

W dniu 6 lipca 2011r, przed Sądem Rejonowym w Skarżysku - Kamiennej, strony zawarły ugodę na podstawie której wydłużyły końcowy termin zrealizowania całości robót o cztery miesiące, co spowodowało, iż termin ten wyznaczała data 19 lipca 2011r.

Z dalszych ustaleń Sądu I instancji wynika, że wykonawca zgłaszał zamawiającemu trudności w wykonaniu prac, wskazując w szczególności na wady i braki dokumentacji projektowej, których uzupełnianie i proces poprawek wpływały na czasokres realizacji robót, wydłużając go, a także skutkując koniecznością wykonania robót dotąd nieplanowanych, bez których nie było możliwe wykonanie przedmiotu umowy.

Roboty te były związane z :

a/ pominięciem w dokumentacji projektowej przyłącza c.o. z budynku szkoły do nowo wznoszonej kotłowni zasilanej gazem. Wartość tych prac, których konieczność wykonania potwierdził w protokole konieczności inspektor C. G. (2) zamknęła się kwocie 21 328, 90 złotego [brutto]

b/ niewłaściwie przyjętą w założeniach projektowych, różnicą poziomów mających być wykonanymi łączników pomiędzy obydwooma budynkami oraz nie przewidzenie w nich różnicy w zbrojeniu stóp fundamentowych.

Skorygowanie tych rozbieżności wymagało wykonania dodatkowych prac, także potwierdzonych w protokole konieczności przez inspektora nadzoru - w zakresie prac ogólnobudowlanych, a ich wartość wyniosła 11 805, 54 złotego. [brutto]

c/ Nieprawidłowościami projektowymi, wynikającymi z wadliwego odczytania założeń technicznych pozwolenia na wykonanie przyłącza elektro – energetycznego, które spowodowały konieczność wydłużenia go o 200 metrów, co skutkowało tym, iż niezbędne było, co potwierdził inspektor R. S., w protokole konieczności, wykonanie dodatkowych prac, których koszt wyniósł 19 845, 53 złotego. [brutto]

d/ Nie przewidzeniem w projekcie, założeń technicznych dla konstrukcji wsporczej instalacji solarnej oraz łączników mających wyrównywać powierzchnię dachu. Także i te prace inspektor A. M. potwierdziła w protokole konieczności, jako niezbędne do zrealizowania a ich koszt zamknął się w kwocie brutto (...) złotego.

e/ Dokumentacja techniczna nie obejmowała także założeń dla połączenia słupów żelbetowych ze stalową konstrukcją dachu. Także i te roboty były objęte protokołem konieczności podpisanym przez tego inspektora a ich koszt wyniósł ogółem 18 109, 20 złotego.

W dniu 18 lipca 2011r, poprzez wpis do dziennika budowy, dokonany przez jej kierownika z ramienia wykonawcy, a następnie pismem z tej samej daty, spółka (...) zgłosiła zamawiającemu gotowość do odbioru całego przedmiotu umowy. Zakończenie robót instalacyjnych potwierdził wpisem do tego dokumentu z 18 lipca 2011r C. G. (2), a R. S. uczynił to w odniesieniu do robót, które nadzorował, w trzy dni później, 21 lipca 2011r.

W dniu 25 lipca tego roku strony podpisały protokół odbioru warunkowego nr (...), w którym wskazano, że odbiór końcowy zostanie przeprowadzony 9 sierpnia oraz wskazano wady wykonawcze, opisując je w załączniku do tego dokumentu, które wykonawca miał usunąć do tej daty.

W dniu 28 lipca 2011r zamawiający Powiat zawał umowę na dostawę paliwa gazowego, mającego zasilać nowo wzniesioną kotłownię. Gaz bez którego odbiór tego elementu inwestycji nie był wcześniej możliwy, został dostarczony w dniu 5 sierpnia 2011r.

W dniu następnym, 29 lipca 2011r, spółka wykonawca zgłosił usunięcie wad stwierdzonych w protokole z 25 lipca 2011r. W dniu 3 sierpnia 2011r nie doszło jednak do podpisania końcowego protokołu odbioru, wobec stwierdzenia, w kolejnym dokumencie odbioru warunkowego, dalszych nieprawidłowości wykonawczych oraz niemożność odebrania kotłowni bez dostawy gazu.

W dniu 9 sierpnia tego roku, wpisem do dziennika budowy, inspektor nadzoru potwierdził zakończenie robót o charakterze ogólnobudowlanym. W tym samym dniu strony podpisały trzeci warunkowy protokół odbioru, oznaczając termin odbioru końcowego na 19 sierpnia 2011r.

W tym dniu doszło do podpisania końcowego protokołu odbioru, w którym zamawiający przyjął przedmiot umowy od wykonawcy nie formułując zastrzeżeń.

Wobec tego powódka wystawiła zamawiającemu fakturę końcową nr 216 /B/ 08/11 na ogólną kwotę 2 024 235,61 złotej, z której w dniu 26 września 2011r Powiat zapłacił 1 867 357,35zł.

Odmawiając uregulowania stwierdzonej tym dokumentem należności w pozostałym zakresie uznała, że dysponuje wobec spółki (...) wierzytelnością wzajemną w wysokości, stanowiącej niezapłaconą różnicę, kwocie 156 878, 26 złotej, odpowiadającej karze umownej za nieterminowe wykonanie zamówionych robót.

Zdaniem Powiatu zwłoka wykonawcy wyniosła 31 dni, pomiędzy 19 lipca 2011r i 19 sierpnia 2011r. Wierzytelność tę potraciła z należnością spółki (...), składając oświadczenie o potrąceniu, w piśmie wystosowanym do powódki, datowanym na 20 września 2011r.

W toku dalszej korespondencji pomiędzy stronami powódka, 17 listopada 2011r, uprzednio negując istnienie podstaw do naliczenia kary umownej, wezwała Powiat do zapłaty kwoty obecnie dochodzonej pozwem, które to wezwanie pozostało bez odpowiedzi.

Rozważania prawne Sąd Okręgowy rozpoczął od oceny zasadności roszczenia powódki w tej jego części w ramach której domagała się od zamawiającego Powiatu wynagrodzenia za roboty nazywane przez siebie dodatkowymi, a które w rzeczywistości zrealizowała, a potrzebę ich realizacji potwierdzili poszczególni inspektorzy nadzoru w tzw. protokołach konieczności jako niezbędne dla wykonania przedmiotu umowy jako całości.

