

Sygn. akt I C 245/12

Nowy Sącz, dnia 25 września 2014r.

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu Wydział I Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Paweł Poręba

Protokolant: Katarzyna Gołyźniak

po rozpoznaniu w dniu 18 września 2014r. w Nowym Sączu na rozprawie

sprawy z powództwa (...) H. D., (...) Spółka jawna z/s
w K.

przeciwko (...) Orawski P. Etnograficzny w Z.

o zapłatę

I. oddała powództwo;

II. zasądza od strony powodowej (...) H. D., (...) Spółka jawna z/s w K. na rzecz strony pozwanej (...) Orawski P. Etnograficzny w Z. kwotę 3.617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;

III. nakazuje ściągnąć od strony powodowej (...) H. D., (...) Spółka jawna z/s w K. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Nowym Sączu kwotę 966,11zł (dziewięćset sześćdziesiąt sześć złotych jedenaście groszy) tytułem zwrotu wydatków tymczasowo wypłaconych ze środków Skarbu Państwa;

IV. w pozostałym zakresie nieuiszczonymi kosztami sądowymi obciąża Skarb Państwa.

sygn. akt I C 245/12

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu

z dnia 25 września 2014 roku

Strona powodowa (...) H. D., (...) Sp. jawna w K. wystąpiła z powództwem skierowanym przeciwko (...) Orawski P. Etnograficzny w Z. domagając się zapłaty kwoty 159 649,10zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu (data nadania 22 lutego 2012 roku) tytułem kary umownej wynikłej ze złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz o zasądzenie kosztów postępowania (k.1).

Argumentując zasadność zgłoszonego powództwa strona powodowa wskazała, że w dniu 16 marca 2011 roku jako wykonawca zawarła ze stroną pozwaną jako zamawiającą umowę nr (...), której przedmiotem była odbudowa kompleksu rekreacyjno-wypoczynkowego na terenie O. P. Etnograficznego w Z..

Dopiero po wykonaniu części prac strona powodowa zauważyła, że projekt ma wady, co zgłosiła pracowni architektonicznej, pomimo tego nie opracowano koniecznych poprawek projektu, co uniemożliwiło wykonanie dalszych robót. Dodatkowo prace na budowie spowolniły złe warunki atmosferyczne w czerwcu i lipcu 2011 roku.

Z uwagi na brak uzupełnienia projektu, co skutkowało opóźnieniem i wstrzymaniem realizacji inwestycji, strona powodowa w sierpniu 2011 roku wezwała stronę pozwaną do uzupełnienia projektu. Wobec bezskuteczności wezwania strona powodowa złożyła w piśmie z dnia 29 sierpnia 2011 roku oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Na podstawie postanowień umowy w związku z odstąpieniem z winy zamawiającego przysługuje roszczenie o wypłatę kary umownej w wysokości 10 % brutto wynagrodzenia przewidzianego w umowie. Strona powodowa jako wykonawca zobligowana była na mocy przepisów prawa do zgłoszenia pozwanemu braków występujących w dokumentacji projektowej, czemu uczyniła zadość. Uprawniona była do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego, albowiem braki w projekcie jak i późniejsza odmowa pozwanego ich uzupełnienia uniemożliwiły kontynuowanie prac i realizację inwestycji. Za przygotowanie projektu odpowiedzialny był pozwany. Stanowisko pozwanego, iż strona powodowa powinna skontrolować projekt i zgłosić ewentualne braki na etapie kompletowania dokumentacji nie jest zasadne. Istotne braki projektu ujawniły się wraz z postępem prowadzonych prac i ich zaawansowaniem, a więc nastąpiło to w ścisłym związku z przechodzeniem przez wykonawcę do kolejnych etapów robót (k.90, k. 98).

Strona pozwana (...)O. P. Etnograficzny w Z. wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie na jej kosztów postępowania (k.76).

Strona pozwana zaprzeczyła, by projekt dostarczony przez nią wykonawcy miał wady i by była ona zobowiązana do dostarczania dalszych dokumentów. Projekt został wykonany w sposób kompletny. Co do zarzutu dotyczącego braku określenia w projekcie sposobu mocowania i napinania przekrycia membrany przykrywającej amfiteatr i wykonania fundamentów do kotew lin, które miały utrzymywać membranę projektant kilkakrotnie wyjaśniał, że na etapie projektowania nie było możliwe określenie kwestionowanych parametrów, ponieważ do tego konieczna była znajomość parametrów membrany, zatem i jej producenta, a wskazanie tych elementów przez projektanta byłoby równoznaczne ze złamaniem ustawy o zamówieniach publicznych, ponieważ nazwa producenta znalazłaby się w SIWZ nie dając możliwości wyboru producenta.

Zdaniem strony pozwanej obowiązkiem wykonawcy, czyli strony powodowej było wskazanie producenta membrany jaką zastosuje.

W opisie technicznym projektu wykonawczego zawarty był zapis, wedle którego w momencie wyboru dostawcy zadaszania, po podaniu przez niego sił naciągowych brezentu, należało skontaktować się z autorem projektu w celu ponownego przeanalizowania sił w konstrukcji stalowej i ewentualnego skorygowania konstrukcji. Przed realizacją fundamentów wykonawca miał obowiązek wykonać badania geologiczne i przedstawić wyniki autorowi projektu. Przed wykonaniem konstrukcji stalowej zadaszania wykonawca miał wybrać wykonawcę przekrycia zadaszania i przekazać autorowi projektu siły naciągu, które musiały być zweryfikowane z siłami przyjętymi wstępnie do obliczeń.

Strona pozwana zarzuciła, iż badania geologiczne zostały wykonane dopiero w sierpniu 2011 roku.

Dane dotyczące producenta membrany zostały przedstawione dopiero we wrześniu 2011 roku, pomimo iż już w połowie sierpnia projektant przekazał wykonawcy dane trzech producentów.

Z powyższego wynika, że zarzuty dotyczące braku współpracy ze strony zamawiającego są bezzasadne, a prace były znacznie opóźnione. Nie widząc szans na wykonanie prac w terminie, wykonawca wniósł o przedłużenie, a następnie złożył oświadczenie o odstąpieniu, które strona pozwana uznała za nieskuteczne, ponieważ nie miała wpływu na 3 i pół miesięczne opóźnienie w rozpoczęciu prac.

Zarzuty o niekompletności dokumentacji zostały uznane za tym bardziej niezasadne, że na etapie zapoznawania się z SIWZ strona powodowa nie skierowała do strony pozwanej żadnego zapytania, nie wносиła zastrzeżeń, natomiast w przetargu ogłoszonym w 2012 roku na dokończenie robót przy amfiteatrze złożyła ofertę, mimo że dokumentacja nie została zmieniona ani uzupełniona.

Na wypadek uznania powództwa za uzasadnione strona pozwana wniosła o miarkowanie kary umownej z uwagi na dokonaną już stronie powodowej wypłatę wynagrodzenia za część wykonanych prac w wysokości 669 679,95 zł, odpowiadającą około 42% przewidzianego w umowie wynagrodzenia oraz zleconych prac (k.152).

Strona pozwana wniosła o przypozwanie do sprawy w charakterze strony pozwanej (...) w K., ponieważ na wypadek uwzględnienia powództwa stronie pozwanej przysługiwać będzie roszczenie regresowe przeciwko projektantowi (k.94). Projektanci nie złożyli oświadczenia o przystąpieniu do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego.

Przed Sądem strony nie zawarły ugody.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Strona powodowa (...) H. D., G. D. sp.j. w R. prowadziła działalność gospodarczą w dziedzinie budownictwa od 2008 roku. Wspólniczki, tj. H. D. i G. D. nie posiadają wykształcenia budowlanego. W latach 90-tych działalność o tym profilu prowadzili ich mężowie.

Dowód: (zeznania przedstawiciela strony powodowej H. D. od 00:04:24 k.339/2, zeznania przedstawiciela strony powodowej G. D. od 00:45:14 k.340; odpis z KRS (...), k. 9-12).

