

Sygn. akt *I ACa 303/15*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 sierpnia 2015 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny**

w składzie:

Przewodniczący: SSA Bogdan Wysocki

Sędziowie: SA Jerzy Geisler /spr./

SO del. Jarosław Grobelny

Protokolant: st.sekr.sąd. Sylwia Stefańska

po rozpoznaniu w dniu 26 sierpnia 2015 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...)

przeciwko **Gminie D.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 28 listopada 2014 r. sygn. akt IX GC 1424/13

1. **obie apelacje oddala;**
2. **koszty procesu w postępowaniu odwoławczym między stronami wzajemnie znosi.**

Jarosław Grobelny Bogdan Wysocki Jerzy Geisler

*I ACa 303/15*

## UZASADNIENIE

Powód – **J. M.** domagał się zasądzenia od pozwanego: **Gminy D.** kwoty **634.598,16** zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od 16 grudnia 2011 do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania.

W uzasadnieniu pozwu powód podał, że zawarł z pozwaną 7 czerwca 2011r. umowę nr (...) o wykonanie robót budowlanych, której przedmiotem było wykonanie kanalizacji sanitarnej z przyłączami, przepompowywanie ścieków i rurociągów tłoczonych dla m. K. i M. Gm. D. wraz z podłączeniem do istniejących infrastruktury komunalnej w miejscowości D. – I etap. Termin zakończenia prac został wyznaczony w umowie na 31 sierpnia 2011 r. Zgodnie ze

Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia publicznego ww. inwestycji (SIWZ) z 29 kwietnia 2011 r. – pozwana informowała, że przedmiot umowy jest realizowany równolegle z inwestycją przebudowy drogi (...).

Powód wskazał, że spółka realizująca przebudowę drogi wojewódzkiej nr (...) warunkowała dopuszczenie do realizacji inwestycji wykonaniem projektu organizacji ruchu.

Projekt uwzględniający oznakowanie i zabezpieczenia robót na czas wykonywania kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami miał zostać złożony przez powoda 9 czerwca 2011r. do akceptacji pozwanej. Projekt ten nie został zaakceptowany przez pozwaną. Pozwana pismem z 17 czerwca 2011r. poinformowała powoda o konieczności opracowania dokumentacji organizacji ruchu drogowego, polegającej na zamknięciu drogi nr (...) i uruchomienia objazdu oraz nadzoru nad wprowadzoną organizacją ruchu, co z kolei zakwestionował zarządca drogi. Ostatecznie opracowany na zlecenie powoda projekt czasowej organizacji ruchu z zalecanym objazdem został zaakceptowany w dniu 26 lipca 2011r. i z dopiero z tym dniem powód mógł przystąpić do wykonywania prac, które zakończył 26 października 2011r.

Zdaniem powoda prace mu zlecone zostały wykonane zgodnie z projektem, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. Strona pozwana oświadczeniem z 1 grudnia 2011 dokonała potrącenia swojej należności z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w kwocie 634.598,16 zł z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace, wynikającą z FV nr (...).

W ocenie powoda potrącenie to było nieskuteczne gdyż opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy zostało spowodowane działaniami pozwanej, które doprowadziły do przesunięcia terminu rozpoczęcia wykonywania prac.

Z uwagi na powyższe nie ma podstaw do obciążenia powoda karą umowną za to opóźnienie.

Powód wniósł również, w przypadku uznania przez Sąd, że naliczenie przez pozwanego kary umownej było zasadne, o dokonanie miarkowania tej kary do poziomu przyjętego w obrocie i uznanego przez orzecznictwo.

W swojej odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów procesu. Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie wskazała, że opracowała Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, w którym punkcie III in fine zawarty został zapis, że Inwestor informuje, że inwestycja jest realizowana równolegle z inwestycją przebudowy drogi (...), w pasie drogowym, dlatego obowiązkowo należy zapoznać się z terenem i dokumentacją (z częścią rysunkową) oraz uzgodnić harmonogram rzeczowy z wykonawcą przebudowy drogi wojewódzkiej (...). Wykonawca zobowiązany jest przygotować projekt organizacji ruchu i dysponować osobami odpowiedzialnymi do kierowania ruchem.

Powód w toku postępowania o zamówienia publiczne nie złożył żadnego zapytania ani zastrzeżenia co do treści SIWZ, co uzasadnia tezę, że jako profesjonalny przedsiębiorca uznał, że nie będzie miał problemów z wykonaniem zamówienia i związku z tym złożył swoją ofertę.

Pozwany podał, wbrew twierdzeniom powoda, że nie wymagał dla realizacji przyjętego przez powoda zamówienia całkowitego, czasowego zamknięcia określonego odcinka drogi wojewódzkiej (...). Zamknięcie ruchu na drodze wojewódzkiej (...) obejmowało jedynie czasowe wyłączenie jednego pasa ruchu, przy możliwości przejazdu drugim pasem.

Pozwany wskazał, że nie kwestionuje jakości wykonania robót przez powoda, a kara umowna została naliczona za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy przez powoda. Pozwany podał też, że powód nie wzywał do zwrotu dochodzonej pozewem kwoty, a o żądaniu powoda dowiedział się, otrzymując odpis pozwu w dniu 13 stycznia 2013 r. Zdaniem pozwanego powodowi od początku ogłoszenia przez pozwanego zamówienia znana była wysokość potencjalnych kar umownych, jak i zasady ich naliczania. Pozwany nie zgłaszał uwag, że kary za opóźnienie są wygórowane.

Wyrokiem z dnia 28.11.2014 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 543.941,36 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 16.12.2011 r., w pozostałym zakresie powództwo oddalił i orzekł o kosztach procesu. – k. 186 Pisemne ustalenia i motywy prawne wyroku Sąd Okręgowy przedstawił na kartach 192-205.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powód prowadzi działalność gospodarczą w zakresie m.in. robót związanych z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych, natomiast pozwany jest jednostką samorządu terytorialnego.

Okoliczności bezsporne, a nadto dowód – wydruk z (...) powoda (k. 63).

Z uwagi na prowadzone prace przy przebudowie przebiegającej przez gminę D. drogi wojewódzkiej nr (...), pozwany podjął decyzję o równoległej budowie kanalizacji sanitarnej dla m. K. i M..

Ze względu na to pozwany ogłosił przetarg na budowę tejże kanalizacji.

W załączonych do dokumentacji przetargowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zwanych dalej SIWZ) prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie Kanalizacja sanitarna z przyłączami, przepompowywanie ścieków i rurociągów tłoczonych dla m. K. i M. Gm. D. wraz z podłączeniem do istniejącej infrastruktury komunalnej w miejscowości D. – I etap z 29 kwietnia 2011r. pozwany wskazał w szczególności, że inwestycja jest realizowana równoległe z inwestycją przebudowy drogi (...), w pasie drogowym, dlatego obowiązkowo należy zapoznać się z terenem i dokumentacją (z częścią rysunkową) oraz uzgodnić harmonogram rzeczowy z wykonawcą przebudowy drogi wojewódzkiej nr (...). Wykonawca zobowiązany jest przygotować projekt organizacji ruchu i dysponować osobami odpowiedzialnymi do kierowania ruchem drogowym. Wymagany termin realizacji zamówienia – do 31 sierpnia 2011 roku.

Dowód – kserokopia SIWZ z 29.04.2011 nr RG.271.2.2011.ML (k. 22 – 40), zeznania świadka M. L. (k. 148), zeznania świadka A. M. (k. 175), zeznania burmistrza pozwanego k.

Po przeprowadzeniu przetargu została wybrana oferta złożona przez powoda w związku z czym strony zawarły w dniu 7 czerwca 2011 r. w D. umowę nr (...), której przedmiotem było zlecenie przez pozwanego powodowi do wykonania prac przy budowie (...) sanitarnej z przyłączami, przepompowywanie ścieków i rurociągów tłoczonych dla m. K. i M. Gm. D. wraz z podłączeniem do istniejącej infrastruktury komunalnej w miejscowości D. – I etap. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres robót został wskazany w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Wynagrodzenie za przedmiotowe prace było określone ryczałtowo i wynosić miało brutto 2.226.421,53 zł.

Powód zobowiązany został do wykonania przedmiotu umowy w terminie od dnia podpisania tj. 7 czerwca 2011r. umowy do dnia 31 sierpnia 2011 roku.

Wykonawca oświadczył w umowie, że zapoznał się z miejscem prowadzenia robót, dokumentacją, o której mowa w § 1 ust. 3 i 4 i nie wnosi w tym zakresie żadnych uwag i zastrzeżeń, a warunki prowadzenia prac są mu znane.