Zdaniem Sądu podstawy do jego uwzględnienia nie można poszukiwać, jak twierdziła spółka (...), w stosunku obligacyjnym stron wynikającym z umowy zawartej przez strony ani w umowach dodatkowych albowiem te nie zostały pomiędzy nimi skutecznie zawarte. Nie były przy tym, dla wyrażenia oceny przeciwnej dostateczną podstawą dokumenty protokołów konieczności podpisane przez inspektorów nadzoru, a nie osoby uprawnione do reprezentacji stron, w tym w szczególności zamawiającego.

Tym nie mniej, zdaniem Sądu I instancji, podstawą do uwzględnienia tej części roszczenia wykonawcy, są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Dokonując analizy konsekwencji jakie dla możliwości skutecznego ubiegania się wykonawcy o to dodatkowe świadczenie, mimo, że nagrodzenie określone w umowie z 19 marca 2010r miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego, uznał Sąd, w odwołaniu się do judykatów Sądu Najwyższego z 7 listopada 2007r, sygn.. II CSK 344/07, z 21 maja 2009 r, sygn. V CSK 439/08 z 2 lutego 2011, sygn.. II CSK 414/10, oraz z 9 października 2014, sygn.. I CSK 568/13, że także przy takim wynagrodzeniu tego rodzaju możliwość nie jest wyłączona.

Odwołując się do poczynionych w sprawie ustaleń uznał, że część prac, które (...) rzeczywiście w wykonała nie było przewidzianych w założeniach projektowych, a zatem wykrczały one poza przedmiot jej świadczenia ustalony przez strony w umowie za realizację którego było przewidziane wynagrodzenie ryczałtowe.

Skoro zamawiający z prac tych, niezbędnych dla zrealizowania inwestycji jako takiej, skorzystał, to tym samym jest ich wartością bezpodstawnie wzbogacony, kosztem wykonawcy.

Sąd podkreślił przy tym, odwołując się do ostatecznie nie kwestionowanej przez strony, złożonej w sprawie opinii biegłego z zakresu budownictwa inż. S. B., iż wartość ta, określona przez (...) w żądaniu jest wartością niższą niż ta, która dla tego rodzaju robót wynika z przyjmowanych powszechnie w branży stawek.

Następnie, na podstawie analizy rodzajowej tych robót, które powódka wskazywała jako dodatkowe, z punktu widzenia treści dokumentacji projektowej, Sąd Okręgowy uznał, że wartością tylko ich części zamawiający Powiat jest rzeczywiście bezpodstawnie wzbogacony, pozostałe natomiast, wskazane w dokumentacji, jako mające być wykonanymi są objęte, uzgodnionym przez strony ryczałtem, a co za tym idzie ryzykiem kontraktowym wykonawcy, nawet gdyby ich realizacja rodziła po jego stronie dodatkowe koszty nie mieszczące się w granicach sumy przyjętego umownie, w sposób generalny, wynagrodzenia.

Kwotę wzbogacenia określił na sumę globalną 529 979, 97 złotego, a złożyły się na nią: wartość prac związanych z wykonaniem przyłącza centralnego ogrzewania w wysokości brutto 21 328, 90 złotego, koniecznością wyrównania poziomów pomiędzy budynkami szkoły oraz wznoszonej hali sportowej na kwotę 11 805, 54 złotego oraz tych, o wartości 19 845, 53 złotego, które wykonawca zrealizował w związku z przyłączem elektroenergetycznym, które zostało zaprojektowane pierwotnie wbrew warunkom technicznym, określonym w dokumencie zwalającym na jego wykonanie.

W ocenie Sądu I instancji, wszystkie te prace nie były uprzednio przewidziane w dokumentacji projektowej dostarczonej przez Powiat, wobec czego (...) nie mogła ich przewidzieć przygotowując ofertę przetargową i później, zawierając umowę z 19 marca 2010r.

Przechodząc do oceny drugiego źródła roszczenia zgłoszonego przez wykonawcę, a to należnej mu, a nie zapłaconej dotąd części wynagrodzenia umownego, Sąd Okręgowy podjął rozważania dotyczące skuteczności oświadczenia o potrąceniu, jakie tej wierzytelności spółki (...) przeciwstawił Powiat, upatrując podstawy do niego w tym, że dysponuje wobec wykonawcy wierzytelnością wzajemną z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy.

Po przedstawieniu w sposób generalny przesłanek normatywnych od których spełnienia ustawodawca uzależnia powstanie wierzytelności z tytułu kary umownej wobec niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego przez drugą stronę stosunku obligacyjnego, Sąd po przeprowadzeniu analizy faktów ustalonych w sprawie, wyraził stanowisko zgodnie z którym strona pozwana w sposób uzasadniony mogła odwoła się do dysponowania wobec wykonawcy wierzytelnością z tytułu kary umownej za nie wykonanie umowy w terminie za okres pomiędzy 19 lipca a 14 sierpnia 2011r., czyli za 26 dni, podczas którego spółka z K. pozostawała w zwłóce w spełnieniu swojego świadczenia umownego.

Uznał przy tym, że pozbawione znaczenia z punktu widzenia zachowania terminu umownego jest zgłoszenie gotowości do odbioru, dokonane wpisem kierownika budowy z 18 lipca 2011r, w sytuacji, gdy kolejne, tzw. warunkowe protokoły odbiorowe stwierdzały istnienie wad wykonawczych, co zgodnie z umową uprawniało zamawiającego do tego, by nie dokonywał odbioru końcowego.

Zdaniem Sądu Okręgowego dopiero wpis inspektora nadzoru z zakresu prac ogólnobudowlanych, stwierdzający wykonanie wszystkich prac może być poczytany jako początek terminu od którego, w ciągu kolejnych pięciu dni roboczych, Powiat miał obowiązek dokonać odbioru końcowego. A skoro tak, to okres zwłóki spółki (...), w zakresie wykonania przedmiotu umowy, zakończył się w dacie 14 sierpnia 2011r, zatem po upływie 26 dni od dnia w którym pierwotnie, zgodnie z umową stron, taki odbiór miał nastąpić.

Nie uprawnia to jednak, jak ocenia dalej Sąd I instancji, strony pozwanej do potrącenia z wierzytelnością spółki z K. z tytułu brakującej części wynagrodzenia wierzytelności własnej ze wskazanego tytułu, w rozmiarze ilościowym

odpowiadającym karze obliczonej zgodnie z (...)umowy , przy przyjęciu takiego czasokresu zwłoki. Obliczoną na tej podstawie wierzytelność Powiatu - w wysokości 131 070, 16 złotego - należy bowiem , zdaniem Sądu , dzieląc zarzut wykonawcy , ograniczyć / zmiarkować/ na podstawie art. 484 §2 kc , o 2/3 , tj. o kwotę 87 380, 10 złotego.