Strona pozwana (...) O.i P. Etnograficzny w Z. zorganizowała przetarg nieograniczony na wykonanie przedmiotu zamówienia pn.: Rozwój O. P. Etnograficznego w Z. – Część II – O. Kompleksu rekreacyjno-wypoczynkowego.

Projekt obejmował budowę amfiteatru, placu zabaw dla dzieci, budynku toalet, instalacji elektrycznych i odgromowych, wodno-kanalizacyjnych.

Według projektu z sierpnia/października 2008 roku przekrycie sceny miało zostać wykonane jako membrana materiałowa zbrojona mocowana do obręczy ze stali ocynkowanej za pomocą systemowych rozwiązań producenta membrany (s.11. dokumentacji projektowej).

Według opisu technicznego projekt zakładał konstrukcję przestrzenną składającą się ze stalowych, rurowych słupów z odciągami linowymi. Na konstrukcji tej miało być zawieszony brezentu.

Po dokonaniu wyboru dostawcy zadania przez wykonawcę inwestycji i po podaniu przez dostawcę zadania sił naciągowych brezentu, wykonawca miał obowiązek skontaktować się z projektantem w celu ponownego przeanalizowania sił w konstrukcji stalowej i ewentualnego skorygowania konstrukcji.

Przed opracowaniem projektu wykonawczego należało wykonać badania geologiczne.

Po otrzymaniu sił naciągowych zadania – brezentu należało sprawdzić konstrukcję stalową i opracować projekt wykonawczy.

Dowód: (projekt amfiteatru (opis techniczny do projektu nr 539) mgr inż. J. K., mgr inż. U. P., k.157-158).

Projekt został opracowany zgodnie z wymogami określonymi w przepisach ustawy prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 03 lipca 2003 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego.

Zawarte na końcu opisu technicznego projektu konstrukcji uwagi w zakresie zalecenia wykonania dodatkowego badania geologicznego gruntu oraz sprawdzenia zaprojektowanej konstrukcji stalowej po otrzymaniu sił naciągowych zadania, nie stanowią wady projektu.

Przyjęte w projekcie wartości sił naciągowych były wartościami zbliżonymi, nie odnoszącymi się do konkretnego rozwiązania.

By zachować zgodność z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych projekt nie mógł zawierać wskazania producenta zadania.

Ponieważ szczegółowego ustalenia wartości sił naciagowych, sposób montażu zadaszona oraz szczegóły montażu dokonuje producent, zalecenie zamieszczone w projekcie dotyczące skontaktowania się z projektantem było zasadne.

Dowód: (opinia mgr inż. arch. J. P., k.189-200).

Projekt został zatwierdzony i uzyskane zostało pozwolenie na budowę udzielone decyzją Starosty (...) nr (...) z dnia 18 grudnia 2008 roku.

Dowód: (decyzja nr (...) z dnia 18 grudnia 2008 roku znak BA- (...) -J/08, k.201, k. 256).

Strona powodowa (...) H. D., G. D. sp.j. w R. przystąpiła do przetargu.

Składając ofertę strona powodowa nie zgłaszała żadnych zastrzeżeń do zamówienia.

Dowód: (formularz oferty z dnia 23 lutego 2011 roku, k.202).

W dniu 16 marca 2011 roku strona powodowa jako wykonawca, którego oferta została wyłoniona w drodze przetargu, oraz strona pozwana jako zamawiający, zawarli umowę nr (...) nr spraw (...) / (...) 2111/01/11-2, której przedmiotem było wykonanie przez stronę powodową zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami, zasadami wiedzy technicznej oraz dokumentacją projektową stanowiącą załącznik nr 1 do umowy przedmiotu zamówienia p.n.: Rozwój O. P. Etnograficznego w Z. – Część II - Odbudowa kompleksu rekreacyjno – wypoczynkowego.

Zakres prac obejmował: budowę amfiteatru, budowę placu zabaw dla dzieci, budowę budynku toalet, instalacje elektryczne wewnętrzne i zewnętrzne oraz instalacje odgromowe, instalacje wewnętrzne i zewnętrzne WOD-KAN (§1).

Termin wykonania umowy został określony w okresie od 21 marca do 15 września 2011r. (§2).

Do obowiązków wykonawcy należało m.in. zapewnienie kompletnej obsługi geotechnicznej (§3 ust.2 pkt 12).

Zgodnie z umową wynagrodzenie zostało ustalone na kwotę 1 596 491,90 zł (§4 ust.1).

Zamawiający powołał inspektora nadzoru, a wykonawca kierownika budowy (§9 pkt 1 i 3).

Strony ustanowiły odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w formie kar umownych.

Zamawiający miał zapłacić Wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 10 % wartości umowy brutto. Kara umowna powinna być zapłacona przez Stronę, która naruszyła postanowienia umowne w terminie 14 dni od daty wystąpienia przez Stronę z żądaniem zapłaty (§10 pkt 2, 3).

Na wniosek Wykonawcy, w trakcie prowadzenia inwestycji, mogły być dokonywane zmiany technologii wykonania elementów robót. Wprowadzenie zmian było dopuszczalne tylko o ile proponowane przez wykonawcę zmiany oferują rozwiązanie równorzędne lub lepsze funkcjonalnie od tego jakie przewiduje dokumentacja projektowa, a jednocześnie nie spowoduje to zwiększenia kosztów inwestycji. Wykonawca, który powołał się na rozwiązania równoważne z opisywanym przez Zamawiającego zobowiązany był wykazać, że oferowane przez niego towary, usługi lub roboty budowlane spełniają parametry, normy techniczne określone przez Zamawiającego (§11).

Załączniki do umowy stanowiły: dokumentacja projektowa, harmonogram rzeczowo-finansowy oraz oferta wykonawcy.

Dowód: (umowa z dnia 16 marca 2011 roku, k.31-36; harmonogram rzeczowo finansowy – załącznik nr 2 do umowy, k.37).

W dniu 28 marca 2011 roku strony zawarły aneks nr 1 do umowy, w którym wykonawca ustanowił kierownikiem budowy S. L..

Na podstawie aneksu nr 2 z dnia 12 maja 2011 roku należność z tytułu wynagrodzenia miała być przekazana na wskazany rachunek bankowy.

W aneksie nr 3 z dnia 25 maja 2011 roku ujawniono zmianę siedziby wykonawcy z R. na K..

Dowód: (aneks nr 1 do umowy, k.38; aneks nr 2 do umowy z dnia 12 maja 2011 roku, k.39; aneks nr 3 z dnia 25 maja 2011 roku, k.40).

Dopiero w dniu 01 czerwca 2011 roku podjęto pierwsze prace związane z budową amfiteatru.

W dniu 01 czerwca 2011 roku rozpoczęto wykopy pod amfiteatr wg wytyczenia geodezyjnego.

W dniu 02 czerwca 2011 roku usunięto elementy istniejącej sceny i widowni, usunięto elementy poza teren budowy.

W dniu 06 lipca 2011 roku przerwano roboty z powodu ciągłych opadów deszczu.

Dowód: (dziennik budowy, k.84).

W dniu 24 czerwca 2011 roku zgłoszono do odbioru częściowego prace wykonane w zakresie: budowy placu zabaw dla dzieci wraz z infrastrukturą, budowy sanitariatów, instalacji elektrycznych do sanitariatów, instalacji wod-kan. do sanitariatów zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym do umowy z dnia 16 marca 2011 roku.

Odbiór tej części prac zaplanowano na dzień 30 czerwca 2011 roku.

Za wykonane prace strona powodowa wystawiła fakturę VAT nr (...) z dnia 07 lipca 2011 roku na kwotę 669 679,95 zł brutto.

Należność ta została w całości wypłacona przelewem z dnia 15 lipca 2011 roku.