Zgodnie z § 4 umowy do obowiązków zamawiającego - pozwanego należało w szczególności przekazanie powodowi placu budowy z dniem podpisania umowy.

W § 13 umowy strony postanowiły, że obowiązującą formą odszkodowania są kary umowne. Wykonawca (powód) miał zapłacić zamawiającemu (pозwanemu) karę umowną w szczególności za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy opisanego w § 1 ust. 2 – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia.

Dowód – kserokopia umowy nr (...) (k. 15 – 21).

Powód po wygraniu przetargu, zlecił A. Z. opracowanie projektu czasowej organizacji ruchu dla budowy kanalizacji sanitarnej z przyłączami w m. K. i M. w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) K. – Ś. – G. – R..

A. Z. przygotowała w czerwcu 2011 roku takowy projekt i przedłożyła go zarządcy drogi, powodowi oraz w dniu 9 czerwca 2011r. przesłała do zaopiniowania inwestorowi – pozwanej gminie. Projekt ten, ze względu na prowadzone roboty w poboczu, zakładał ruch wahadłowy.

Dowód – projekt czasowej organizacji ruchu (k. 41 - 52), zeznania świadków: A. Z. (k.164), A. M. (k. 175).

Wykonawca prac drogowych – przebudowy drogi wojewódzkiej nr (...) na tym samym odcinku, na którym powód miał wykonać roboty kanalizacyjno-sanitarne – Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna w upadłości układowej w N. warunkowała dopuszczenie powoda do realizacji inwestycji wykonaniem przez niego projektu organizacji ruchu uwzględniającego zamknięcie drogi wojewódzkiej na czas prowadzenia prac. Projekt przygotowany na zlecenie powoda tego nie przewidywał, gdyż zgodnie z nim ruch na drodze miał być wahadłowy.

Dowód – zeznania świadka M. L. (k. 149).

W dniu 16 czerwca 2011 odbyło się spotkanie w Urzędzie Gminy D. na którym obecny był powód, kierownik budowy ze strony Przedsiębiorstwa (...) Spółka Akcyjna w upadłości układowej w N. – E. K., M. L. i burmistrz H. L. ze strony pozwanej. Spotkanie to miało doprowadzić do wejścia powoda na teren budowy. Kierownik robót drogowych E. K. jednoznacznie stwierdziła na tym spotkaniu, że nie wpuści powoda na budowę dopóki nie zamknie on drogi.

Dowód – zeznania świadków: M. L. (k. 149), A. M. (k. 175); zeznania za stronę pozwaną – burmistrza H. L. (k. 179), zeznania powoda (k. 178), poświadczona za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika pozwanego będącego r. pr. kserokopia protokołu z 16 czerwca 2011 (k. 92).

Pismem datowanym na 17 czerwca 2011 ( (...)) pozwany opiniując projekt oznakowania i zabezpieczenia robót na czas wykonania kanalizacji sanitarnej poinformował projektanta działającego na zlecenie pozwanego, że warunkiem rozpoczęcia prac jest wprowadzenie zmiany organizacji ruchu drogowego. Prace przy budowie kanalizacji sanitarnej prowadzone będą równorzędnie z realizowanym projektem pn. Przebudowa (rozbudowa) drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku od końca obwodnicy m. Ś. do drogi krajowej nr (...) o długości ok. 38,5 km. Konieczne było - w ocenie pozwanej - zatem opracowanie dokumentacji organizacji ruchu drogowego polegającej na zamknięciu drogi wojewódzkiej nr (...) na przedmiotowym odcinku, pozostawiając jedynie ruch lokalny (dojazd do posesji) i uruchomieniu objazdu oraz nadzór na wprowadzoną organizacją ruchu.

Pismo to było następstwem stanowiska wykonawcy robót drogowych na drodze wojewódzkiej nr (...), który nie zgadzał się z przedstawionym przez powoda projektem organizacji ruchu i domagał się jej zamknięcia na okres prowadzenia prac przez powoda.

Dowód – kserokopia pisma pozwanego z 17.06.2011 (k. 53).

Pismo pozwanego wzywające do przedłożenia projektu zamknięcia drogi przedłużyło termin zatwierdzenia projektu organizacji ruchu.

(...) nie wyraził zgody na żądane przez pozwanego i Przedsiębiorstwa (...) Spółka akcyjna w upadłości układowej w N. zamknięcie drogi. Zarządca drogi stwierdził, że należy ustawić znaki o zalecanym objeździe, który miał prowadzić przez drogi krajowe. Po uzyskaniu telefonicznej akceptacji takiego rozwiązania, A. Z. opracowała nowy projekt organizacji ruchu, który zakładał objazdy. Wykonanie nowego projektu trwało maksymalnie półtora tygodnia. Po zatwierdzeniu przez zarządcę tego zmodernizowanego projektu w dniu 11 lipca 2011r, wdrożono jego realizację poprzez wykonanie stosownych tablic.

Dowód - zeznania świadków: A. Z. (k.164), A. M. (k. 175), zeznania powoda (k. 178)

Powód wszedł na teren budowy 25 lipca 2011r. i rozpoczął na niej prace.

Wcześniej powodowi nie udostępniono placu budowy.

Umowa miała być pierwotnie wykonana do końca sierpnia 2011r.. Do tego czasu powód wykonał ok. 70% zleconych mu prac.

Wszystkie zlecone prace powód wykonał, jednakże ostatecznie zakończył je dopiero 26 października 2011 roku. Pozwany nie składał zastrzeżeń co do jakości i ilości wykonanych przez powoda prac.

Dowód – zeznania świadków: S. D. (k. 163 – 164), I. P. (k. 165), zeznania za stronę pozwaną – burmistrza H. L. (k. 179), kserokopia dziennika budowy nr (...) s. 23 (k. 55); kserokopia protokołu odbioru końcowego robót inwestycyjnych z 15.11.2011 (k. 57 – 58).

W związku z wykonaniem prac powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę wynagrodzenia ryczałtowego: 2.266.421,53 zł, z terminem płatności do 15 grudnia 2011r.; następnie skorygowaną – w myśl aneksu nr (...) z 23.11.2011 do umowy nr (...) z 7.06.2011r. – fakturą korygującą nr (...) z 24.11.2011r.. Faktura nr (...) została doręczona pozwanemu 15 listopada 2011r., a faktura korygująca w dniu 29 listopada 2011r..

Dowód – kserokopia ww. faktur (k. 60 – 61).

Pozwany składał zastrzeżenia jedynie co do terminowości wykonania prac przez powoda. Pozwany złożył powodowi pismem datowanym na 1 grudnia 2011r. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót realizowanych na podstawie umowy nr (...) z 7 czerwca 2011 w kwocie 634.598,16 zł z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za zrealizowane prace w kwocie 2.266.421,53 zł. Kara umowna wyliczona została w sposób następujący: opóźnienie 56 dni pomnożone przez wysokość kary umownej za 1 dzień opóźnienia (11.332,11 zł). Termin wykonania przedmiotu umowy określono bowiem w niej na 31 sierpnia 2011 r., a wykonawca zgłosił gotowość do odbioru prac dopiero 26 października 2011 r.

Dowód – kserokopia oświadczenia pozwanego z 1.12.2011 (k. 59).

Z uwagi na przedłużający się termin wejścia powoda na teren budowy i konieczności zapewnienia pracy zatrudnianym osobom, na początku lipca 2011r. powód rozpoczął wykonywanie jako podwykonawca prac na innej budowie.

Dowód: zeznania powoda k. 177,

Do dnia zamknięcia rozprawy pozwany nie zapłacił należności dochodzonej w niniejszym procesie przez powoda podnosząc, że wierzytelność ta uległa umorzeniu na skutek dokonanego potrącenia.

Bezsporne.

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie twierdzeń stron w zakresie niekwestionowanym przez stronę przeciwną oraz zebranych w aktach sprawy, wyżej wymienionych dokumentów prywatnych, urzędowych i ich poświadczonych za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika procesowego powoda kopii.

Należy wskazać, iż w myśl art. 129 § 2 i 3 k.p.c. strony mogły zamiast oryginałów powołanych dokumentów przedłożyć ich poświadczone kopie, zaś zawarte w nich poświadczenie za zgodność z oryginałem dokonane przez występującego w sprawie pełnomocnika strony pozwanej ma moc dokumentu urzędowego.