Za trafnością zarzutu spółki (...) w oparciu o który to ograniczenie mogło zostać dokonane , a także za jego skalą, przemawiały dwie przyczyny.

Po pierwsze to , że zobowiązanie umowne zostało przez wykonawcę na dzień , który został przez strony określony jako końcowy termin dla wykonania całości robót, zostało przez spółkę , w przeważającej części wykonane, a zamawiający nie poniósł, na skutek przekroczenia terminu umownego, żadnej szkody.

Po wtóre karę tę , w świetle okoliczności ustalonych w sprawie , należy uznać za rażąco wygórowaną dlatego , że druga strona stosunku obligacyjnego przyczyniła się do powstania sytuacji w której przedmiot umowy nie został wykonany w terminie.

W tym zakresie Sąd I instancji odwołał się do faktów związanych z zapewnieniem dostawy gazu do nowo wybudowanej kotłowni, bez którego niemożliwy był odbiór tego obiektu, wskazując, iż Powiat zawarł umowę o tę dostawę dopiero 28 lipca 2011r, a została ona zrealizowana po raz pierwszy 5 sierpnia tego roku.

W konsekwencji za usprawiedliwione uznał Sąd Okręgowy roszczenie strony powodowej o ile obejmuje ono równowartość prac pozaumownych w łącznej wysokości 52 979, 97 złotego oraz stanowi brakującą kwotę wynagrodzenia za wykonane prace [156 878, 26 złotego] pomniejszoną o część wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej , w takim w jej zakresie, jaką po jego ograniczeniu o 2/3 , w ocenie Sądu I instancji , strona pozwana skutecznie potrąciła z pretensją (...), na podstawie oświadczenia datowanego na 20 września 2011r.

Rozstrzygając o odsetkach od kwot częściowych , składających się łącznie na sumę żądania ocenionego jako usprawiedliwione, Sąd Okręgowy uznał , że jeżeli chodzi o świadczenie z tytułu zapłaty za roboty pozaumowne należą się one od daty określonej w wezwaniu powódki o spełnienie tego świadczenia.[23 listopada 2011r].

W odniesieniu do świadczenia z tytułu brakującej części wynagrodzenia , którego termin był określony w fakturze końcowej wystawionej przez spółkę (...), pozwany Powiat pozostaje w opóźnieniu od tego właśnie terminu [26 września 2011r]

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu zostało oparte na normie art. 100 kpc , w ramach zastosowania której, Sad obciążył nimi strony po połowie , nakazując pozwanemu zwrot na rzecz przeciwnika połowy wniesionej przez niego opłaty od pozwu, koszty zastępstwa procesowego pomiędzy nimi znosząc .

Także po połowie strony zostały obciążone dotąd nie uiszczonymi kosztami sądowymi.

U podstaw takiego ich rozdzielenia znalazła się ocena , że ostateczne określenie skali w jakiej każda ze stron wykazała swoje racje zależał od oceny Sądu , którego kompetencją było oznaczenie rozmiaru w jakim ma dojść do ograniczenia wierzytelności Powiatu z tytułu kary umownej.

Apelację od tego wyroku złożyła strona pozwana i kwestionując rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego, w części uwzględniającej powództwo oraz rozstrzygającej o kosztach procesu , w pierwszej kolejności domagała się zmiany wyroku , oddalenia żądania pozwu w całości oraz obciążenia przeciwnika procesowego kosztami postępowania. Jako wniosek ewentualny sformułowała żądanie uchylenia wyroku w w/w zakresie i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Środek odwoławczy Powiatu (...) został oparty na następujących zarzutach :

- sprzeczności istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego poprzez przyjęcie, iż prace zrealizowane przez wykonawcę , które Sąd I instancji uznał, w ramach oceny jego roszczenia jako pozaumowne za które należy się spółce

(...) dodatkowe wynagrodzenie, nie zostały ujęte w dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji projektowej, a tym samym nie były one przedmiotem zamówienia Powiatu, za realizację którego strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe.

Zasadności tego zarzutu upatrywał apelujący także z tym, iż Sąd Okręgowy, dokonując takiego ustalenia nie wziął pod uwagę, że wystawiając fakturę za ich wykonanie powódka sama określiła je jako wynikające z umowy stron z 19 marca 2010r.

Podnoszona sprzeczność, zdaniem skarżącej, miała wynikać także stąd, że Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie na wadliwej interpretacji tych postanowień umownych, które określały warunki na jakich pozwana miała przystąpić do odbioru końcowego. Zdaniem Powiatu, nie doniosłym z tego punktu widzenia był wpis inspektora nadzoru [jak przyjął to Sąd I instancji], a zawiadomienie zamawiającego przez wykonawcę na piśmie o gotowości do odbioru, a to wskazuje, że nie do 14, jak przyjmuje Sąd ale do 19 sierpnia 2011r, kiedy rzeczywiście doszło do podpisania protokołu odbioru końcowego, wykonawca pozostawał w zawinionym opóźnieniu w spełnieniu swojego świadczenia.

Zdaniem apelującego zarzut ten jest usprawiedliwiony także dlatego, iż Sąd niezasadnie przyjął, że Powiat zbyt późno podpisując umowę o dostawę gazu do nowo wzniesionej kotłowni, przyczynił się do przekroczenia terminu końcowego zakończenia robót. Strona pozwana twierdziła przy tym, że sposób wykonania kotłowni w relacjach z wykonawcą nigdy był przez zamawiającego kwestionowany.

- naruszenia prawa procesowego, w sposób mający istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, a to art. 328 §2 kpc wobec nie wskazania w motywach orzeczenia podstawy prawnej zasądzenia na rzecz wykonawcy łącznej sumy 52 979, 97 złotego z racji wykonania robót określanych przez Sąd Okręgowy jako pozaumowne, w oparciu o ocenę, iż kwotą tą Powiat jest wobec spółki (...) bezpodstawnie wzbogacony.