Dowód: (pismo z dnia 24 czerwca 2011 roku, k.28; pismo z dnia 27 czerwca 2011 roku, k.29; faktura VAT z dnia 01 lipca 2011 roku nr (...), k.30; dowód przelewu z dnia 15 lipca 2011 roku k.165).

Prace przy budowie amfiteatru posuwały się wolno. Na placu budowy była mała liczba pracowników, na co zwracała uwagę firma sprawująca nadzór. Warunki pogodowe nie uniemożliwiały wykonywania prac.

W toku prac do końca lipca 2011 roku strona powodowa nie zgłaszała problemów związanych z konstrukcją zadaszania.

Dowód: (zeznania świadka L. K. od 00:40:31 k.173; zeznania świadka J. K. od 00:59:11 k.173).

W dniu 20 lipca 2011 roku w dzienniku budowy stwierdzono brak możliwości kontynuowania robót.

W dniu 21 lipca 2011 roku przystąpiono do wykonywania robót – wykonano wykop pod fundamenty.

W dniu 25 lipca 2011 roku kierownik budowy uznał, że ze względu na istotne braki w projekcie konstrukcyjnym nie ma możliwości wykonywania robót, ponieważ brak wskazania sposobu kotwienia lin, sposobu montażu pokrycia dachowego. Wskazał na konieczność podjęcia działań przez inwestora.

Pismem z dnia 28 lipca 2011 roku wykonawca zwrócił się do inwestora o wydłużenie terminu zakończenia prac do dnia 28 października 2011 roku powołując się na niekorzystne warunki atmosferyczne w czerwcu i lipcu oraz złe prognozy na dalsze tygodnie sierpnia 2011 roku.

W piśmie z dnia 11 sierpnia 2011 roku wystosowanym do Dyrektora (...) strona powodowa monitowała bardzo istotne braki w dokumentacji, które opóźniają i wstrzymują realizację inwestycji. W ocenie strony powodowej projekt był niedokończony, ponieważ w dokumentacji brak było rozwiązania montażu lin do projektowanych fundamentów, brak było rysunków szczegółowych kotwienia, brak było informacji na temat sposobu mocowania lin do konstrukcji stalowych oraz obręczy podtrzymującej membranę.

Strona powodowa wносиła o podjęcie pilnych działań celem uzupełnienia projektu pozwalających na kontynuację robót przy konstrukcjach żelbetonowych oraz wykonanie konstrukcji stalowej.

W związku z monitami strony powodowej o brakach dokumentacji projektowej, na dzień 18 sierpnia 2011 roku zostało wyznaczone spotkanie w (...) z projektantami. Podczas spotkania ustalono konieczność wykonania badań geotechnicznych posadowienia obiektu, uzgodnienie z producentem przykrycia sposobu montażu i demontażu, opracowanie wstępnej alternatywny pokrycia stałego w terminie 7 dni. Do czasu wykonanych powyższych zaleceń ustalono wstrzymanie robót budowlanych w części dotyczącej zadania amfiteatru i związanych z nim fundamentów.

W dniu 26 sierpnia 2011 roku wykonano dalsze drobne prace przy fundamentach i kierownik budowy stwierdził brak możliwości kontynuowania prac z uwagi na niedostarczenie projektu konstrukcyjnego przez inwestora.

W dniu 29 sierpnia 2011 roku wykonano obsypki fundamentów, inspektor nadzoru odnotował, że wykonawca nie dostarczył sposobu wykonania membrany i jej naciągu, co uniemożliwia potwierdzenie prawidłowości przyjętych rozwiązań konstrukcyjnych fundamentów.

Dowód: (pismo z dnia 16 sierpnia 2011 roku, k.22; kopia notatki służbowej z dnia 18 sierpnia 2011 roku, k.23; pismo z dnia 11 sierpnia 2011 roku, k.27; dziennik budowy, k.85-86; pismo z dnia 28 lipca 2011 roku, k.87; częściowo zeznania świadka S. L. od 00:16:19 k.173; zeznania świadka L. K. od 00:40:31 k.173).

W sierpniu 2011 roku wykonano wykopy pod kotwy i wykonano ekspertyzę geologiczną miejscową.

Dowód: (ekspertyza geotechniczna mgr inż. S. A., k.159-164; zeznania świadka J. K. od 00:59:11 k.173).

Dopiero w połowie sierpnia 2011 roku strona powodowa zwróciła się do biura projektowego o polecenie firmy wykonującej przekrycie membranowe.

Biuro przekazało informację o 3 dostawcach membran, z deklaracją, że po wyborze niezwłocznie dostosuje się do wytycznych producenta.

Do pierwszego spotkania projektanta konstrukcji z wykonawcą membrany doszło 01 września 2011 roku – w pierwszym terminie zaproponowanym przez wykonawcę. Dane od dostawcy zostały dostarczone w dniu 07 września 2011 roku, a w dniu 08 września 2011 roku projektanci potwierdzili, że zaprojektowane fundamenty są prawidłowe i mogą być realizowane zgodnie z pierwotnym projektem.

Dowód: (pismo (...) z dnia 21 maja 2012 roku, k.80-83, zeznania świadka J. K. od 00:59:11, k.173).

Pomimo prowadzonych rozmów w oświadczeniu z dnia 29 sierpnia 2011 roku strona powodowa odstąpiła od umowy nr (...) z winy zamawiającego jako przyczynę podając brak dokumentacji projektowej i obliczeń dotyczących wykonania konstrukcji nośnej sceny amfiteatru, co uniemożliwiło prowadzenie robót, ponadto zamawiający odmówił przedłużenia terminu wykonania zadania - pomimo braków dokumentacji projektowej oraz niesprzyjających warunków pogodowych. Zachowanie zamawiającego zostało zakwalifikowane jako brak współdziałania niezbędnego dla prowadzenia prac i ich terminowego zakończenia.

Dowód: (oświadczenie z dnia 29 sierpnia 2011 roku, k.19).

Pomimo odstąpienia od umowy w dniu 31 sierpnia 2011 roku strona powodowa wysłała pismo do Dyrektora (...), w którym zadeklarowała dokończenie prac pod warunkiem usunięcia braków dokumentacji tam wymienionych. Nadal prowadziła rozmowy ze stroną pozwaną zmierzające od podjęcia i zakończenia prac, które były przedmiotem umowy.

W piśmie z dnia 15 września 2011 roku (...) wezwało stronę powodową do niezwłocznego podjęcia prac.

Strona pozwana wyjaśniała, że projekt prac stanowił załącznik do materiałów przetargowych, do których wykonawcy nie zgłaszali zastrzeżeń. Z uwagi na uwarunkowania pogodowe nie wyrażono zgody na przedłużenie prac po 15 października 2011 roku. Strona pozwana wskazywała, że niewykonanie zadania groziło (...) utratą funduszy unijnych.

Ponieważ pomimo wezwania z dnia 15 września 2011 roku strona powodowa (...) H. D., (...) sp. jawna w K. nie przystąpiła do prac, w piśmie z dnia 29 września 2011 roku strona pozwana złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy i zapowiedziało dochodzenie kar umownych.

Ustosunkowując się do pisma strony pozwanej z dnia 29 września 2011 roku strona powodowa uznała odstąpienie dokonane przez inwestora za nieskuteczne wobec uprzedniego złożenia skutecznego oświadczenia w tym przedmiocie przez wykonawcę.

Dowód: (pismo z dnia 12 września 2011 roku, k.16; pismo z dnia 15 września 2011 roku, k.17; pismo z dnia 31 sierpnia 2011 roku, k.20; pismo z dnia 29 września 2011 roku, k.18).

W piśmie z dnia 30 września 2011 roku strona powodowa wezwała stronę pozwaną do zapłaty kary umownej w kwocie **159 649,19** zł stanowiącej 10 % wartości umowy brutto zgodnie z § 10 umowy.

Ponowne wezwanie zostało wystosowane w dniu 07 grudnia 2011 roku.