Sąd uznał za wiarygodne wszystkie zgromadzone w sprawie dokumenty, albowiem ich moc dowodowa nie została przez żadną ze stron zakwestionowana. Dokumenty prywatne stanowiły dowód tego, że osoby, które je podpisały złożyły oświadczenia w nich zawarte (art. 245 k.p.c.), a dokumenty urzędowe stanowiły dowód tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone (art. 244 § 1 k.p.c.).

Oceniając zeznania przesłuchanych w sprawie świadka M. L., A. Z., S. D., I. P. i A. M. stwierdzić można, że były dla Sądu wiarygodne i mogły stanowić podstawę ustalania stanu faktycznego sprawy. Mimo że osoby były współpracownikami różnych stron, to z ich zeznań wyłania się logiczny, spójny i jasny obraz wzajemnych kontaktów gospodarczych stron związanych z realizacją umowy nr (...) z 7.06.2011.

Sąd nie dał wiary zeznaniom E. K. – kierownika budowy przy przebudowie drogi nr (...) co do nie ingerowania przez wykonawcę robót drogowych w założenia opracowywanego przez powoda planu czasowej reorganizacji ruchu na tej drodze. Mimo, że osoba ta nie jest powiązana osobiście bądź zawodowo z żadną ze stron, to jej twierdzenia co do braku nacisków na pozwanego przez podmiot realizujący przebudowę drogi reorganizacji ruchu w przedmiocie opracowania projektu reorganizacji ruchu przewidującego zamknięcie drogi, nie dość że są nielogiczne to w dodatku pozostają w sprzeczności z pozostałym, wiarygodnym, materiałem dowodowym (por. zeznania świadków: M. L. –k. 149, I. P. – k. 165, A. M. – k. 175 in fine). W ocenie Sądu logicznym jest, że to wykonawca przebudowy tej drogi żądał jej zamknięcia, skoro – jak sama E. K. podaje (k. 151) – każdy przypadek zamknięcia drogi jest dużym ułatwieniem przy wykonywaniu prac. W dodatku było to uzasadnione ze względu na rodzaj i intensywność wykonywanych prac. Z zamknięciem drogi biegnącej przez obszar gminy wiążą się oczywiste niedogodności dla jej mieszkańców. Trudno uznać, że pomysł zamknięcia drogi na czas wykonywania robót przez powoda powstał u pozwanego.

Szczegółowe i wyczerpujące zeznania stron: powoda – J. M. i za pozwanego – burmistrza H. L. - zasługiwały na przymiot wiarygodności. Zeznający opisali bowiem spójnie, logicznie i wyczerpująco przebieg kontaktów oraz współpracy stron. Strony przedstawiły także sądowi swoją ocenę zdarzeń, które wpłynęły na powstałe opóźnienie, która to ocena, nie mogła stanowić podstawy ustalenia istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy stanu faktycznego.

W świetle tak ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Na gruncie ustalonego stanu faktycznego stwierdzić należy, że strony łączyła umowa o roboty budowlane. Istotne elementy umowy o roboty budowlane ustawodawca zawarł w przepisie art. 647 k.c. Według znajdującej się tamże definicji ustawowej, 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.

Zgodnie z ustaleniami stanu faktycznego w niniejszej sprawie, strony zawarły umowę, w myśl której powód zobowiązał się do wykonania dla pozwanej kompleksowej realizacji robót budowlanych polegających na wykonaniu kanalizacji sanitarnej z przyłączami, przepompowywanie ścieków i rurociągów tłoczonych dla m. K. i M. gm. D. wraz z podłączeniem do istniejącej infrastruktury komunalnej w miejscowości D. – I etap.

Strony ustaliły także w umowie wynagrodzenie ryczałtowe dla powoda za wykonane prace na kwotę brutto 2.226.421,53 zł.

Zawarta między stronami umowa ma charakter umowy wzajemnej, gdyż świadczenie powoda (wykonanie kanalizacji) stanowi odpowiednik świadczenia pozwanego (zapłaty umówionego wynagrodzenia) – art. 487 § 2 k.c.

Zgodnie z art. 488 § 1 k.c. świadczenia będące przedmiotem zobowiązań z umów wzajemnych winny być spełnione jednocześnie, chyba że z umowy, z ustawy albo z orzeczenia Sądu lub decyzji innego właściwego organu wynika, iż jedna ze stron jest zobowiązana do wcześniejszego świadczenia.

Jeżeli świadczenia wzajemne powinny być spełnione jednocześnie, każda ze stron może powstrzymać się ze spełnieniem świadczenia, dopóki druga strona nie zaoferuje świadczenia wzajemnego (art. 488 § 2 k.c.).

Analizując treść powyższych przepisów należy stwierdzić, że leżący po stronie pozwanej obowiązek zapłaty powodowi wynagrodzenia, aktualizował się po wykonaniu obowiązków umownych przez powoda.

Niekwestionowane przez pozwanego było w toku sprawy, że powód wykonał swoje obowiązki wynikające z umowy łączącej go z pozwanym – jak wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy doszło do całościowego odbioru robót przez pozwanego. Pozwany nie składał żadnych zastrzeżeń co do jakości i wartości wykonanych prac.

Pozwany ani na etapie wnoszenia odpowiedzi na pozew, ani później nie kwestionował, że powodowi należne było co do zasady wynagrodzenie w kwocie wynikającej z jego FV nr (...).

Skoro pozwany nie podważał tej okoliczności, brak było konieczności prowadzenia dowodu w kierunku zasadności i wysokości żądania pozwu.

Zarzut pozwanego, składany już na etapie przedprocesowym w piśmie z 1.12.2011r., dotyczył jedynie terminowości wykonania prac.

Zauważyć należy, że pozwany rzeczoną pismem złożył oświadczenie o potrąceniu należności powoda z tytułu wynagrodzenia, z wierzytelnością pozwanego obejmującą naliczoną powodowi karę umowną za opóźnienie w wykonaniu prac. Tym samym pozwany uznał wierzytelności powoda, z którą dokonał potrącenia własnej wierzytelności (art. 498 k.c.).

Z uwagi na to, wobec zgłoszonego zarzutu potrącenia, rozważyć należało jego skuteczność.

Odnosząc się do tego zagadnienia zauważyć przede wszystkim należy, że środkiem obrony pozwanego w procesie może być zarówno zarzut nieistnienia roszczenia powoda ze względu na umorzenie wierzytelności przed wszczęciem procesu w wyniku złożenia oświadczenia o potrąceniu, jak i procesowy zarzut potrącenia. Dla wyjaśnienia tego zagadnienia koniecznym jest odniesienie się do potrącenia jako instytucji prawa cywilnego (art. 498-505 k.c.), która funkcjonuje w zasadzie na obszarze regulowanym przez prawo prywatne, obejmując stosunki prawne, w których obie strony występują w podwójnej roli wierzyciela i dłużnika.

Potrącenie następuje przez jednostronną czynność prawną jednego z wzajemnych wierzycieli. Skutkiem tej czynności jest wygaśnięcie wierzytelności obu stron do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 k.c.), z chwilą kiedy potrącenie stało się możliwe (art. 499 zd. 2 k.c. w zw. z art. 498 § 1 k.c.). Oświadczenie o potrąceniu może być składane poza postępowaniem toczącym się z powództwa wierzyciela wzajemnego i podlega ogólnym przepisom, co do sposobu i chwili złożenia (art. 60 i 61 k.c.), a jeżeli zostanie złożone skutecznie, ze względu na skutek umarzający, tworzy nową treść stosunku prawnego między stronami wykraczającą, ze względu na konsekwencje mocy wstecznej, nawet poza treść zobowiązania z chwili złożenia oświadczenia. Jeżeli zatem dojdzie do procesu o roszczenie wierzyciela wzajemnego, obrona pozwanego przeciwko skierowanemu przez powoda w stosunku do niego żądaniu może polegać na podniesieniu zarzutu nieistnienia roszczenia powoda ze względu na umorzenie wierzytelności przed wszczęciem procesu. Złożenie oświadczenia o potrąceniu poza procesem, w razie spełnienia przesłanek materialnoprawnych, prowadzi przeto do wygaśnięcia wierzytelności i może wpłynąć na treść rozstrzygnięcia o zasadności powództwa.