W tym kontekście pozwany wskazywał na wadliwe określenie przez Sąd I instancji zakresu wzbogacenia, utożsamionego z wartością tych prac, wraz ze wszystkimi jej elementami [w tym narzutami], które złożyły się na nią,

- naruszenia prawa materialnego poprzez błędne nieuwzględnienie lub nieprawidłowe zastosowanie następujących norm:

a/ 632 §1 kc i 647 kc wobec nie wyciągnięcia prawidłowych wniosków z charakteru wynagrodzenia jakie uzgodniły w umowie strony mimo, że wbrew stanowisku Sądu I instancji wszystkie te prace, które uznał za stanowiące przedmiot wzbogacenia Powiatu wobec wykonawcy, na ogólną sumę 52 979, 97 złotego, były takimi, które na podstawie założeń projektowych, przynależały do zakresu tych, jakie spółka (...) zobowiązała się zrealizować w ramach umowy,

b/ 353¹ kc oraz 355§2 kc, w następstwie nie wyciągnięcia przez Sąd właściwych wniosków z faktu, że spółka (...) jest profesjonalistą na rynku robót budowlanych, a wobec tego powinna była na podstawie dostępnej jej dokumentacji, na etapie przygotowywania oferty przetargowej, prawidłowo oszacować zarówno zakres robót oraz ich ilość, a co za tym idzie, prawidłowo określić należne jej wynagrodzenie, tym bardziej, że strony zdecydowały się na wynagrodzenie ryczałtowe,

c/ art. 65 §2 kc, w następstwie wyrażenia nietrafnej oceny prawnej, że roboty określane jako pozaumowne, realizowane przez powódkę, tak co do rodzaju jak i wartości były akceptowane przez zamawiającego, mimo, że taka akceptacja pochodziła tylko od inspektorów nadzoru, a tzw. protokoły konieczności zostały przedłożone Powiatowi już po faktycznym wykonaniu prac,

d/ art. 484 §2 kc w zw z art. 483§1 kc jako następstwa dokonania przez Sąd miarkowania świadczenia z tytułu kary umownej, mimo, że brak było podstaw do zastosowania tego mechanizmu, a w szczególności, zastrzeżona na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy nie była karą rażąco wygórowaną. Przy tym dokonując ograniczenia tego świadczenia w przyjętej przez siebie skali Sąd Okręgowy doprowadził do zniweczenia wszystkich funkcji tej instytucji prawnej,

e/ art. 481§1 kc w zw z art. 476 i 482 §2 kc wobec nieprawidłowego określenia przez Sąd początkowego terminu naliczenia odsetek od kwoty 113 188, 20 złotego , skoro Powiat mógłby być potencjalnie uznany za nie spełniający tego świadczenia w terminie , dopiero począwszy od daty wyrokowania o obowiązku jego realizacji na rzecz wykonawcy.

Odpowiadając na apelację spółka (...) domagała się jej oddalenia jako pozbawionej usprawiedliwionych podstaw , oraz obciążenia Powiatu kosztami postępowania apelacyjnego. W motywach swojego stanowiska odniosła się polemicznie do wszystkich postanowionych przez Powiat zarzutów.

Rozpoznając apelację, Sąd Apelacyjny rozważył:

Środek odwoławczy Powiatu (...) jest częściowo uzasadniony , prowadząc do zmiany objętego nim orzeczenia, w sposób wskazany w punkcie 1 I sentencji wyroku Sadu Apelacyjnego.

Rozpoczynając jego ocenę od zarzutów procesowych oraz tego , w ramach którego Powiat zakwestionował zgodność dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego , wskazać na wstępie trzeba , iż chybiony jej zarzut naruszenia art. 328 §2 kpc

Zgodnie z utrwaloną wykładnią tej normy, wyrażoną w orzecznictwie Sadu Najwyższego, którą Sąd Apelacyjny podziela , zarzut ten jest tylko wówczas usprawiedliwiony, gdy poprzez swoją wewnętrzną wadliwość pisemne motywy rozstrzygnięcia Sądu niższej instancji nie zawierają danych pozwalających na instancyjną kontrolę tak umotywowanego wyroku. Innymi słowy może on zostać podzielony jedynie wówczas , gdy w następstwie błędów i braków w wewnętrznej strukturze motywów nie sposób stwierdzić, na podstawie ich lektury , czy Sąd prawidłowo zastosował prawo materialne i procesowe.

Tego rodzaju zasadniczych wad uzasadnienie wyroku z dnia 12 stycznia 2015r nie zawiera . W jego ramach Sąd Okręgowy powołał fakty , które uznał za ustalone w świetle przeprowadzonej przez siebie oceny zgromadzonego materiału, a także wypowiedział się w sposób jednoznaczny co do tego na jakiej podstawie prawnej uznaje część roszczenia strony powodowej za uzasadnioną.

W szczególności , wbrew temu co zarzuca Powiat (...) , z motywów rozstrzygnięcia wynika , że podstawą uznania za [w części] zasadne żądania strony powodowej ubiegającej się o wynagrodzenie za roboty określone jako pozaumowne, są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Nie można podzielić także , jako trafnych , pozostałych zarzutów procesowych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 217 §1 kpc to z uwagi na jego treść, określającą termin w jakim strona jest uprawniona do powoływania okoliczności faktycznych dowodów, nomę tę należy traktować jako porządkującą przebieg postępowania rozpoznawczego , a którą Sąd rozpoznający sprawę mógłby naruszyć o ile niezasadnie oddaliłby wnioski dowodowy czy pominął twierdzenie strony , w odwołaniu się do ich złożenia po terminie. Tego rodzaju sytuacja nie miała w sprawie miejsca , co więcej , w motywach apelacji na tego rodzaju fakt skarżący nie powołuje się.

Zarzut naruszenia art. 233 §1 kpc , o czym przekonuje lektura uzasadnienie środka odwoławczego , nie został w istocie umotywowany wobec czego już z tego powodu należy uznać go za nietrafny.

Nie usprawiedliwiony jest także zarzut kolejny ; sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału procesowego.

Gdy bowiem uwzględnić argumenty jakimi Powiat posługuje się by go uzasadnić , powiedziec należy , że w istocie motywacja ta skupia się na wykazywaniu nie tyle sprzeczności ustaleń z treścią zindywidualizowanych dowodów , ile za pośrednictwem tego zarzutu , strona pozwana przedstawia własną ocenę prawną zdarzeń doniosłych dla rozstrzygnięcia jak chociażby , w odwołaniu do treści umowy , określenia w jakiej dacie strona powodowa może być uznawana za pozostającą w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy , ergo od kiedy zamawiającemu przysługiwała wobec wykonawcy wierzytelność z tytułu kary umownej na podstawie postanowienia umownego określonego przez

§14 ust. 1 pkt 1 lit.b/ i jaki był jej wymiar ilościowy , pozostający pochodną czasokresu kwalifikowanego opóźnienia po stronie spółki.

Taką ocenę omawianego zarzutu potwierdza odwołanie się, w jego ramach przez Powiat (...) do tego , że konieczność wykonania robót określanych , przez Sąd Okręgowy jako pozaumowne , wynikała z treści dokumentacji , którą spółka (...) dysponowała na etapie składania własnej oferty przetargowej , do charakteru ustalonego umownie wynagrodzenia jako ryczałtowego, czy też podważanie przez apelującego , wyrażonej przez Sąd Okręgowy oceny , iż zamawiający przyczynił się do zwłoki wykonaniu świadczenia umownego przez drugą stronę .