Dowód: (wezwanie do zapłaty z dnia 30 września 2011 roku, k.13, pismo z dnia 07 grudnia 2011 roku, k.24; umowa z dnia 16 marca 2011 roku, k.31-36).

W piśmie z dnia 22 grudnia 2011 roku strona pozwana odmówiła wypłaty kary umownej negując, by istniały przesłanki do odstąpienia od umowy z winy zamawiającego i odmówiła wypłaty wynagrodzenia za pozostałe prace, wnosząc o przesłanie protokołu z inwentaryzacji wykonanych robót.

Dowód: (pismo z dnia 22 grudnia 2011 roku, k.26).

Prace nad budową amfiteatru zostały dokończone przez innego wykonawcę - Przedsiębiorstwo (...) w K., także wyłonionego w drodze przetargu, na podstawie umowy z dnia 25 stycznia 2012 roku, w którym wzięła udział także strona powodowa, pomimo iż dokumentacja projektowa nie została zmieniona.

Strony nowej umowy przewidziały na budowę amfiteatru oraz instalacje odgromowe i elektryczne czas realizacji od 05 marca do 02 lipca 2012 roku.

Rozwiązanie projektowe z 2008 roku zakładało realizację zadania z brezentu rozciągniętego na obręczy z rur stalowych, podwieszanej za pomocą lin do konstrukcji przestrzennej składającej się ze stalowych, rurowych słupów z odciągami linowymi utwierdzonych w fundamentach.

W trakcie wykonywanych robót związanych z realizacją amfiteatru przez nowego wykonawcę odstąpiono od zatwierdzonego projektu budowlanego poprzez zmianę konstrukcji zadania sceny. Zmieniony został sposób zadania, mocowania, kotwienia słupów konstrukcji stalowej. Konstrukcja zadania została wykonana według projektu mgr inż. A. K.. Wykonano zadanie z membrany ze specjalnej tkaniny wielowarstwowej przymocowanej do konstrukcji stalowej za pomocą lin krawędziowych. Konstrukcję przestrzenną stanowią słupy rurowe mocowane przegubowo do blach stopowych i stabilizowane odciągami linowymi oraz indywidualnie zaprojektowana kratownica, usztywniająca konstrukcję od strony widowni.

Zmiana nie spowodowała istotnych odstępstw w wyglądzie przekrycia sceny, ale spowodowała konieczność całkowitej zmiany rozwiązania konstrukcyjnego (zmiana obrysu zewnętrznego zadaszania, sposobu mocowania do przestrzennej konstrukcji stalowej, zmiana układu słupów konstrukcji stalowej przestrzennej, zmiana sposobu mocowania słupów do fundamentów).

Była to zmiana zakwalifikowana jako nieistotna, dlatego nie wymagała pozwolenia budowlanego.

Dowód: (opinia biegłego mgr inż. arch. J. P., k.200; dokumentacja zdjęciowa, k.203-205; projekt powykonawczy dr inż. A. K., k.261; opinia uzupełniająca biegłego mgr inż. arch. J. P., k.279-282; umowa nr (...) z dnia 25 stycznia 2012 roku, k.294-296; formularz oferty z dnia 02 stycznia 2012 roku i kosztorys, k.297-303).

Decyzją z dnia 18 października 2012 roku Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w N. obiekt uzyskał pozwolenie na użytkowanie.

Dowód: (decyzja (...) w N. z dnia 18 października 2012 roku, znak (...) (...) - (...), k.258).

W Sądzie Rejonowym w N. Wydział V Gospodarczy toczy się sprawa pod sygn. V GC 183/14 z powództwa strony powodowej o zapłatę pozostałej należności za wykonane prace przy budowie amfiteatru. Wartość przedmiotu sporu wynosi około 50 000 zł. Strona pozwana złożyła powództwo wzajemne o odszkodowanie w kwocie 59.000 zł. Kwota zawarta w pozwie wzajemnym stanowi różnicę pomiędzy kwotą wynikającą z oferty strony pozwanej a kwotą jaką faktycznie strona pozwana poniosła w związku z potrzebą wyłonienia kolejnego wykonawcy, który dokończył inwestycję.

(bezsporne)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dołączonych do akt dokumentów, których wiarygodność i autentyczność nie zostały przez strony podważone, nie wzbudziły także zastrzeżeń Sądu, opinii biegłego, zeznań świadków oraz dowodu z zeznań stron ograniczonego do słuchania przedstawicieli strony powodowej.

Opinia biegłego mgr inż. arch. J. P. (k.189, k. 232 -opinia uzupełniająca, od 00:03:43 k.250 ustna opinia uzupełniająca) na okoliczność tego, czy projekt stanowiący element umowy pomiędzy stronami miał wady, czy miały one istotny charakter i wpływały na wykonanie w terminie prac, czy aktualny wygląd amfiteatru odbiega od pierwotnych założeń – jest kompletna i fachowa.

Biegły dokonując oceny prawidłowości projektu nie mógł abstrahować od wymogów prawnych dotyczących takiego opracowania, stąd zarzuty dotyczące ograniczenia się do interpretacji prawa przez biegłego są nieuzasadnione (zarzuty strony powodowej do opinii k.217, 242).

Strona powodowa zarzuciła też, że biegły lakonicznie stwierdził tylko odstępstwo ostatecznego wykonania zadaszania amfiteatru od pierwotnych założeń, nie opisując skali i znaczenia tych zmian.

Słusznie biegły wyjaśnił, że nie było jego zadaniem analizowanie odstępstw, lecz ich stwierdzenie.

Nadto, nasuwa się wniosek, że o ile strona powodowa w terminie odpowiednim pozyskałaby producenta membrany i podjęła konsultacje z projektantem, niewykluczone, że takie zmiany zostałyby pod jej wykonawstwo wprowadzone do projektu.

Z ustaleń faktycznych poczynionych w sprawie przez Sąd tymczasem wynika, że strona powodowa zaniechała wyłonienia producenta w odpowiednim terminie i nie miała szans na zakończenie projektu w zakreślonym umową terminie.

Nie zostało wykazane, by opóźnienie było wynikiem braku współdziałania ze strony inwestora.

Ocena zatem charakteru odstępstw pokrycia dachu amfiteatru od pierwotnych założeń nie ma dla sprawy istotnego znaczenia, ponieważ były one wynikiem ustaleń z innym wykonawcą.

Bazując na wiedzy specjalnej oraz doświadczeniu w projektowaniu biegły skonstatował, że rozwiązania dotyczące wyboru producenta określonego elementu konstrukcji występują w praktyce, w przypadkach związanych z umowami realizowanymi w ramach zamówień publicznych wprowadzanie założeń ogólnych uszczegóławianych w toku prac jest niezbędne, ponieważ w takim projekcie i umowie nie może zostać wskazany konkretny producent.

Biegły nie stwierdził wad w projekcie, co Sąd podziela.

Stwierdził odstępstwa w ostatecznie wykonanym budynku amfiteatru, lecz jak zaznaczył miały one charakter nieistotny, co potwierdza brak konieczności uzyskiwania nowego pozwolenia na budowę i pozwolenie na użytkowanie nowego budynku.

Zauważyć należy po raz kolejny, że skoro przygotowując ofertę strona powodowa jako profesjonalny przedsiębiorca nie skierowała żadnych zapytań do ogłoszenia przetargu, oznaczało to, że akceptowała wszelkie wymogi, nie miała wątpliwości co do własnych obowiązków, w tym tych dotyczących wykonania dodatkowych badań geologicznych oraz wyłonienia producenta membrany i zgłoszenia tych okoliczności projektantowi celem dokonania ewentualnych weryfikacji projektu.