Wytoczenie powództwa przez wierzyciela prowadzi do sytuacji w której pozwany, jeżeli jest również wierzycielem powoda, może on złożyć oświadczenie o potrąceniu w toku procesu z wierzytelnością dochodzoną pozewem własnej wierzytelności, składając jednocześnie procesowy zarzut potrącenia. Zarzut potrącenia jest oświadczeniem wymaganym w art. 499 k.c., składanym powodowi, w celu umorzenia ich wzajemnych wierzytelności i zarazem jest żądaniem skierowanym do sądu, aby uznając jego skuteczność, uwzględnił to umorzenie wierzytelności powoda i w takim zakresie oddalił jego powództwo. Dla osiągnięcia takiego skutku pozwany winien jednak zindywidualizować swoją wierzytelność oraz skonkretyzować jej zakres przedstawiony do potrącenia z wierzytelnością powoda, wskazując zwłaszcza przesłanki jej powstania, wymagalności i wysokości oraz dowody w celu ich wykazania. Procesowy aspekt zarzutu wyraża się zatem najpełniej w żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części (por. uchwała SN z 19 października 2007, III CZP 58/07, OSNC 2008/5/44).

Z powyższego wynika zatem, iż potrącenie jako czynność materialnoprawna, prowadząca do wygaśnięcia zobowiązania, niezależnie od tego, czy dokonane poza postępowaniem toczącym się z powództwa wierzyciela

wzajemnego, czy też w jego toku, dla swojej skuteczności, stosownie do art. 499 k.c., wymaga złożenia oświadczenia woli. Do potrącenia nie dochodzi bowiem automatycznie przez to, że istnieją dwie wzajemne wierzytelności nadające się do potrącenia, ale konieczne jest oświadczenie, iż korzysta się z prawa potrącenia (por. postanowienie SN z dnia 8 lutego 2000 r. I CKN 398/98, Lex nr 50856). Oświadczenie to wywrze przy tym swój skutek z chwilą, kiedy doszło do drugiej strony w taki sposób, że mogła się zapoznać z jego treścią – art. 61 §1 k.c. Niezależnie od powyższego oświadczenie o potrąceniu musi być jednoznaczne i wymaga wyraźnego wskazania wysokości wierzytelności przedstawionej do potrącenia.

Pozwany mógł zatem złożyć powodowi oświadczenie o potrąceniu i następnie zgłosić ten zarzut w toku postępowania skoro powód dochodził właśnie potrąconej kwoty w tym procesie.

Jak wyżej wskazano oświadczenie o potrąceniu zostało złożone powodowi przez pozwanego w piśmie z dnia 1 grudnia 2011r. przy czym wierzytelność pozwanego przedstawiona do potrącenia stanowiła karę umowną za 56 dniowe opóźnienie realizacji zleconych powodowi prac.

Obciążenie wykonawcy przez zamawiającego karą umowną za opóźnienie w wykonaniu prac przewidywał §13 ust. 2 pkt 1 zawartej między stronami umowy z dnia 7 czerwca 2011r.

Kara ta mogła być przy tym naliczona w wysokości 0,5% przewidzianego umową kwoty wynagrodzenia powoda za każdy dzień opóźnienia.

W sprawie bezspornym było, że powód zgłosił gotowość odbioru wykonanych prac w dniu 26 października 2011r., podczas gdy zgodnie z zawartą umową, termin zakończenia robót upływał wraz z dniem 31 sierpnia 2011 roku.

Powód nie dochował więc umownego terminu wykonania robót, a jego opóźnienie wynosiło 56 dni.

Trzeba jednak zauważyć, że zgodnie z § 4 umowy podpisanej przez strony w dniu 7 czerwca 2011r., do obowiązków pozwanego należało w szczególności przekazanie placu budowy, co miało nastąpić w dniu podpisania umowy. Z dniem tym powód miał przystąpić do wykonywania prac.

Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego pozwany nie wywiązał się z w/w obowiązku umownego, gdyż nie przekazał w dniu 7 czerwca 2011r. powodowi placu budowy.

Plac ten został powodowi przekazany dopiero w dniu 25 lipca 2011r i to przez wykonawcę robót drogowych.

W ocenie Sądu, dla ustalenia faktu naruszenia obowiązków umownych przez pozwanego, bez znaczenia pozostaje fakt, że z uwagi na prowadzone prace przy przebudowie drogi nr (...), plac budowy pozostawał w zarządzie wykonawcy tych prac.

Skoro pozwany przyjął na siebie, w podpisanej między stronami umowie, obowiązek przekazania powodowi placu budowy z dniem jej zawarcia, ponosi on odpowiedzialność za nie wywiązanie się z tego obowiązku, a co za tym idzie nie może obciążać powoda karą umowną za opóźnienie w wykonaniu robót za okres, w którym powód nie mógł ich wykonywać, z uwagi na nie dopuszczenie go do placu budowy.

Pozwany wskazywał wprawdzie, że w protokole ze spotkania stron, które odbyło się 16 czerwca 2011r. wskazano, że placem budowy zawiaduje podmiot trzeci wykonujący przebudowę drogi nr (...) i to z nim powód zobowiązał się ustalić wejście na teren budowy oraz przejęcie placu budowy, ale stwierdzenie to, zdaniem Sądu, nie uchylało zobowiązania, które przyjął na siebie pozwany w § 4 umowy stron – przekazania powodowi placu budowy w dniu podpisania umowy.

Sąd dostrzega również fakt, że zgodnie z SIWZ pozwany informował, że inwestycja realizowana jest równoległe z inwestycją przebudowy drogi (...), dlatego obowiązkowo powód miał zapoznać się z terenem i dokumentacją (czego pozwany nie kwestionuje) oraz uzgodnić harmonogram rzeczowy z wykonawcą przebudowy drogi wojewódzkiej nr (...).



Nie kwestionowane jest przez Sąd, że przepis art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych krępuje w pewnym zakresie kontrahentów w zakresie modyfikacji stosunku zobowiązaniowego w sposób odmienny od SIWZ i dopuszcza taką możliwość tylko w sytuacjach wymienionych wyczerpująco w tym przepisie. Dotyczyć on może zatem zmiany poszczególnych istotnych postanowień umownych w drodze zgodnych oświadczeń woli wszystkich podmiotów stosunku zobowiązaniowego (wyrok SA w Krakowie z 6 listopada 2012 r., I ACa 813/12, LEX nr 1289770).

Nie oznacza to jednak, że zawarta ostatecznie umowa na wykonanie zadania publicznego musi być pełnym odzwierciedleniem SIWZ. Wszak zgodnie z przepisem art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że również przy tego typu kontraktach obowiązuje zasada swobody umów wyrażona w przepisie art. 353<sup>1</sup> k.c. Skoro pozwany przyjął na siebie obowiązek określony w § 4 umowy stron (czego zresztą nie kwestionował), to winien z dniem podpisania umowy przekazać plac budowy powodowi. Jak zaś wynika z ustalonego stanu faktycznego sprawy, to nie pozwany, a Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna w upadłości układowej w N. sprawowało pieczę wówczas nad placem budowy. Spółka ta, w porozumieniu z pozwanym, nie zgadzała się na rozpoczęcie robót przez powoda do momentu przedstawienia przez niego projektu czasowej organizacji ruchu polegającego na zamknięciu drogi nr (...) w okresie prowadzenia prac kanalizacyjnych. Przeto nie można obciążać powoda opóźnieniem w rozpoczęciu oraz jako oczywistej konsekwencji – opóźnieniem zakończenia robót.

Jeśli zaś chodzi o organizację ruchu w trakcie wykonywania prac przez powoda oraz pozwolenie na zamknięcie ruchu tranzytowego na drodze nr (...) na odcinku wykonywania robót kanalizacyjnych w gminie D. zauważyć trzeba, że to pozwany w porozumieniu i na wyraźne żądanie wykonawcy robót drogowych domagał się zamknięcia tego ruchu. Tłumaczenia pozwanego wyartykułowane w odpowiedzi na pozew, co do czasowego wyłączenia jednego pasa ruchu przy możliwości przejazdu drugim pasem, stoją w sprzeczności z zasadami logicznego rozumowania jak i treścią pisma pozwanego z 17 czerwca 2011r.

Trudno interpretować bowiem wyrażenie zawarte w rzeczonym piśmie, co prawda użyte w cudzysłowie: zamknięcie drogi wojewódzkiej nr (...) na przedmiotowym odcinku, w innym sposób niż jako: zagrodzenie, uniemożliwiające dostęp do czegoś lub wydostanie się skądś (por. hasło zamknąć - Słownik Języka Polskiego [http://\(...\); \(...\).html](http://(...); (...).html)).