Podobnie należy zweryfikować użytą przez Powiat, w ramach tego zarzutu argumentację , zwalczającą stanowisko Sądu I instancji zgodnie z którym kara umowna była zastrzeżona w wymiarze rażąco wygórowanym.

Uznanie tych zarzutów za nietrafne ma to następstwo , iż ustalenia , które Sąd Okręgowy uczynił podstawą faktyczną wydanego wyroku , jako poprawne i kompletne, Sąd II instancji przyjmuje za własne.

Przechodząc do oceny zarzutów prawno materialnych należy uznać , iż część z nich jest zarzutami usprawiedliwionymi.

Na wstępie przypomnieć należy , że dochodzone pozwem roszczenie miało dwa źródła.

Pierwszym z nich był fakt , że strona powodowa wykonała roboty , określane przez siebie jako dodatkowe , które jak twierdziła, nie były objęte zakresem przedmiotowym umowy z 19 marca 2010r , a które wykonawca zrealizował skoro okazały się niezbędne dla wywiązania się z przyjętego na siebie zobowiązania. Przy tym owa ich niezbędność została potwierdzona przez branżowych inspektorów nadzoru w tzw. protokołach konieczności.

Zatem , w ocenie spółki (...) , dokumenty te stanowią o zawarciu przez strony nowych [odrębnych od zasadniczej] umów na ich wykonanie , stad umowna podstawa skutecznego domagania się zwrotu ich wartości , a ewentualnie podstawą taką są przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu zamawiającego kosztem wykonawcy albowiem strona pozwana przejmując obiekt hali sportowej jako całości , skorzystała także i z tych prac.

Aprobata dla tego stanowiska powódki i przyjęcie przez Sąd Okręgowy , iż ta druga z podstaw normatywnych , w okolicznościach ustalonych w sprawie , może być uzasadnieniem dla uwzględnienia [w części oznaczonej w kontrolowanym instancyjnie rozstrzygnięciu] tak identyfikowanego świadczenia , stanowi o naruszeniu przez Sąd I instancji art. 647 , 632 §1 oraz 405 kc.

Z ustaleń poczynionych w sprawie wynika , że wynagrodzenie należne wykonawcy zostało określone w umowie z dnia 19 marca 2011r jako ryczałtowe.

Istotą wynagrodzenia tego rodzaju jest uzgodnienie przez strony oznaczonej , globalnej kwoty należnej przyjmującemu zamówienie [wykonawcy] , jako ekwiwalentu za wykonanie przedmiotu umowy , bez względu na rozmiar świadczonych prac i wartość poniesionych w związku z nimi kosztów.

.Akceptując model wynagrodzenia ryczałtowego , uwzględniając jego sztywny i bezwzględny charakter , z jednej strony przyjmujący zamówienie podejmuje gospodarcze ryzyko wzrostu cen materiałów , stawek robocizny lub innych kosztów oraz ryzyko wynikające z konieczności wykonania prac , których nie przewidywał.

Z drugiej strony, aprobata dla tego rodzaju wynagrodzenia kształtuje także sytuację prawną zamawiającego , który również nie może skutecznie domaga się obniżenia tego wynagrodzenia , w sytuacji gdyby przyjmujący zamówienie osiągnął wyższe od oczekiwanych korzyści z faktu takiego jego ukształtowania np. wobec ostatecznie niższej skali kosztów niż ta , która była podstawą uzgodnienia wysokości ryczałtu.

/ por. w tej materii także , powołane jedynie dla przykładu , judykaty Sądu Najwyższego z 27 lipca 2005r , sygn.. II CK 793/04 , publ. Gazeta Prawna z 2005 nr 146 s. 21, i z 25 marca 2011r , sygn.. IV CSK 397/10 , publ. zbiór Lex nr 1129144/

Ustawodawca przewidział możliwość podwyższenia kwoty ryczałtu , a nawet rozwiązania umowy wobec zmiany okoliczności , których nie można było przewidzieć z mocy orzeczenia Sadu ale tylko w warunkach wskazanych przez przepis art. 632 §2 kc.

W rozstrzyganej sprawie powódka nie powoływała faktów ani twierdzeń , które uzasadniałyby jego zastosowanie do sytuacji faktycznej, w jakiej znalazły się strony.

W literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalili się poglądy , że wykonawca , w tym także ten , którego wiąże z zamawiającym węzeł obligacyjny na podstawie umowy o roboty budowlane , w której ustalono wynagrodzenie ryczałtowe może ubiegać się o rekompensatę poniesionych przez siebie kosztów związanych z pracami realizowanymi na rzecz zamawiającego , w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Jednakowoż dotyczy to tylko sytuacji, w której prace te nie były objęte przedmiotem świadczenia na jego rzecz , określonym w umowie zawartej przez strony [o dzieło , o roboty budowlane] ale są roboty inne , nie oparte na odrębnym konsensusie stron , dotyczącym ich wykonania i ewentualnego wpływu ich wartości na wielkość ryczałtu , chociaż też zrealizowane przez wykonawcę i takie z których zamawiający rzeczywiście skorzystał.

/ por. w tej kwestii uwagi P. Drapały w komentarzu do kodeksu cywilnego , wydawnictwo CH BECK 2013, oraz wyroki Sądu Najwyższego z 7 listopada 2007r , sygn.II CSK 344/2007, publ. zbiór Lexis Nexis nr 1707927, z dnia 21 maja 2009 , sygn. V CSK 439/2008, publ. ten sam zbiór nr 2037280, z dnia 2 lutego 2011r , sygn.. II CSK 414/2010 , publ. ten sam zbiór nr 2578258/

Nie można też tracić z pola widzenia i nie uwzględniać , że skala tego wzbogacenia nie wyraża się w wartości w ten sposób zrealizowanych prac pozaumownych.

Jego rozmiar wyraża bowiem to, w jakim zakresie ich wartość przenosi globalną sumę ustaloną jako ryczałt za wykonanie przedmiotu umowy.

Okoliczności ustalone w sprawie przeczą trafności stanowiska Sądu I instancji , który mimo ustalenia w umowie z dnia 19 marca 2010r wynagrodzenia wykonawcy jako ryczałtowego , ocenił , że częścią robót pozaumownych , w postaci wykonania przyłącza centralnego ogrzewania budynku szkoły do kotłowni gazowej , związanych z wyrównaniem różnicy poziomów pomiędzy obydwojma ; istniejącym i nowo wznoszonym budynkiem oraz wynikających z konieczności dostosowania przyłącza elektroenergetycznego [i cech wykonawczych związanych z nim instalacji] do warunków technicznych wyrażonych w zgodzie na jego wykonanie , do łącznej sumy 52 979, 97 zł , Powiat (...) jest kosztem spółki - wykonawcy- bezpodstawnie wzbogacony.