W opinii uzupełniającej rozszerzającej tezę dowodową na analizę odstępstw wykonanego obiektu od pierwotnego zadaszenia (k.279) biegły wskazał na powstałe różnice, podał też czas przewidziany na wykonanie (marzec – lipiec 2012 roku) – około 4 miesięcy. Powyższe wykazuje, że strona powodowa z powodu opóźnienia w rozpoczęciu prac nie byłaby w stanie wykonać w terminie inwestycji (w ciągu niepełnego miesiąca), natomiast gdyby do poszukiwania producenta membrany przystąpiła niezwłocznie, niewykluczone, że oddałaby dzieło w stanie obecnym w określonym terminie. Nie jest jednak uprawniona do przerzucania swojej opieszałości na inwestora, który klarownie wyznaczył zadania wykonawcy.

Ustosunkowując się do zarzutów strony pozwanej (k.310) biegły zaznaczył, że jego zadaniem było określenie czasu, jaki strona pozwana przewidziała z nowym wykonawcą na dokończenie inwestycji i w tym zakresie dokonał szacunku odwołując się do terminu określonego umową. Wyjaśnił, że bezpodstawne jest twierdzenie strony pozwanej, że na prace związane z przeprojektowaniem zadaszenia przewidziana była 1/5 część okresu realizacji inwestycji, ponieważ nie wynika to z żadnego dokumentu.

Świadek S. L. (od 00:16:19 k.173) był kierownikiem budowy wyznaczonym przez stronę powodową.

Sąd uznał za wiarygodne jego twierdzenia w części pokrywającej się z zapisami w dzienniku budowy oraz dołączonymi do akt dokumentami, tj. okoliczności dotyczące wykonywania od kwietnia 2011 roku do czerwca 2011 roku prac związanych z budową placu zabaw i sanitariatów oraz wykonanie prac rozbiórkowych i fundamentów pod nowy amfiteatr. Okoliczności te były niesporne pomiędzy stronami, ponieważ za prace polegające na budowie placu zabaw z sanitariatami strona powodowa otrzymała zapłatę.

Prace dotyczące demontażu starego budynku amfiteatru i przygotowania fundamentów pod nowy zostały potwierdzone wpisami w dzienniku budowy, które nie były kwestionowane.

Nie mogą natomiast zostać uznane za wiarygodne te twierdzenia, w których świadek podaje, że dopiero w czerwcu 2011 roku, a zatem po około 3 miesiącach od terminu rozpoczęcia robót wykonawca zorientował się, że dokumentacja projektowa jest niekompletna, że brak jest badań geotechnicznych oraz że nie zostało wskazane jak mają być wykonane fundamenty pod zadaszenie amfiteatru.

Strona powodowa jest profesjonalnym przedsiębiorcą w branży budowlanej i startując do przetargu musiała zapoznać się z projektem i jego wymogami.

W opisie technicznym projektu było jasno wskazane, iż przed przystąpieniem do wykonania zadania amfiteatru konieczne było wykonanie badań geotechnicznych oraz wybór producenta membrany, a także konsultacja z projektantem.

Pomimo iż umowa była podpisana w marcu 2011 roku, prace rozpoczęto faktycznie w kwietniu 2011 roku, a dopiero w lipcu 2011 roku rozpoczęto poszukiwania producenta membrany i w sierpniu 2011 roku wykonano badania geologiczne.

Świadek S. L. działał z ramienia strony powodowej, co tłumaczy jego zeznania dążące do ukazania prawidłowego zachowania po stronie wykonawcy, choć obiektywnie, ocena ta rysuje się nieco inaczej. Nie zostało wykazane, by inwestor lub projektant odmawiali współpracy, ponieważ niezwłocznie po pierwszym wezwaniu zostało zorganizowane spotkanie w dniu 18 sierpnia 2011 roku.

Świadek L. K. (od 00:40:31 k.173) był inspektorem nadzoru ze strony inwestora oraz wykonawcą robót związanych z instalacją elektryczną.

Zdaniem świadka prace posuwały się wolno, było zbyt mało robotników na budowie, co było przyczyną opóźnienia. Świadek działał z ramienia inwestora – strony pozwanej w niniejszej sprawie i ukazuje mankamenty działalności strony powodowej.

Niemniej jednak z jego zeznań oraz pism dołączonych do akt wynika, że do lipca 2011 roku prace mogły rzeczywiście być wykonywane równolegle i przy placu zabaw i przy amfiteatrze, ponieważ pogoda wówczas nie stanowiła przeszkody. Także po tym okresie pogoda stwarzała możliwości prowadzenia robót, pomimo błota.

Świadek J. K. (od 00:59:11 k.173) architekt, która opracowała projekt amfiteatru wraz z U. P. – konstruktorką zadania potwierdziła zapisy w dokumentacji technicznej, tj. iż zadanie amfiteatru nie było elementem opracowanym w projekcie, lecz zależało od wyboru producenta, którego miał dostarczyć wykonawca. Wykonawca zbyt późno, bowiem dopiero w sierpniu 2011 roku, zlecił prace geologiczne i poszukiwał producenta membrany. Okoliczności te nie zostały zaprzeczone – badanie geologiczne dołączone do akt pochodzi z sierpnia 2011 roku, informacje o producencie membrany pojawiają się od sierpnia 2011 roku. Wykonawca powinien był tymczasem uwzględnić te dodatkowe zadania, czyli badania geologiczne, wyłonienie producenta oraz konsultacje z projektantem przy planowaniu harmonogramu robót, a wykonał te zasadnicze czynności dopiero na miesiąc przed zakończeniem terminu robót.

Sąd nie oparł się na przedłożonych przez strony opiniach prywatnych, bowiem zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem nie mogą być one traktowane na równi z opiniami biegłych, lecz jedynie jako dokument prywatny (art.245 k.p.c.) i fachowe poparcie argumentacji przytoczonej przez stronę.

Prywatne ekspertyzy sporządzone na zlecenie stron przed wszczęciem procesu, czy też w jego toku są tylko wyjaśnieniem, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, ich stanowiska (tak: wyrok SN z dnia 02 lutego 2011 roku I CSK 323/10, publ. LEX nr 738542, wyrok SA w Krakowie z dnia 04 września 2012 roku I ACa 676/12).

Powyższe Sąd odnosi do następujących dokumentów przedłożonych przez strony do akt: opinia prawna r.pr. K. S. z dnia 03 sierpnia 2011 roku w przedmiocie możliwości zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego w braku stosownych klauzul w SIWZ i umowie w razie wystąpienia przesłanki siły wyższej (niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających realizację robót budowlanych) – k.41; opinia mgr inż. bud. B. Ł. dotycząca możliwości realizacji projektu budowlanego pn.: Budowa amfiteatru na terenie O. P. Etnograficznego” – k.44.

Sąd postanowił oddalić wniosek strony powodowej o przesłuchanie w charakterze świadka K. S. zgłoszony na okoliczność terminu zgłaszania wad projektu. Pełnomocnik strony powodowej złożył z tego powodu zastrzeżenie w trybie art. 162 k.p.c., podnosząc naruszenie art. 227 k.p.c. Sąd ocenił, że dowód ten jest nieprzydatny i zmierza do przewlekłości postępowania, ponieważ do akt dołączona została korespondencja pomiędzy stronami, z której wynika

kiedy, na jaką okoliczność były zgłaszane przez stronę powodową zastrzeżenia dotyczące projektu i jego wykonania. Do akt nie zostały dołączone żadne dokumenty, z których wynikałyby jakiegokolwiek zastrzeżenia przed lipcem 2011 roku.

Sąd postanowił oddalić (k. 250/2 od 00:33:30) wniosek strony powodowej o przesłuchanie byłej dyrektor strony pozwanej E. R. (k. 250/2 od 00:27:25) powołany na okoliczność woli współpracy ze strony powodowej, wykazania, że czas potrzebny do przeprojektowania obiektu wykraczałby poza czas realizacji inwestycji oraz na okoliczność wykorzystania koncepcji strony powodowej przy ostatecznym wykończeniu budynku.