Wszak sam pozwany wskazał, że owe zamknięcie spowoduje, że na drodze pozostanie jedynie ruch lokalny – rozumiany jako dojazd do posesji, a uruchomiony zostanie objazd. Trudno uznać, że nie jest uniemożliwieniem dostępu do drogi wojewódzkiej, która przez sam fakt posiadania takiej kategorii jest drogą tranzytową, pozostawienie ruchu lokalnego jest czymś innym niż uniemożliwieniem dostępu do tej drogi wszystkim użytkownikom (poza mieszkańcami posesji przy drodze).

Domaganie się zmodyfikowania opracowanego przez A. Z. na zlecenie powoda projektu czasowej organizacji ruchu, który obejmował ruch wahadłowy, powodowało dalsze opóźnienie w rozpoczęciu robót przez powoda. Nie można czynić powodowi zarzutu, a co za tym idzie naliczać kary umownej z tytułu opóźnienia, skoro pozwany wymagał od niego modyfikacji przygotowanego projektu organizacji ruchu. Powód wypełnił warunki określone w SIWZ (k. 29) jak i umowie – tj. przygotował i dostarczył stosowny projekt, natomiast fakt, że pozwany z wykonawcą przebudowy drogi uznali, że jest on niewystarczający, nie wpływa na odpowiedzialność kontraktową powoda.

Na marginesie zauważyć trzeba, że powód w swoich zeznaniach tłumaczył swoje opóźnienie również trudnymi warunkami pracy (por. k. 177 in fine), niemniej oświadczył on w treści umowy, że zapoznał się z miejscem prowadzenia robót, dokumentacją, o której mowa w § 1 ust. 3 i 4 i nie wnosi w tym zakresie żadnych uwag oraz zastrzeżeń, a warunki prowadzenia robót były mu znane.

Abstrahując od tego, że powód poza swoimi twierdzeniami nie starał się wykazać w ogóle stopnia trudności robót i wynikłych problemów w trakcie wykonywania prac, to zauważyć trzeba, że wobec treści umowy stron powód nie mógł tłumaczyć swojego opóźnienia utrudnieniami w prowadzeniu robót.

Powód nie podnosił w trakcie procesu, że negatywny wpływ na termin zakończenia przez niego prac wykonywanych na zlecenie pozwanego miało podpisanie przez niego umowy podwykonawczej i skierowanie do prac przy jej realizacji części pracowników od lipca 2011r.

Zgodnie z umową stron prace miały być wykonywane od przekazanie placu budowy, co miało nastąpić w dniu podpisania umowy – tj. 7 czerwca 2011 r., do 31 sierpnia 2011 r. – kiedy to umownie oznaczono termin zakończenia wykonywania prac. Zatem strony ustaliły czas wykonywania prac na 86 dni.

Natomiast powód faktycznie roboty prowadził od 25 lipca 2011r. (wpis w dzienniku budowy o rozpoczęciu prac) do 26 października 2011 r., kiedy bezspornie zgłosił gotowość odbioru wykonanych prac (por. k. 57), tj. przez okres 94 dni.

Różnicę między faktycznym, a umówionym okresem wykonywania prac przez powoda wynosi 8 dni i stanowi rzeczywiste opóźnienie powoda, które w ocenie Sądu mogło stanowić podstawę naliczenia przez pozwanego kary umownej.

Zgodnie z przepisem art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W § 13 umowy strony postanowiły, że obowiązującą formą odszkodowania są kary umowne. Zgodnie z umową stron - powód został zobowiązany do zapłaty pozwanemu kary umownej w szczególności za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy opisanego w § 1 ust. 2 – w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto określonego w § 2 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia. Skoro wartość wynagrodzenia ryczałtowego wynosiła brutto 2.226.421,53 zł, to 0,5% z tej kwoty wynosi w zaokrągleniu 11.332,10 zł.

Jak wynika, z powyższego pozwany mógł zasadnie naliczyć powodowi karę umowną jedynie za opóźnienie wynoszące 8 dni, a iloczyn liczby dni opóźnienia oraz wysokości kary umownej za jeden dzień opóźnienia wynosi w zaokrągleniu 90.656,80 zł.

Kwota ta stanowi należną pozwanemu karę umowną z tytułu nienależytego – tj. nieterminowego wykonania przez powoda zobowiązania.

Z uwagi na to, złożone przez pozwanego oświadczenie, o potrąceniu z dochodzoną pozvem wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia, wierzytelności pozwanego z tytułu kary umownej, było skuteczne jedynie co do kwoty 90.656,80 zł gdyż pozwanemu przysługiwała kara umowna jedynie w tej wysokości.

Złożone oświadczenie o potrąceniu doprowadziło więc do umniejszenia wierzytelności powoda do kwoty 543.941,36 zł i taką to kwotę Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda w punkcie 1 wyroku, oddalając powództwo w pozostałym zakresie.

Powód domagał się miarkowania kary umownej. Zgodnie z przepisem art. 484 § 2 k.c. - jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W ocenie Sądu brak było podstaw do zastosowania tego przepisu w niniejszej sprawie. Miarkowanie bowiem ma charakter wyjątkowy (wyrok SN z 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, LEX nr 530614), a Sąd nie dopatrył się wyjątkowości w stanie faktycznym tej sprawy. Kwota, która Sąd uznał za zasadną do potrącenia stanowi bowiem niewielki ułamek wartości wynagrodzenia powoda (niecałe 4%). Poza tym w ocenie Sądu miarkowanie dotyczyć by mogło jedynie kwoty stanowiącej iloczyn kary umownej za jeden dzień opóźnienia i liczby dni opóźnienia, a nie wynikającej z § 13 ust. 2 pkt 1 umowy stawki jednostkowej za każdy dzień opóźnienia stanowiącej 0,5% wynagrodzenia wykonawcy brutto.

Rozstrzygnięcie o odsetkach znalazło swoją podstawę w przepisie art. 481 § 1 i 2 k.c.

Sąd stwierdził, że powód prawidłowo domagał się odsetek ustawowych od dnia następnego po upływie wskazanego w fakturze VAT nr (...) terminu płatności; faktura korygująca nie dotyczyła wszak tej kwestii.

Pozwany kwestionował tę okoliczność, ale zwrócić należy uwagę na fakt, że nie ma obecnie w postępowaniu cywilnym – po uchyleniu przepisów o postępowaniu gospodarczym – obowiązku wcześniejszego, tj. przed wytoczeniem powództwa, osobnego wzywania dłużnika przez wierzyciela do zapłaty. Faktura VAT stanowi w obrocie gospodarczym surogat wezwania do zapłaty. Jak zaś wynika z przedłożonych kserokopii, których pozwana skutecznie nie zakwestionowała – powód doręczył pozwanej sporną fakturę VAT i terminie zapłaty ustalonym zgodnie z treścią umowy (30 dni od dnia doręczenia faktury zamawiającego co nastąpiło w dniu 15 listopada 2011r.). Z tym dniem pozwany został poinformowany o roszczeniu powoda i miał wystarczającą ilość czasu na uiszczenie całej żądanej kwoty. Pozwany jeszcze przed upływem terminu płatności ww. faktury złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu. Nie może zatem twierdzić, że o roszczeniu powoda w kwocie dochodzonej pozwem dowiedział dopiero z momentem doręczenia mu pozwu.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. rozdzielając je stosunkowo między strony procesu i obciążając nimi w 14% powoda i w 86% pozwanego.

Pozwany wygrał bowiem proces w 14% - sąd oddalił powództwo co do kwoty 90.656,80 zł z żądanej przez powoda kwoty 634.598,16 zł.

Na poniesione przez powoda koszty procesu składały się opłata od pozwu – 31730 zł, wynagrodzenie pełnomocnika procesowego – 7.200 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17 zł (łącznie 38947 zł), z czego pozwany winien zwrócić powodowi 86%, czyli 33494,42 zł.

Z kolei na poniesione przez pozwanego koszty procesu składały się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego – 7.200 zł i opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17 zł (łącznie 7217 zł), z czego powód winien zwrócić pozwanemu 14%, czyli 1010,38 zł.

Po dokonaniu kompensaty powyższych kwot Sąd otrzymał kwotę 32484,04 zł, którą zasądził od pozwanego na rzecz powoda tytułem zwrotu kosztów procesu.

Wyrok z dnia 28.11.2014 r. zaskarżyły apelacjami obie strony.