Ma rację apelujący , stawiając wobec tej części rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego wskazane wyżej zarzuty albowiem doszło tym samym do naruszenia powołanych wyżej norm.

Zgodnie z postanowieniami umowy stron z 19 marca 2010r strona powodowa miała w sposób kompleksowy zrealizować budowę nowej hali sportowej przy liceum im. J. S. w S. , wraz z infrastrukturą zewnętrzną oraz dostarczyć elementy wyposażenia i halę wyposażyć. Przedmiot umowy przewidywał także , również zrealizowane przez (...) , połączenie dwoma łącznikami pomiędzy budynkami jak również budowę nowej kotłowni zasilanej gazem.

Takie określenie przedmiotu umowy wyklucza poprawność stanowiska Sądu I instancji , że te prace , którymi , jego zdaniem , Powiat jest bezpodstawnie wzbogacony, nie mieściły się , gdy chodzi o ich wartość, w sumie ryczałtu określonym umownie przez strony jako generalna i niezmienna kwota wynagrodzenia powodowej spółki.

Nie sposób bowiem , w sposób usprawiedliwiony uznać , iż , (...)przyjmując na siebie taki zakres robót , jako profesjonalista na rynku usługi budowlanych nie uwzględniał konieczności wykonania [i poniesienia kosztów z tym związanych , godząc się na ryczałtowe wynagrodzenie] , przyłącza elektroenergetycznego do nowo wznoszonego budynku , konieczności zapewnienia właściwego poziomu terenu dla posadowienia nowego budynku ,

przy uwzględnieniu , iż ma on być połączony ze starym dwoma łącznikami czy też doprowadzenia istniejącego przyłącza ciepłowniczego do mającej być wykonaną, w ramach zadania inwestycyjnego , jakiego się podjął , nowej kotłowni gazowej.

W tej sytuacji nie można zasadnie mówić , że prace związane z tymi robotami nie były przedmiotem świadczenia wykonawcy , wykraczając poza jego zakres.

Wobec tego spółka (...) nie może skutecznie domagać się wynagrodzenia za nie, skoro koszty z nimi związane mieszczą się w sumie uzgodnionego przez strony ryczałtu.

To , że w odniesieniu do tych rodzajowo robót założenia projektowe były wadliwe czy niepełne pozostaje dla wyrażonej tu oceny irrelevantne albowiem taka sytuacja objęta jest ryzykiem wykonawcy wynikającym ze zgody na ustalenie wynagrodzenia w generalnej , niezmiennej co do zasady , kwocie [argument z art. 632 §1 kc.]

Biorąc pod rozwagę , że apelację od wyroku Sądu I instancji złożył tylko Powiat (...) oraz tego , iż domagał się on we wnioskach środka odwoławczego oddalenia powództwa w całości , przedmiotem oceny Sądu II instancji musiało pozostawać także to, czy powódka może skutecznie dochodzić od zamawiającego brakującej części wynagrodzenia za zrealizowanie przedmiotu umowy , w wymiarze 156 878, 26 złotego czy też skutecznym było oświadczenie drugiej strony o potrąceniu wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej za zwłokę w terminowym wykonaniu swojego zobowiązania umownego przez spółkę z K..

Kolejnym zagadnieniem było, w sytuacji potwierdzenia tej skuteczności to , w jakim rozmiarze wierzytelność ta przysługuje Powiatowi. Było ono doniosłe szczególnie w kontekście zarzutu apelacyjnego , naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 484 §2 kc , który, dzieląc zarzut powódki, dokonał miarkowania jej wysokości.

Odwołując się do ustaleń dokonanych w sprawie, w pierwszej kolejności należy ocenić ,że co do zasady , oświadczenie Powiatu (...) o potrąceniu z wierzytelnością wykonawcy z tytułu wynagrodzenia za zrealizowanie przedmiotu umowy , wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu go w terminie jest usprawiedliwione.

Wierzytelność ta zamawiającemu przysługiwała , a samo oświadczenie o potrąceniu, datowane na 20 września 2011r , zostało pod względem prawnym , skutecznie przez Powiat złożone.

Odwołując się do treści §14 ust. 1 pkt 1 lit b / umowy stron , na podstawie którego to postanowienia strona pozwana naliczyła wykonawcy karę twierząc , że w sposób zawiniony opóźnił się w wykonaniu przedmiotu umowy , o 31 dni przekraczając termin w niej ostatecznie ustalony . [19 lipca 2011 - 19 sierpnia 2011r.]

Powódka oponowała przeciwko zasadności tego stanowiska, odwołując się do przeszkód jakie napotykała przy wykonywaniu umowy tak na placu budowy , jak w wynikających z braków i niedokładności w dokumentacji projektowej co , jej zdaniem, uniemożliwiało zachowanie umówionego terminu zakończenia prac.

Wskazywała także na okoliczność , że dostawa paliwa gazowego do nowo powstałej kotłowni została zapewniona przez zamawiającego dopiero w dniu 5 sierpnia 2011r . Odwołując się do tych faktów twierdziła , że nie dochowanie terminu umownego nastąpiło z przyczyn za które odpowiedzialności nie ponosi, a tym samym po stronie Powiatu w ogóle nie powstała wierzytelność , którą obejmowało jej oświadczenie z 20 września 2011r.

Sąd I instancji stanął na stanowisku , że Powiat jest beneficjentem tej wierzytelności tyle , że w rozmiarze niższym niż określała ją oświadczenie o potrąceniu albowiem okres zawinionego opóźnienia po stronie spółki - wykonawcy zamyka się w wymiarze 26 dni pomiędzy 19 lipca 2011r i 14 sierpnia 2011r.

W odniesieniu do oznaczenia wskazanej daty końcowej okresu zwłoki uznał , że odbiór końcowy powinien zostać przeprowadzony w ciągu pięciu dni od daty w której inspektor ds. ogólnobudowlanych , stosownym wpisem potwierdził gotowość całości obiekitu do odbioru, a uczynił to 9 sierpnia 2011r.

Określając wymiar ilościowy tej wierzytelności, Sąd Okręgowy przyjął, że wartość wynagrodzenia brutto ustalona w umowie zamknęła się w kwocie 5 041 161, 20 zł..

Przy przyjęciu, ustalonego umownie mechanizmu wyliczenia należnej kary ustalił, że wierzytelność Powiatu wobec wykonawcy wyraża kwota 131 070, 16 złotego, którą przy aprobacie dla zarzutu spółki (...), domagającej się jej miarkowania na podstawie art. 484 §2 kc, ograniczył o 2/3.