Sąd ocenił wniosek ten jako spóźniony, bowiem powołany on został dopiero w lutym 2014 roku, czyli po 2 latach od wszczęcia procesu.

Po raz kolejny Sąd zauważa, że na okoliczność konsultacji pomiędzy stronami została przedłożona do akt korespondencja. Strona powodowa nie wykazała, by wyłoniła producenta membrany, nie podała jego danych, w związku z czym dowodzenie, że byłaby w stanie wykonać prace w terminie w sytuacji, gdy w sierpniu 2011 roku nie było gotowego projektu zadaszania, jest bezcelowe. Niewykluczone, że gdyby w odpowiednio wcześniejszym terminie producent został wyznaczony i doszłoby do konsultacji z projektantem, to strona powodowa mogłaby dokończyć prace. Strona powodowa nie wykazała jednak, by opóźnienie nie było wynikiem jej zaniechań.

Sąd uwzględnił wniosek strony powodowej o przesłuchanie dr inż. A. K. (k. 330/2 od 00:08:56) na okoliczność wyjaśnienia z jakich przyczyn został zmieniony sposób wykonania zadaszania nad amfiteatrem, czy wykonanie zadaszania w sposób pierwotny było możliwe według danych zawartych w projekcie i w czasie na to przeznaczonym, a nadto na okoliczność czy były prowadzone ze stroną powodową rozmowy w zakresie wykonania sposobu zadaszania i co było ich przedmiotem.

Ponieważ ostatecznie wniosek został cofnięty (k. 339 od 00:01:49), Sąd był uprawniony do jego pominięcia.

Pełnomocnik strony pozwanej wniósł o pominięcie dowodu z przesłuchania przedstawiciela strony pozwanej argumentując, że obecny dyrektor M. W. z uwagi na okres urzędowania od listopada 2012 roku nie ma kompletnej wiedzy w przedmiocie sporu.

Z powyższego względu dowód z zeznań stron Sąd ograniczył do słuchania przedstawicielek strony powodowej - z uwagi na brak podstaw do słuchania przedstawiciela strony pozwanej, który posiadał wiedzę opartą tylko na dokumentach.

Zeznania przedstawicieli strony powodowej, tj. H. D. (od 00:04:24 k.339/2) oraz G. D. (od 00:45:14 k.340) Sąd ocenił za wiarygodne tylko w części w jakiej znajdują potwierdzenie w załączonych do akt dokumentach.

Potwierdzone zostało, że strona powodowa otrzymała wynagrodzenie z część prac odebranych w czerwcu 2011 roku a toczy się jeszcze spór pomiędzy stronami przed Sądem Rejonowym w N. o prace przy amfiteatrze faktycznie przez stronę powodową wykonane, lecz niewypłacone.

Nie zasługują na uwzględnienie pozostałe twierdzenia H. D. i G. D., tj. te, które dotyczą monitowania niekompletności dokumentacji projektowej, konsultacji z dyrektorem (...) i braku woli współpracy ze strony inwestora oraz projektanta. Przedstawicielki strony powodowej twierdziły, że w ofercie miały producenta membrany, przedstawiły konkretną propozycję inwestorowi i wykonawcy, lecz nie były w stanie tej okoliczność nawet uprawdopodobnić np. poprzez podanie nazwy tego producenta.

Pomimo tego, iż do akt przedłożona została obszerna korespondencja pomiędzy stronami, brak w niej okoliczności, na które powołały się współniczki, tj. odmowy dyrektora (...) przyjęcia konkretnego rozwiązania lub ustaleń czynionych z projektantem, zmierzających do ustalenia zadaszania amfiteatru.

G. D. próbowała uprawdopodobnić swoje twierdzenia szczegółowo odnosząc brak współpracy w podaniu klasy śrub, ale już nie była w stanie podać, jaki producent takich danych potrzebował i dlaczego stosowne oferty producentów,

którymi miały dysponować nie zostały przedstawione do akt, a także dlatego nie sporządzały stosownych notatek z czynionych ustaleń projektantem i inwestorem.

Wobec braku nawet uprawdopodobnienia okoliczności, na jakie powoływały się spółniczki, Sąd nie dał im wiary w powyższym zakresie.

W ocenie Sądu brak podstaw do kwestionowania powyższych ustaleń.

Sąd zważył, co następuje:

Powództwo (...) H. D., (...) Sp. jawna w K. nie zasługuje na uwzględnienie.

Strony łączyła umowa o wykonanie robót budowlanych.

Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647 k.c.).

W razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy (art. 649 k.c.).

Jednym z obowiązków inwestora jest dostarczenie projektu.

Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora (art. 651 k.c.).

W orzecznictwie przyjmuje się, że wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad, zważywszy, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania.

Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Wady mogą się bowiem ujawnić w trakcie realizacji robót, czy dopiero po dokonaniu specjalistycznych wyliczeń (tak: wyrok SN z dnia 27 marca 2000 roku III CKN 629/98, publ. OSNC 2000/9/173, Wokanda 2000/7/9, Biul.SN 2000/6/11, Pr.Gosp. 2000/9/25, M.Prawn. 2000/8/477, M.Prawn. 2000/9/590, wyrok SN z dnia 26 czerwca 2008 roku II CSK 101/08, publ. LEX nr 637702, wyrok ZAUZP z dnia 03 października 2005 roku, UZP/ZO/o-2692/05, publ. LEX nr 1124896).

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy należy jednak wziąć pod uwagę to, że wykonawcą był profesjonalista w dziedzinie budownictwa.

Kiedy strona powodowa przystępowała do przetargu, miała możliwość zapoznania się z projektem, który stanowił element dokumentacji przetargowej. Składając formularz oferty strona powodowa nie zgłosiła żadnych zastrzeżeń.

Podobnie nie zgłaszała strona powodowa zastrzeżeń po podpisaniu umowy w marcu 2011 roku.

Uwagi wysunęła dopiero w lipcu 2011 roku, kiedy przystąpiła do prac nad amfiteatrem. Wówczas zaktualizowały się obowiązki strony powodowej związane z wykonaniem badań geologicznych oraz wyłonieniem producenta zadania,

poczynienia ustaleń weryfikacyjnych z projektantem, lecz zadaniom tym strona powodowa nie podołała w terminie, skutkiem czego było odstąpienie od umowy z powołaniem na brak woli współpracy ze strony inwestora.

Z opinii biegłego mgr inż. arch. J. P. wynika, że dokumentacja projektowa nie była dotknięta wadami.

Zatem świadczenie strony powodowej na podstawie takiej dokumentacji (po wykonaniu dodatkowych konsultacji przewidzianych w jego obowiązkach) było rzeczywiście możliwe.

Pojęcie niemożliwości świadczenia ma charakter obiektywny, tj. świadczenie jest niemożliwe do spełnienia gdy nie może go wykonać nie tylko konkretny wykonawca, ale gdy nie jest możliwe do spełnienia również przez żadną inną osobę. Chodzi więc o świadczenie rzeczywiście niewykonalne.

Trudno jest uznać stanowisko o niemożliwości świadczenia, skoro projektant odpowiedzialny za kwalifikację odstąpienia od projektu budowlanego uznał, że świadczenie jest wykonalne i inwestor uzyska zamierzony cel.

Dłużnik (wykonawca) ma udowodnić, że niewykonanie zamówienia nastąpiło na skutek okoliczności, za które on nie ponosi odpowiedzialności (tak: wyrok KIO z dnia 11 października 2011 roku KIO 2057/11, publ. LEX nr 988101).

Strona powodowa nie zdołała wykazać, że nie przedstawiła w odpowiednim czasie wykonawcy membrany bez swojej winy lub by zamawiający odmawiał współpracy w tym przedmiocie. Przeprojektowanie zadania nie wyklucza, że taki kształt miałyby zadanie wykonane przez stronę powodową, gdyby dopełniała w terminie aktów staranności, tj. wyłoniła w terminie producenta membrany.

Wskazać trzeba, iż zgodnie z art. 640 k.c. jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.