Pozwany zaskarżył wyrok w części - co do pkt 1 – uwzględniającego powództwo i pkt 3 – co do kosztów. Skarżący rozstrzygnięciu zarzucił:

- nie uwzględnienie skutecznego potrącenia przez pozwanego wierzytelności pozwanego w kwocie 634.598,16 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z wierzytelnością powoda z tytułu zapłaty za wykonanie robót w kwocie 2.266.421,53 zł na podstawie oświadczenia z dnia 1.12.2011 r. mimo zgłoszenia tego twierdzenia przez pozwanego zarówno w odpowiedzi na pozew jak i w toku postępowania, co potwierdza Sąd w uzasadnieniu,

- niezgodne ze stanem faktycznym ustalenie, że pozwany ponosi winę ( a co najmniej w części ) za opóźnienie w opracowaniu organizacji ruchu na drodze wojewódzkiej (...) poprzez wyrażenie stanowiska w tej sprawie w piśmie z 17.06.2011 r. skierowanym do A. Z. opracowującej na zlecenie powoda projekt organizacji ruchu na tej drodze, a w konsekwencji nieuzasadnione przyjęcie opóźnienia powoda w wykonaniu przedmiotu umowy tylko w ilości 8 dni,

- przyjęcie, iż pozwany poprzez nie przekazanie bezpośrednio powodowi placu budowy ponosi wyłączną winę za opóźnienie powoda w wykonaniu przedmiotu umowy, a w konsekwencji okoliczność ta nie uprawniała pozwanego do naliczenia kary umownej za cały okres opóźnienia lecz jedynie za 8 dni.

Powołując się na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa w całości i obciążenie kosztami procesu powoda w całości. – k. 208, 217, 257-264

Powód zaskarżył wyrok w części – co do pkt 2 – oddalającego powództwo i co do pkt 3 – w zakresie kosztów procesu. Rozstrzygnięciu skarżący zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na wadliwym ustaleniu kwoty 11.332,10 zł jako dziennej kary umownej przewidzianej wobec powoda tytułem opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, co skutkowało przyjęciem, że powód wykonując przedmiot umowy z opóźnieniem 8 dni winny jest zapłaty na rzecz pozwanego kwoty 90.656,80 zł kary umownej,

- naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 483 § 1 kc poprzez wadliwe jego zastosowanie i nie uwzględnienie przewidzianej w tym przepisie okoliczności warunkującej możliwość zastosowania kary umownej w postaci konieczności naprawienia szkody i wadliwe uznanie, że pozwanemu przysługuje od powoda kara umowna w wysokości 90.656,80 zł liczona za 8 dni opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, gdy tymczasem pozwanemu w niniejszej sprawie nie przysługuje roszczenie o zapłatę odszkodowania z tytułu opóźnienia, zaś w umowie strony w sposób jednoznaczny ustaliły, że kara umowna stanowi formę odszkodowania, co winno skutkować przyjęciem, że tylko opóźnienie powoda w wykonaniu umowy wywołującej szkodę w majątku pozwanej warunkuje możliwość skorzystania z kary umownej, wykluczając jednocześnie jej zastosowanie, gdy szkoda w wyniku opóźnienia nie powstała,

- naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 kc poprzez dokonanie jego wadliwej wykładni i uznanie, że w niniejszej sprawie nie znajduje on zastosowania, gdy tymczasem stan faktyczny niniejszej sprawy wymaga w sposób zdecydowany i oczywisty zastosowania wspomnianego powyżej przepisu i uznania, że niewielka liczba dni opóźnienia, tj. 8 dni, jaka upłynęła od chwili umownego wykonania przedmiotu umowy do rzeczywistego jego wykonania, przy uwzględnieniu wszystkich czynności wykonanych przez powoda oraz wielkości inwestycji, nie powinna skutkować zastosowaniem niezwykle surowej sankcji finansowej wobec powoda, przy równoczesnym uznaniu, że w wyniku opóźnienia pozwany nie poniósł jakiegokolwiek szkody,

- naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 484 §2 kc poprzez dokonanie wadliwej wykładni i uznanie, że w niniejszej sprawie nie znajduje on zastosowania, gdy tymczasem stan faktyczny wymaga w sposób zdecydowany i oczywisty zastosowania wspomnianego przepisu a zastosowana kara umowna nie mogła być stosowana z powodów opisanych bliżej w apelacji,

- naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 483 kc poprzez jego nieuwzględnienie i wbrew stanowisku, że kara umowna stanowi surogat odszkodowania tj. rekompensaty rzeczywiście powstałej u pozwanego szkody, uznanie za prawidłowe uwzględnienie przy naliczeniu kary umownej wartości brutto wynagrodzenia powoda, zawierającego wysokość należnego Państwu podatku VAT, który nie może służyć jako wartość umniejszenia w majątku pozwanej, gdyż nie jest jego składnikiem, co prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia pozwanej o odpowiednią wartość kary umownej ustalonej proporcjonalnie do wysokości podatku VAT należnemu Państwu, zaś nie przysługującemu stronom umowy,

- z ostrożności procesowej skarżący wniósł o zmiarkowanie kary umownej do wysokości 17.811,37 zł.

Powołując się na powyższe zarzuty skarżący wniósł o stosowną zmianę zaskarżonego wyroku wraz z kosztami procesu. – k. 220-232

Powód wniósł o oddalenie apelacji pozwanego i zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów procesu. – k. 248-249

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji powoda i zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów procesu. – k 251-253

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Obie apelacje nie zasługiwały na uwzględnienie.

**Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu I instancji, jak też wyprowadzone na ich podstawie wnioski prawne, czyniąc je tym samym podstawą własnego rozstrzygnięcia.**

**Odnosnie apelacji pozwanego.**

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że pozwany nie wywiązał się w terminie z obowiązku wynikającego z § 4 pkt a umowy – wydania powodowi placu budowy. Trafnie Sąd ustalił, że powód został dopuszczony do placu budowy dopiero 25.07.2011 r. i to przez wykonawcę remontu drogi nr (...).

Oczywiście nie sposób zgodzić się ze skarżącym, że sam zapis § 4 pkt a umowy ( k. 16 ) świadczy, iż pozwany już w dniu 7.06.2011 r. wykonał swój obowiązek. Wydanie placu budowy nie może polegać na czystym zapisie słownym, ale musi być połączone z udostępnieniem wykonawcy terenu w taki sposób, że może on przystąpić do realnych działań.

Przeczy temu także treść protokołu z 16.06.2011 r., z którego wynika, że placem budowy „zawiadywało” Przedsiębiorstwo (...) SA i powód miał ustalić z tym podmiotem wejście na teren budowy i przejęcie placu budowy. – k. 98 Skoro powód miał to dopiero ustalić w przyszłości, to oczywistym jest, że nie można zaakceptować stanowiska skarżącego, że wydanie placu budowy nastąpiło w dniu 7.06.2011 r. a najpóźniej w dniu 16.06.2011 r. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że wykonawca remontu drogi, którego stanowisko podzielał pozwany, uzależniał dopuszczenie powoda do placu budowy od opracowania projektu organizacji ruchu polegającego na zamknięciu drogi, a nie dopuszczenia ruchu wahadłowego, mimo iż wcześniej nie było mowy o tym, że organizacja ruchu ma polegać na zamknięciu drogi. Podkreślić trzeba, że wykonawca remontu drogi nie był w żaden sposób uprawniony do wypowiedzania się w kwestii organizacji ruchu w związku z umową łączącą powoda z pozwanym. Tymczasem ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że to głos tego podmiotu zdecydował, że pozwany w piśmie z 17.06.2011 r. wykluczył możliwość utrzymania ruchu wahadłowego na rzecz całkowitego zamknięcia drogi.

W świetle powyższego oczywiście chybiony jest pogląd, że pozwany wydał powodowi plac budowy w dniu 16.06.2011 r. Wiadomo było już wówczas, że wykonawca drogi uzależniał wejście powoda na plac budowy od całkowitego zamknięcia drogi, w czym wspierał go również pozwany i rozpoczęcie prac będzie możliwe dopiero po opracowaniu nowego projektu organizacji ruchu.

Za całkowicie dowolne uznać należy wywody skarżącego, że powód celowo opóźniał wejście na plac budowy, bo w tym czasie realizował inne inwestycje. Gdyby nie sprzeciw pozwanego co do wahadłowej organizacji ruchu, gotowej na początku czerwca, powód mógłby rozpocząć prace jeszcze w miesiącu czerwcu. Ani z SIWZ, ani z umowy nie wynikał obowiązek opracowania organizacji ruchu polegającej na zamknięciu drogi nr (...), o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Analizując sprawę zmiany organizacji ruchu rozróżnić należy kwestię zarządzania drogami ( sprawuje to zarządca drogi ) i zarządzania ruchem na drogach ( wykonuje organ zarządzający ruchem ).

Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o 21.03.1985 r. o drogach publicznych, zarządcą drogi jest właściwy organ administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego, do którego właściwości należą sprawy z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg. W myśl art. 19 ust. 2 pkt 2 i 4 zarządcą dróg wojewódzkich jest zarząd województwa, a gminnych wójt ( burmistrz, prezydent miasta ). Zgodnie z art. 20 pkt 14 do zarządcy drogi należy wprowadzanie ograniczeń lub zamykanie dróg oraz wyznaczanie objazdów drogami różnej kategorii, gdy występuje bezpośrednie zagrożenie bezpieczeństwa osób lub mienia. Zarządca drogi może wykonywać swoje obowiązki przy pomocy jednostki organizacyjnej będącej zarządem drogi, utworzonej odpowiednio przez sejmik województwa, radę powiatu lub radę gminy. – art. 21 ust. 1.

Z kolei organem zarządzania ruchem na drogach wojewódzkich jest marszałek województwa, a na drogach powiatowych i gminnych starosta. – art. 10 ust. 4 i 5 ustawy 20.06.1997 r. prawo o ruchu drogowym.

Szczegółowe warunki zarządzania ruchem na drogach reguluje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 23.09.2003 r. w sprawie szczegółowych warunków zarządzania ruchem na drogach oraz wykonywania nadzoru nad tym zarządzaniem. Podstawą do wprowadzenia organizacji na nowo wybudowanej drodze lub jej zmiany na drodze istniejącej jest zatwierdzenie organizacji ruchu przez organ zarządzający ruchem. - § 4 ust. 1 Projekt organizacji ruchu może przedstawić do zatwierdzenia 1) zarząd drogi, 2) organ zarządzający ruchem, 3) inwestor lub jednostka, o której mowa w § 11 pkt 1-6, 4) osoba realizująca zamówienie jednostek, o których mowa w pkt 1-3. - § 4 ust. 3 Organizację ruchu zatwierdza, na podstawie projektu organizacji ruchu, organ zarządzający ruchem właściwy dla danej drogi. Organizację ruchu na skrzyżowaniu dróg o różnych organach zarządzających ruchem zatwierdza organ zarządzający ruchem właściwy dla drogi wyższej kategorii. W przypadku zamknięcia drogi dla ruchu lub wprowadzenia na drodze ograniczenia ruchu powodującego konieczność prowadzenia objazdów drogami różnych kategorii, czasową organizację ruchu zatwierdza organ zarządzający ruchem właściwy dla drogi, na której wprowadzono ograniczenia. - § 6 Do przedstawionego do zatwierdzenia projektu organizacji ruchu powinny być dołączone opinie, w tym opinie zarządu drogi, jeżeli nie jest on jednostką składającą projekt. - § 7 ust. 2 pkt 4 Przyjąć należy, że jeżeli projekt obejmuje zmianę organizacji ruchu dotyczącą dróg zarządzanych przez odrębne zarządy dróg, to należy przedstawić opinie wszystkich zarządów dróg, których zmiana ma dotyczyć.

Budowa kanalizacji sanitarnej z przyłączami w miejscowości K. i M. odbywała się w ciągu drogi wojewódzkiej nr (...) K.-Ś.-G.-R.. Zarówno w miejscowości K. jak i M. droga wojewódzka krzyżowała się z drogami gminnymi. – k. 50-51. Niewątpliwie zatem występowało dwóch zarządców dróg – zarządca drogi wojewódzkiej – (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w P. i zarządca drogi gminnej – Burmistrz Miasta i Gminy D..

W tych okolicznościach, w świetle opisanej wyżej regulacji prawnej przyjąć należało, że zwrócenie się przez A. Z., która działała na podstawie § 4 ust. 3 pkt 4 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 4 cyt. rozporządzenia z dnia 23.09.2003 r. na rzecz powoda, do pozwanego, jako zarządcy dróg gminnych, o zaopiniowanie projektu organizacji było właściwe. Odmienne twierdzenia zawarte w apelacji nie zasługiwały na uwzględnienie.

Nawet jeśli byłoby tak jak twierdzi pozwany, że zwrócenie się do niego o opinię przez A. Z. było błędem, to jego obowiązkiem było albo zwrócenie przedstawionej do zaopiniowania dokumentacji bez zajmowania jakiegokolwiek stanowiska ( skoro nie był kompetentny ) albo przekazanie jej właściwemu podmiotowi, który powinien w ocenie pozwanego taką opinię przedstawić. Tymczasem pozwany ( przy udowodnionym przemożnym wpływie wykonawcy remontu drogi ) zajął w tej kwestii jednoznaczne stanowisko w piśmie z 17.06.2011 r., opiniując przedstawiony projekt wahadłowej organizacji ruchu negatywnie, warunkując możliwość rozpoczęcia prac od zmiany przedłożonego projektu polegającej na zamknięciu drogi wojewódzkiej na przedmiotowym odcinku, z pozostawieniem jedynie ruchu lokalnego. – k. 53 Jeśli zatem pozwany nie czuł się kompetentny do zaopiniowania przedstawionego projektu, to poprzez zajęcie zdecydowanego, negatywnego stanowiska i zgłoszenie konieczności zamknięcia drogi nr (...) w piśmie z 17.06.2011 r. niewątpliwie wprowadził powoda w błąd i wymusił na nim opracowanie zupełnie nowego, bardziej złożonego projektu organizacji ruchu.

Wbrew stanowisku pozwanego, to nie zwrócenie się do niego przez A. Z. o zaopiniowanie opracowanego projektu organizacji ruchu opóźniło dopuszczenie powoda na plac budowy i rozpoczęcie prac, a stanowisko pozwanego, który zażądał kategorycznie, że nie akceptuje ruchu wahadłowego na drodze, a oczekuje całkowitego zamknięcia drogi. W apelacji pozwany twierdzi, że nie posiadał w tej mierze żadnych kompetencji, w takim razie trzeba było to stanowisko przedstawić w chwili, gdy A. Z. zwróciła się o opinię.

Zauważyć trzeba, że w SIWZ wskazano, że inwestycja jest realizowana równolegle z inwestycją przebudowy drogi (...) w pasie drogowym i dlatego m.in. powód miał uzgodnić harmonogram rzeczowy z wykonawcą przebudowy drogi wojewódzkiej nr (...). Wykonawca zobowiązany został także do przygotowania projektu organizacji ruchu i powinien dysponować osobami odpowiedzialnymi do kierowania ruchem drogowym. – k. 29

Z powyższego wynika jednoznacznie, że powód miał uzgodnić z wykonawcą przebudowy drogi harmonogram rzeczowy, nie przewidywano z tym podmiotem natomiast obowiązku uzgodnienia w zakresie zmiany organizacji ruchu. Taki obowiązek nie wynika również z umowy ( zobacz § 5 pkt a i pkt f umowy – k. 16 ).

Treść zapisu w SIWZ co do przygotowania projektu organizacji ruchu jednoznacznie sugeruje, że ruch ten powinien być uregulowany jako ruch wahadłowy skoro na wykonawcę nałożono obowiązek zabezpieczenia osób odpowiedzialnych do kierowania ruchem drogowym. Za takim rozwiązaniem przemawiało też to, że powód wykonywał prace w pasie drogowym, a nie na samej drodze.

Powód zlecił opracowanie organizacji ruchu jeszcze przed podpisaniem umowy, co nastąpiło 7.06.2011 r. a gotowy projekt organizacji ruchu przedłożył pozwanemu do zaopiniowania w dniu 9.06.2011 r. Powód zachował się racjonalnie i dochował należytej staranności, aby projekt organizacji ruchu został opracowany momencie, gdy podpisana zostanie umowa. Trudno w tych okolicznościach stawiać powodowi zarzut, że jego obciąża konieczność opracowania nowej, znacznie bardziej skomplikowanej organizacji ruchu, na wyraźne żądanie pozwanego, którego wcześniej pozwany nie zgłaszał, ani nawet nie sugerował, co ostatecznie opóźniło dopuszczenie powoda do placu budowy i tym samym rozpoczęcie robót. Ta konkluzja Sądu Okręgowego okazała się w pełni uzasadniona.