Dokonując instancyjnej weryfikacji tej oceny, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Sąd Okręgowy błędnie, za wnioskami opinii biegłego ds. budownictwa S. B. określił sumę wynagrodzenia wykonawcy, stanowiąca punkt wyjścia dla obliczenia wysokości kary.

Kwota ta bowiem [nota bene niewadliwie określona przez Sąd I instancji w ustaleniach faktycznych], ostatecznie, przy uwzględnieniu zmiany umowy wynikającej z aneksu nr (...) z 10 maja 2011r / k. 38 akt / wynosiła 5 060 589 złotych.

Przyjmując, na potrzeby wyliczenia wierzytelności pozwanego, że jest to kwota 5 041 161, 20 zł nie zwrócił uwagi, że biegły dowolnie powołał tę wielkość, odwołując się do pisma Powiatu z dnia 30 listopada 2011r / k. 79 akt /, w którym tak oznaczono jego rozmiar, i w sposób bliżej nie umotywowany w swoim opracowaniu eksperckim wskazał, że wartość kontraktu nigdy nie osiągnęła kwoty wskazanej w umowie / k. 532 akt /.

Tymczasem treść postanowienia(...) jest jednoznaczna nawiązując do wynagrodzenia wykonawcy brutto ustalonego w umowie, jako kwoty wyjściowej dla określenia wysokości kary. Postanowienie § (...) umowy dotyczące wysokości tego wynagrodzenia także nie może budzić wątpliwości. Wynosiło ono, po zmianie dokonanej aneksem nr (...), 5 060 589 złotych.

Wbrew stanowisku prezentowanemu przez wykonawcę nie można w sposób usprawiedliwiony przyjąć, że nie dochowanie terminu końcowego zakończenia robót nastąpiło z przyczyn nie zawinionych przez spółkę (...) o ile - jak chce tego powódka - przyczyn tych poszukiwać w brakach i wadach dokumentacji projektowej, które ujawniały się w toku procesu inwestycyjnego, powodując konieczność realizowania dodatkowych robót, a także wydłużeniem czasu realizacji całości zadania inwestycyjnego.

Wszystkie te braki były bowiem przyczyną dla której strony zgodziły się na wydłużenie terminu w jakim przedmiot umowy miał być wydany zamawiającemu, a podpisując ugodę z Powiatem przed Sądem Rejonowym w S., (...) z której inicjatywy doszło do zawarcia porozumienia, uznawała że mimo tych przeszkód, swoje zobowiązanie umowne wykona w [przedłużonym] terminie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji określając czasokres za jaki pozwanemu przysługuje wierzytelność, którą zgłosiła do potrącenia, wadliwie ocenił wagę tej okoliczności faktycznej, która była związana z terminem w jakim Powiat zapewnił dostawę paliwa gazowego do nowo wybudowanej przez powódkę w ramach umowy stron, kotłowni.

Sąd Okręgowy fakt, iż taka dostawa nastąpiła dopiero 5 sierpnia 2011r, a zatem już znacznie po terminie w którym miał nastąpić odbiór przedmiotu umowy jako całości, ocenił jako jedną z podstaw do ograniczenia wysokości kary umownej, przy przyjęciu, że tym samym Powiat przyczynił się zwłoki, która została przypisana wykonawcy.

Tymczasem prawidłowa ocena tej okoliczności powinna być inna.

Data dostawy gazu do nowej kotłowni limituje bowiem okres, w którym spółce (...) zwłokę wykonaniu przedmiotu umowy w ogóle można przypisać.

Nie budzi wątpliwości, że kotłownia opalana gazem była jednym z elementów inwestycji, której wykonania podjęła się powódka. Nie było przy tym pomiędzy stronami przedmiotem sporu to, że zapewnienie dostawy paliwa do niej obciążało zamawiającego.

Nawet już tylko odwołanie się do reguł doświadczenia życiowego wystarczy, by ocenić, że odbiór kotłowni nie był wcześniej możliwy. Zatem nie można też, w sposób usprawiedliwiony mówić, iż można było dokonać odbioru końcowego przedmiotu umowy wcześniej aniżeli w dniu następnym, po tym, kiedy kotłownia mogła rzeczywiście podjąć funkcjonowanie.

Tym samym przypisywanie spółce (...) zawinione opóźnienia w realizacji obowiązku wykonania przedmiotu umowy jako całości w umówionym terminie, tym bardziej że wykonanie to strony wiązały z faktem przeprowadzenia końcowego odbioru przedmiotu zamówienia, za okres pomiędzy 19 lipca a 5 sierpnia 2011r, nie było zasadne.

W tym kontekście nie można podzielić zapatrywania pozwanego, wyrażonego w motywach apelacji, iż data dostawy gazu była nieistotna z punktu widzenia uprawnienia do naliczenia kary wobec wykonawcy skoro pomiędzy stronami kwestia ta nie była podnoszona jako element niewykonania obowiązków umownych przez zamawiającego.

Analiza treści protokołu tzw. częściowego odbioru robót nr (...) z 3 sierpnia 2011r, k. 122-123 akt / wskazuje jednoznacznie, że przedstawiciel AGAT zwracał uwagę wówczas na fakt braku dostawy gazu do kotłowni.

O niewłaściwym wykonaniu przez spółkę z K. zobowiązania umownego, jako następstwa przekroczenia uzgodnionego terminu zakończenia całości prac z przyczyn przez nią zawinionych można, w sposób, mówić natomiast pomiędzy dniem następnym – 6 sierpnia 2011r a 14 sierpnia tego roku, kiedy powinien był nastąpić końcowy odbiór prac.

Kluczowa z punktu widzenia określenia tego terminu jest data 9 sierpnia 2011r, kiedy, jak wynika z ustalonych w sprawie faktów, inspektor ds. ogólnobudowlanych, reprezentujący na placu budowy zamawiającego, potwierdziła stosownym wpisem do dziennika budowy zakończenie wszystkich prac, a co więcej - także z punktu widzenia ich jakości - zdatność całego obiektu do odbioru końcowego. / por k. 439 akt /

Stwierdzenie to jest o tyle istotne, że zważywszy na treść postanowień umownych tak stwierdzona przez profesjonalistę wyznaczonego przez Powiat, zdatność odbiorowa całości prac, potwierdza że już wówczas, nawet mimo opisanych warunkowym protokole odbiorowym z tej samej daty / k. 124- 25 akt /, [w którym określono także termin odbioru końcowego na 19 sierpnia 2011r] uwag i zaleceń, istniała podstawa do tego, aby w ciągu najbliższych pięciu dni roboczych doszło do odbioru końcowego.