Nie zostało wykazane, by zamawiający i projektant odmawiali współpracy.

Kiedy w sierpniu 2011 roku strona powodowa jako wykonawca zwróciła się do projektanta o polecenie producentów, to niezwłocznie uzyskała informację. Pomimo tego strona powodowa złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, choć dokonano uzgodnienia projektu z producentem membrany i inwestycja mogła być dokończona.

Strona powodowa sformułowała roszczenie o zapłatę kary umownej z art. 483 - z powodu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Zgodnie z tym przepisem można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań (tak: wyrok SN z 8 sierpnia 2008 roku, V CSK 85/08, publ. LEX nr 457785).

Kara umowna może być zastrzeżona w każdej umowie, zarówno nazwanej, jak i w umowach nienazwanych, w umowach rezultatu, jak i starannego działania (tak: wyrok SN z 12 grudnia 2007 roku, V CSK 333/07, publ. OSNC 2009, nr 2, poz. 30).

Może ona jednak zabezpieczać jedynie wykonanie świadczenia o charakterze niepieniężnym (tak: postanowienie SN z dnia 24 lipca 2009 roku II CNP 16/09, publ. LEX nr 603757).

Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada.

Przez karę umowną, zwaną także odszkodowaniem umownym albo karą konwencjonalną, strony ustalają z góry wielkość odszkodowania. Karę umowną można zatem traktować jako surogat odszkodowania (tak: wyrok SA w Krakowie z dnia 6 września 2012r. I ACa 756/12, publ. LEX nr 1217710). Ze strony dłużnika od momentu powstania tak ukształtowanego zobowiązania jest on świadomy, jakie koszty będą towarzyszyły jego zachowaniu. Ilekroć w umowie zastrzegana jest kara umowna, strony powinny precyzyjnie wskazać tytuł do jej naliczenia.

W oświadczeniu z dnia 29 sierpnia 2011 roku (k. 19) strona powodowa odstąpiła od umowy nr (...) z winy zamawiającego, jako przyczynę podając brak dokumentacji projektowej i obliczeń dotyczących wykonania konstrukcji nośnej sceny amfiteatru, co uniemożliwiło prowadzenie robót. Z pisma tego nadto wynika, że zamawiający odmówił przedłużenia terminu wykonania zadania, pomimo braków dokumentacji projektowej oraz niesprzyjających warunków pogodowych.

Bezspornym jest, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy dotarło do strony pozwanej.

Na podstawie §10 ust.2 umowy Zamawiający miałby zapłacić Wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 10 % wartości umowy brutto.

Umowa stron w §11 ust.2 zawierała zapis (k. 35), że na wniosek Wykonawcy, w trakcie prowadzenia inwestycji, mogły być dokonywane zmiany technologii wykonania elementów robót. Zmiany technologii możliwe były tylko w przypadku, gdy proponowane przez Wykonawcę rozwiązania byłyby równorzędne lub lepsze funkcjonalnie od tego jakie przewidywała dokumentacja projektowa, a jednocześnie gdy nie spowodowałyby to zwiększenia kosztów inwestycji. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne z opisywanym przez Zamawiającego zobowiązany był wykazać, że oferowane przez niego towary, usługi lub roboty budowlane spełniają parametry, normy techniczne określone przez Zamawiającego.

Strona powodowa jako Wykonawca faktycznie takiego rozwiązania stronie pozwanej nie zaproponował. Pomimo, iż strona powodowa powinna była sama wyłonić producenta membrany i dysponować takimi danymi przystępując do przetargu, dopiero na miesiąc przed upływem terminu, zwróciła się do projektanta o polecenie producentów przekrycia.

Powyższe oznacza, że przyczyny odstąpienia wyartykułowane przez stronę powodową nie zostały dowiedzione.

Strona powodowa jako wywodząca z powyższych okoliczności skutki prawne zobowiązana była do ich wykazania (art.6 k.c.).

Co do braków dokumentacji projektowej dotyczącej zadania - z umowy zawartej pomiędzy stronami nie wynikało, by zamawiający miał obowiązek na jakimkolwiek etapie realizacji umowy przedstawić taką dokumentację. W projekcie architektonicznym oraz konstrukcyjnym było zastrzeżenie, iż zadanie amfiteatru miało mieć formę urządzenia, którego tylko ogólne parametry dotyczące elementów konstrukcyjnych zostały ustalone, natomiast sama konstrukcja była już uzależniona od wyboru producenta przez wykonawcę.

Strona powodowa nie wykazała, by poszukiwała producenta zadania, który dostarczyłby produkt w terminie możliwym do zakończenia prac przed ich ostatecznym oddaniem, tj. do 15 września 2011 roku.

Dopiero w sierpniu 2011 roku strona powodowa zwróciła się do projektanta o polecenie producenta membrany.

Wcześniej, tj. od marca 2011 roku strona powodowa nie uczyniła niczego, by znaleźć odpowiednie zadanie i skonsultować je z zamawiającym.

Z zeznań architekt J. K. nie wynika, by strona powodowa konsultowała się w sprawie wykonania konstrukcji zadaszania lub by zgłaszała uwagi bądź zastrzeżenia.

Strona powodowa nie wniosowała o dopuszczenie dowodu z zeznań U. P., które miałyby dowieść, że konsultacje były prowadzone, a obowiązek taki w stosunku do wykonawcy wynikał z projektu.

Brak obliczeń dotyczących wykonania konstrukcji nośnej sceny amfiteatru - nie wynikał z winy zamawiającego, ponieważ z postępowania dowodowego – zeznań architekta J. K. wynikało, że strona powodowa nie zwracała się o wykonanie takich obliczeń, a decydując się na udział w przetargu oraz zawierając umowę strona powodowa jako profesjonalista w branży budowlanej powinna była bądź wystosować zapytanie ofertowe lub negocjować zmianę umowy, nadto na podstawie §11 umowy miała prawo zaproponować inne rozwiązania technologiczne, czego nie uczyniła.

Możliwość wyboru technologii alternatywnej nie może być utożsamiana z błędnym opisem przedmiotu zamówienia i nie oznacza, iż opis przedmiotu zamówienia jest niepełny czy też niejednoznaczny, a stanowi jedynie podstawę do zastosowania innej technologii niż zaprojektowana przez zamawiającego (tak: wyrok KI z dnia 24 marca 2011 roku KIO 505/11, publ. LEX nr 785989).

Biegły J. P. wyjaśnił, że w projekcie zamieszczone zostały wyliczenia przybliżone, ogólne, natomiast konkretne kalkulacje miały zostać dokonane po wyborze producenta membrany, ponieważ to dane producenta miały decydujące znaczenie.

Badania geologiczne - były wykonane na etapie projektowania, konstruktor dla celów bezpieczeństwa zastrzegł tylko dodatkowe badania już po wykopaniu dołów na fundamenty podpór dachu. Projekt w tym zakresie nie był dotknięty wadami. Wyjaśniono, że konieczność wykonania dodatkowych szczegółowych badań wynika z bliskości potoku. Nadto zadanie wykonania dodatkowych badań geologicznych przed przystąpieniem do posadowienia fundamentów amfiteatru zostało wyraźnie wyartykułowane i w dokumentacji przetargowej i w umowie, którą strona powodowa zaakceptowała bez zastrzeżeń i podpisała.

Nie było uzasadnioną przyczyną odstąpienia od umowy twierdzenie, że zamawiający odmówił wydłużenia realizacji projektu umowy.

W dniu zawierania umowy strona powodowa знаła zakres zadań jakie była zobligowana wykonać oraz termin końcowy zakończenia prac. Do prac miała przystąpić w dniu 21 marca 2011 roku, tymczasem z dziennika budowy wynika, że zostały one rozpoczęte w zakresie amfiteatru w dniu 01 czerwca 2011 roku, zatem z 3-miesięcznym opóźnieniem, nawet uwzględniając konieczność wykonania prac rozbiórkowych, kanalizacji i szalet.