W tych okolicznościach trafnie przyjął Sąd Okręgowy, że brak było podstaw do naliczenia pozwanemu kary umownej za cały okres opóźnienia, co do 56 dni. Skuteczne okazało się naliczenie kary umownej za okres 8 dni i w tym zakresie Sąd I instancji uwzględnił zarzut potrącenia podniesiony przez pozwanego do kwoty 90.656,80 zł.

Strony przy wykonywaniu zobowiązania powinny ze sobą współdziałać ( art. 354 kc ). Nie ulega wątpliwości, że powinny zachowywać się wobec siebie także lojalnie. W okolicznościach niniejszej sprawy próba przerzucenia odpowiedzialności na powoda za całe opóźnienie w wykonaniu zobowiązania stanowiła naruszenie obowiązku współdziałania stron i lojalnego zachowania ze strony pozwanego.

Z treści uzasadnienia Sądu I instancji nie można wyprowadzić wniosku, że Sąd przyjął, że pozwany ponosi winę za opóźnienie w opracowaniu organizacji ruchu na drodze wojewódzkiej nr (...). W ocenie Sądu zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał obciążać odpowiedzialnością powoda za wejście na plac budowy dopiero 25.07.2011 r. Nie ulega wątpliwości, że stanowisko pozwanego przyczyniło się do tego, że powód mógł rozpocząć prace dopiero 25.07.2011 r.

Nikt nie kwestionował faktu zgłoszenia zarzutu potrącenia przez pozwanego, jednakże na skutek przeprowadzonego postępowania okazało się, że zarzut ten okazał się skuteczny jedynie w części, co do kwoty 90.656,80 zł. W pozostałej części wierzytelność z tytułu kary umownej nie istniała. Pozwany nie miał podstaw do naliczenia kary umownej w tym zakresie.

Oczywiście gołosłowne jest twierdzenie, że powód nie kwestionował dokonanego potrącenia, czego dowodem jest niniejszy spór o zapłatę potrąconej części wynagrodzenia.

### ***Oдноśnie apelacji powoda.***

Oczywiście chybione są wywody powoda, że kara umowna należy się pozwanemu jedynie w sytuacji, gdyby opóźnienie w wykonaniu zobowiązania spowodowało po stronie pozwanej szkodę.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W niniejszej sprawie zobowiązanie zostało wykonane w całości, roszczenie o zapłatę kary umownej ma zatem podstawę w nienależytym (nieterminowym) wykonaniu zobowiązania. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16.06.2004 r., sygn. III CK 103/2003, LexPolonica nr 2423407: (...) Odpowiedzialność z tytułu kar umownych jest odpowiedzialnością z tytułu niewykonania zobowiązania. Przepis art. 484 k.c. nie zawiera uregulowań odnoszących się do kwestii winy dłużnika, ale nie oznacza to, że nie mają tu zastosowania ogólne reguły odpowiedzialności określone w art. 471 k.c.

Konstrukcja tego przepisu wskazuje zaś, że na dłużniku ciąży domniemanie winy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, od odpowiedzialności może zatem zwolnić się jeśli wykaże, że nastąpiło to z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi. (...) S. umów (art. 353[1] k.c.) nie sięga tak daleko, że dopuszcza zmianę zasady odpowiedzialności określonej w art. 483, art. 384 i art. 471 k.c. Swobodę stron w zakresie umownego ułożenia stosunku prawnego w zakresie kary umownej zakreśla art. 484 § 2 k.c. (wysokość odszkodowania) i nie dotyczy to kwestii domniemania winy.

W związku z powyższym, powód (wykonawca) mógł zwolnić się z odpowiedzialności poprzez wykazanie, iż do opóźnienia obejmującego 8 dni doszło wskutek okoliczności przez niego niezawinionych. W ocenie Sądu Apelacyjnego powód nie zdołał wykazać, że nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w wymiarze 8 dni. Powód zdawał sobie sprawę, że rozpoczął prace znacznie później aniżeli przewidywał to harmonogram prac wynikający z umowy. W tych okolicznościach winien podjąć dodatkowe starania, aby zmniejszyć opóźnienie, a co najmniej, aby go nie zwiększyć. Tymczasem okazało się, że w rzeczywistości powód wykonywał prace dłużej aniżeli pierwotnie było to zaplanowane. Nie przez 86 dni, a przez 94 dni. Niewątpliwie za 8-dniowe powód ponosi winę.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego skarżący nadmierną wagę przywiązuje do literalnego brzmienia tej części umowy utożsamiającej karę umowną z odszkodowaniem.

Zgodnie z art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Z kolei przepis art. 65 § 1 k.c. nakazuje tłumaczyć oświadczenie woli, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Bezspornym w sprawie było, że oferta pozwanego została przyjęta w trybie zamówień publicznych ze względu na propozycję wykonania robót za określone wynagrodzenie w określonym terminie. Tryb ten ma na celu wybór optymalnej oferty w celu racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Nie mogły on być zrealizowany gdyby dopuszczalne było wykonanie umowy z rażącym uchybieniem umówionego terminu realizacji, bez konsekwencji finansowych dyscyplinujących wykonawcę do jego dochowania.

W znacznej części zamówień termin wykonania robót miałyby wówczas charakter formułkowy nie mający znaczenia dla wyboru oferenta.

Kara umowna, o jakiej mowa w przepisie art. 484 k.c. traktowana jest jako zryczałtowana forma odszkodowania. W judykaturze, od szeregu lat utrwalony jest jednak pogląd, że kara umowna przysługuje także w takim przypadku gdy zamawiający nie poniósł żadnej szkody z powodu nienależytego wykonania umowy mimo, że przepis mówi o prawie do kary "bez względu na wysokość poniesionej szkody". Dochodzenie dalszego odszkodowania jest dopuszczalne jeśli strony się tak umówiły.

Mając powyższe na względzie należało dokonać wykładni § 13 ust. 1 i 2 umowy stron w ten sposób, że pozwanemu należy się kara umowna bez względu na to czy poniósł szkodę ze względu na niedochowanie terminu realizacji zamówienia. Powód nie wykazał bowiem, że wolą stron było obciążenie go karą tylko w przypadku doznania szkody przez pozwanego. Zwyczaj w tym zakresie jest bowiem inny i samo odwoływanie się do postanowień umowy wiążącej karę ze szkodą, a ściślej traktującej ją jako formę odszkodowania, jest niewystarczające do uznania, że wolą stron było uregulowanie w tym zakresie odmienne od wynikającego z przepisu art. 484 § 1 k.c.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, albo gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, dłużnik może żądać jej zmniejszenia. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że w niniejszym przypadku brak było przesłanek, które uzasadniałyby dokonanie miarkowania kary umownej wyliczonej zgodnie z umową. Przede wszystkim, o czym mowa była wyżej, powód zdawał sobie sprawę, że przystąpił do wykonywania umowy ze znacznym opóźnieniem i powinien dołożyć maksymalnych starań, aby stracony czas nadrobić, a co najmniej opóźnienia nie zwiększyć. Stało się jednak inaczej. Zgodzić się należy również ze stanowiskiem, że kara umowna w wysokości 4% wartości kontraktu nie może być uznana za rażąco wygórowaną.



Całkowicie niezrozumiały jest zarzut co do naliczenia kary umownej od wynagrodzenia brutto określonego w umowie. W § 13 ust. 2 pkt 1 umowy strony zgodnie określiły, że za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy kara umowna będzie wynosić 0,5% wynagrodzenia brutto ( 2.266.421,53 zł ), za każdy dzień opóźnienia. Wynagrodzenie brutto stanowiło w tym przypadku wyłącznie jeden z mierników według, którego miała być wyliczona wysokość kary umownej. Strony w tym zakresie mogły zgodnie wskazać dowolny inny miernik do ustalenia wysokości kary umownej. Nie można zasadnie zakwestionować tego, że akurat wybrały zgodnie miernik opisany w § 13 umowy.

Wreszcie za chybiony należy uznać zarzut błędu matematycznego w wyliczeniu przez Sąd Okręgowy wysokości kary umownej. Kara miała wynosić 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Wynagrodzenie brutto umówiono na kwotę 2.266.421,53 zł, a 0,5% z tej kwoty to 11.332,10 zł. Ponieważ opóźnienie wynosiło 8 dni, to łączna kwota kary umownej wyniosła 90.656,80 zł.

Mając powyższe okoliczności na uwadze, obie apelacje, jako niezasadne, należało oddalić. – art. 385 kpc

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 i 108 § 1 kpc, znosząc je wzajemnie.

SSO /del./ Jarosław Grobelny SSA Bogdan Wysocki SSA Jerzy Geisler