Nie można też nie brać przy formułowaniu tej oceny pod uwagę tego, że spotykając się systematycznie celem przeprowadzenia odbioru końcowego i podpisując protokoły odbiorów warunkowych przedstawiciele stron określili kolejne jego terminy, co wyklucza trafność argumentu Powiatu, że powódka nie informowała go o gotowości do odbioru końcowego odrębnym pismem.

Po wtóre tego, iż jakkolwiek uwagi i zalecenia zostały protokoły zmieszczone to jednak, co wynika z jego treści zamawiający, nie uzależnił przeprowadzenia odbioru końcowego od uprzedniego wykonania ich przez wykonawcę. Co więcej strony nie dowodziły w procesie czy i w jaki sposób zostały one zrealizowane.

To, że odbiór nastąpił w rzeczywistości w pięć dni później nie może obciążać wykonawcy, w sposób usprawiedliwiający naliczenie kary umownej w odwołaniu się do §14 ust. 1 pkt 1 lit b/ umowy za ten właśnie okres, tym bardziej nie można w sposób uzasadniony ocenić, iż obecny przy podpisywaniu w dniu 9 sierpnia 2011r kolejnego częściowego protokołu odbioru, wiceprezes zarządu(...)R. Ź. tym samym godził się na naliczenie spółce kary za zwłokę, jako następstwa określenia terminu końcowego na 19 sierpnia 2011r.

W konsekwencji należy uznać, że wierzytelność strony pozwanej, która skutecznie mogła zgłosić do potrącenia z wierzytelnością powódki z tytułu brakującej części wynagrodzenia zamyka się w kwocie łącznej 40 484, 64 zł według następującego wyliczenia : 5 060 589 zł x 0, 1 % x 8 dni.

Przy takiej wysokości świadczenia z tytułu kary umownej , które jest należne pozwanemu, prowadzenie szerszych rozważań dotyczących istnienia podstaw dla ograniczenia jego rozmiarów , w odwołaniu się do normy art. 484 §2 kc jest zbędne.

Należy jedynie wskazać , że podzielenie przez Sąd Okręgowy zarzutu wykonawcy zmierzającego do tego ograniczenia, wobec rażącego wygórowania kary jest stanowiskiem zasadnie w apelacji kwestionowanym , szczególnie gdy zważyć , że okoliczność wskazywana przez Sąd I instancji jako podstawa do takiej oceny [przyczynienie się do kwalifikowanego opóźnienia w dochowaniu terminu wykonania przedmiotu umowy przez zamawiającego] nie mogła takiej ocenie zasadnie posłużyć, a określony w umowie stron mechanizm wyliczenia kary oraz oznaczone tam parametry ustalania jej wysokości nie odbiegają o powszechnie przyjętych w umowach o roboty budowlane.

Reasumując, w okolicznościach faktycznych sprawy uznać należy , że strona powodowa zasadnie domagała się od Powiatu (...) świadczenia z tytułu brakującej części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane , pomniejszonego o skutecznie zgłoszoną do potrącenia wierzytelność zamawiającego z tytułu kary umownej za zwłokę w terminowym zakończeniu prac , w wymiarze 40 484, 64 złotego.

Zatem należność spółki (...) z tego tytułu zamyka się w kwocie 116 393, 62 złotego, stanowiąc różnicę pomiędzy wielkościami 156 878, 26 złotego i 40 484, 64 złotego.

Wbrew zarzutowi apelacyjnemu naruszenia przez Sąd I instancji art. 481 §1 kc , prawidłowo został określony w zaskarżonym wyroku początkowy termin naliczenia odsetek od tej części roszczenia strony powodowej.

Wyrażając stanowisko przeciwne apelujący Powiat pomija , że świadczenie , które go obciąża z racji nie zapłaconej części uzgodnionego wynagrodzenia , zostało określone w fakturze końcowej , w której spółka - wykonawca określiła także termin w jakim ma być ono spełnione. Dokument ten został skutecznie pozwanemu doręczony a to , że później został zwrócony , pozbawiony jest znaczenia prawnego z rozważanego punktu widzenia.

Wobec tego usprawiedliwionym jest przyjęcie , że w zakresie roszczenia , które ostatecznie zostało uznane jako rzeczywiście przysługujące powódce, zamawiający pozostaje w opóźnieniu w jego zaspokojeniu od daty 26 września 2011r.

Korekta , w porównaniu treścią rozstrzygnięcia Sądu I instancji , skali w jakiej roszczenie powódki zostało uznane za zasadne , spowodowała także zmianę rozstrzygnięcia objętego kontrolą instancyjną, w zakresie kosztów procesu oraz kosztów sądowych.

Dokonując rozliczenia z tego tytułu , Sąd II instancji uwzględnił , że po ograniczeniu kwoty należnej spółce (...) proporcja w jakiej wykazała ona swoje racje procesowe i w jakiej Powiat skutecznie się przez żądaniami spółki obronił, wyrażona jest wielkościami 40 % : 60 %

Uwzględnivszy ,że koszty poniesione przez powódkę wyniosły łącznie 23 758 złotych, a pozwanego 9217 złotych , to rozdzielając je według wskazanej proporcji należna powódce od przeciwnika kwota z tego tytułu to 3 973 złote.

Według tej samej proporcji strony zostały zobowiązane do zwrotu wyłożonych tymczasowo przez Skarb Państwa wydatków związanych z postępowaniem w łącznej wysokości 67 złotych i 12 groszy.

Z podanych powodów Sad Apelacyjny , w częściowym uwzględnieniu apelacji strony pozwanej , na podstawie art. 386 §1 kpc , zmienił zaskarżony wyrok w sposób wskazany w punkcie 1 orzeczenia , a w pozostałym zakresie środków odwoławczy Powiatu (...) , jako niezasadny oddalił, na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego, Sąd II instancji rozstrzygnął w oparciu o art. 100 kpc w zw z art. 108 §1 i 391 §1 kpc.

Uwzględniając wartość przedmiotu zaskarżenia oraz to, w jakim zakresie apelacja pozwanego została uwzględniona, określony został zakres w którym Powiat wykazał jej zasadność i w jakim jego racje nie zostały podzielone.

Proporcja ta wyniosła 30% : 70 %.

W oparciu o nią, biorąc pod uwagę jakie kwoty z tego tytułu rzeczywiście przez obie strony zostały poniesione : pozwany 11 009 i powód 2700 złotych, spółka (...) została obciążona na rzecz przeciwniczki procesowej sumą 1412 złotych jako różnicą pomiędzy wielkościami 3302 i 1890 złotych.

SSA Grzegorz Krężolek SSA Paweł Rygiel SO / del / Barbara Baran