Nie zostało wykazane, by warunki pogodowe uniemożliwiały prowadzenie prac.

Z zeznań L. K. (od 00:40:31 k.173) wynika, że strona powodowa jako wykonawca dysponowała zbyt małą liczbą robotników i było to przedmiotem monitów kierowanych do wykonawcy, lecz uwagi pozostawały bez odzewu.

Strona powodowa powoływała się na to, że bez projektu czy systemu zadaszania nie była w stanie wykonać dalszych prac, lecz nie wyjaśniła, dlaczego wykonywała te prace dopiero w sierpniu 2011 roku, zatem miesiąc przed upływem ostatecznego terminu.

Architekt J. K. zauważyła, że dopiero w sierpniu 2011 roku znaleziony został producent membrany i wykonano badania geologiczne.

Strona powodowa nie wyjaśniła dlaczego nie wykonała tych prac wcześniej w terminie możliwym do dotrzymania czasu oddania inwestycji. Jako profesjonalista winna była opracować harmonogram, by być w stanie ocenić

ewentualne opóźnienia i zapobiegać ich wydłużeniu. Jako profesjonalista winna była ocenić realnie możliwości do zakończenia prac w terminie.

Ostateczne wykonanie konstrukcji amfiteatru przez inny podmiot według odmiennego projektu nie oznacza istotnych zmian postanowień umowy określonych art.144 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.).

Na podstawie wskazanej regulacji zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem powyższego podlega unieważnieniu.

Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni (tak: wyrok NSA w W. z dnia 13 marca 2014 roku (...) 12/13 LEX nr 1447183).

Istotnie ostatecznie zadanie amfiteatru zostało wykonane odmiennie od pierwotnych założeń, lecz doszło do tego po faktycznym odstąpieniu od umowy przez stronę powodową. W umowie przewidziany był zapis dotyczący możliwości wprowadzania zmian do dokumentacji projektowej, o ile zaproponowane zostałyby rozwiązania bardziej funkcjonalne od przewidzianych. Strona powodowa gdyby wyłoniła w terminie właściwym producenta membrany, miałaby szansę zgłoszenia wniosku o dokonanie takich zmian. Nie wykazała, by z taką inicjatywą wystąpiła.

Reasumując w ocenie Sądu przesłanki odstąpienia od umowy z winy zamawiającego nie zostały wykazane.

Zawinienie w niewykonaniu w terminie prac i przyczyny na jakie powołuje się strona powodowa nie powstały z winy zamawiającego, który jako inwestor miał prawo oczekiwać zakończenia prac w terminie wobec przyjęcia takiego obowiązku w umowie, nie miał obowiązku dostarczenia projektu wykonawczego do zadania membrany.

Strona powodowa jako podmiot profesjonalny prowadzący działalność w branży budowlanej od lat 90-tych powinna była wykazać się należytą starannością przy analizie projektu inwestycji, do którego wykonania przystępowała.

Niezależnie od konstatacji, że nie było uzasadnionych podstaw do odstąpienia od umowy i żądania kary umownej, odnieść się należy do zakresu prac wykonanych w ramach umowy oraz poczynionych przez strony rozliczeń z tego tytułu.

Dopiero w zeznaniach powódki H. D. ujawnione zostało, że strona powodowa otrzymała wynagrodzenie po wykonaniu części prac związanych z rozbiórką starego amfiteatru, budową toalet z małą architekturą, w wysokości około 600 000 zł.

O dalszą kwotę 50 000 zł toczy się spór przed Sądem Rejonowym Wydziałem Gospodarczym w N. za pozostałe nierozliczone do tej pory, a wykonane prace przy amfiteatrze.

Dopiero kiedy pojawiły się problemy z wykonaniem zadania, postanowiono o odstąpieniu od umowy.

Z ustaleń poczynionych w sprawie wynika, że strona powodowa tytułem wynagrodzenia za wykonane prace otrzymała około połowy wynagrodzenia przewidzianego w umowie. Domaganie się na tym tle jeszcze kary umownej w wysokości 10% całego wynagrodzenia brutto (159 649 zł) doprowadziłoby do sytuacji, w której strona powodowa byłaby bezpodstawnie wzbogacona, ponieważ otrzymała wynagrodzenie za wykonanie około 50-60% prac, a dodatkowo miałaby otrzymać karę mowną w wysokości 10% wynagrodzenia, pomimo braku ekwiwalentu w postaci wykonanych prac o tej wartości.

Nie zostały ustalone przesłanki do zasądzenia świadczenia na rzecz strony powodowej na podstawie kary umownej. W związku z powyższym powództwo jako nieuzasadnione przy zastosowaniu art. 483 k.c. zostało oddalone.

Wobec oddalenia powództwa wnioski strony pozwanej o miarkowanie kary umownej na podstawie art. 484 k.c. (k.155), z uwagi na wypłaconą już stronie powodowej część wynagrodzenia za wykonane prace, był bezprzedmiotowy.

Okoliczność nieprzystąpienia do sprawy w charakterze interwenientów ubocznych projektantów budynku nie miała znaczenia, ponieważ w świetle wyroku SN z dnia 10 lipca 2008r. (III CSK 59/08 LEX nr 479330) skutki uchybienia przez wykonawcę obowiązkowi wynikającemu z art. 651 k.c. mogą być oceniane wyłącznie w płaszczyźnie podmiotowej stosunku prawnego, którego źródłem powstania jest umowa o roboty budowlane. Uchybienie przez wykonawcę obowiązkowi wynikającemu z art. 651 k.c. nie może wywierać żadnego skutku prawnego w odniesieniu do sfery sytuacji prawnej jednostki projektowania, która pozostaje z inwestorem w odrębnym stosunku prawnym zawiązanym w wyniku zawarcia umowy o prace projektowe czy umowy o pełnienie nadzoru autorskiego.

Niezależnie od powyższego w niniejszej sprawie wady projektu nie zostały dowiedzione.

Powództwo zostało oddalone.

Strona powodowa domagała się zasądzenia kwoty 159 649,10 zł – opłata od pozwu wynosiła 7 983 zł.

Strona powodowa została zwolniona od kosztów sądowych w części, tj. od opłaty od pozwu ponad kwotę 5 000 zł (k.63), którą uiściła (k.64).

Strony były reprezentowane przez zawodowych pełnomocników ustanowionych z wyboru.

Strona powodowa uiściła zaliczki na poczet opinii biegłego w kwotach 2 000 zł (k.174) i 1 500 zł (k.263).

Sąd przyznał biegłemu wynagrodzenie za opracowanie opinii: 2 717,66 zł (do 2 000 zł z zaliczki, a 717,66 zł tymczasowo ze środków Skarbu Państwa) (k.209), 1 366,97 zł (z zaliczki 1 500 zł), 317,90 zł (do 133,03 zł z zaliczki 1 500 zł), tymczasowo ze środków Skarbu Państwa: 184,87 zł (k.287), 63,58 zł (k.338a).

Łącznie ze środków Skarbu Państwa wypłacono 966,11 zł.

Ponieważ roszczenie strony powodowej nie zostało uwzględnione, a zwolnienie od kosztów sądowych nie uwalnia od obowiązku zwrotu kosztów procesu stronie przeciwnej (art.108 u.k.s.c.), na podstawie art.98 k.p.c. statuującej zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, Sąd zasądził od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 3 617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Ponieważ zwolnienie dotyczy tylko opłaty od pozwu, w zw. z art.113 ust.1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał ściągnąć od strony powodowej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Nowym Sączu kwotę 966,11 zł tytułem części wydatków tymczasowo wypłaconych ze środków Skarbu Państwa.

W pozostałym zakresie nieuiszczonymi kosztami sądowymi został obciążony Skarb Państwa - wobec braku podstaw do ściągnięcia ich od strony pozwanej.

SSO Paweł Poręba