

Sygn. akt I A Ca 51/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski
Sędziowie	:	SA Irena Ejsmont - Wiszowata (spr.) SA Jadwiga Chojnowska
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 16 lipca 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) w **B.**

przeciwko **Miastu B.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji **powoda**

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 23 lipca 2013 r. sygn. akt I C 411/12

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach I, II i III w ten sposób, że:**

- 1. zasądza od pozwanego Miasta B. na rzecz powoda (...) w B. kwotę 52.984,57 (pięćdziesiąt dwa tysiące dziewięćset osiemdziesiąt cztery i 57/100) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 21 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty;**
- 2. oddala powództwo w pozostałej części;**
- 3. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.908,41 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu;**
- 4. znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa procesowego;**

**II. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.561,50 zł tytułem zwrotu części opłaty od apelacji;**

**IV. znosi wzajemnie między stronami koszty procesu w instancji odwoławczej.**

## UZASADNIENIE

Powód (...) w B. wniósł o zasądzenie od pozwanego Miasta B. kwoty 102.454,86 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty, jak również o zasądzenie od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwane Miasto B. wniosło o oddalenie powództwa w całości, a także o zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 23 lipca 2013 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo w całości; zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.617 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 1.123,12 złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód oraz pozwany zawarli w trybie zamówienia publicznego umowę, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych polegających na budowie wodociągu w ulicach: (...) oraz budowie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej w ulicach: (...) w B. zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i dostarczoną Wykonawcy dokumentacją projektową stanowiącymi integralną część Umowy. Strony ustaliły, że (...) w B. zakończy wszystkie powierzone jej roboty do dnia 30 października 2010 roku, zaś ustalone przez strony wynagrodzenie ryczałtowe miało wynieść 1.661.031,20 złotych brutto. Zgodnie z umową plac budowy miał być powodowi przekazany w terminie 14 dni od zawarcia umowy tj. do dnia 14.09.2010 roku.

Stosownie do treści § 2 ust. 2 umowy, wykonawca przed zgłoszeniem obiektu do odbioru końcowego zobowiązany był na własny koszt dokonać odbiorów technicznych i niezbędnych badań oraz pomiarów przez uprawnione do tego jednostki /SANEPID, Zakład Energetyczny, Gazownia, UDT/. Ponadto wykonawca zobowiązał się do przedłożenia atestów, aprobat technicznych, deklaracji zgodności na wbudowane materiały, sprzęt i urządzenia. Z § 7 ust. 1 pkt 1 umowy wynikało, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w przypadku niedotrzymania terminu zakończenia prac w § 3 ust. 1 umowy w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umówionego brutto za każdy dzień zwłoki.

Pozwany przekazał powodowi plac budowy pod realizację inwestycji w zakresie budowy wodociągu w ulicach: (...) oraz budowie kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej w ulicach (...) w dniu 8 września 2010 roku. Plac budowy pod realizację budowy wodociągu i kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej (...) został przekazany protokołarnie w dniu 28 października 2010 roku, zaś plac budowy pod realizację budowy wodociągu w ul. (...) został przekazany protokołem z dnia 8 listopada 2010 roku

W dniu 29 października 2010 roku strony podpisały aneks nr (...) do umowy z dnia 31 sierpnia 2010 roku, w którym dokonały zmiany w zakresie zakończenia robót budowlanych objętych umową do dnia 30 listopada 2010 roku.

W dniu 26 listopada 2010 roku pozwany odstąpił od umowy w części dotyczącej budowy wodociągu oraz kanalizacji sanitarnej, na wskazanych w piśmie odcinkach w oparciu § 12 ust. 2 umowy, który przewidywał możliwość odstąpienia od umowy w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności. Z uwagi na powyższe, należne powodowi wynagrodzenie zmniejszyło się do kwoty 1.351.647,24 złotych brutto.

Sąd I instancji ustalił, że rozliczenie robót odbywało się etapami. W dniu 20 grudnia 2011 roku dokonano odbioru końcowego robót, w trakcie którego stwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową, projektem i późniejszymi zmianami wpisanymi w dzienniku budowy i dokumentacją projektową. Następnego dnia powód

wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 162.178,35 złotych netto (199.479,37 złotych brutto) z terminem płatności na 20 stycznia 2012 roku.

Pismem z dnia 4 stycznia 2012 roku pozwany poinformował powoda, że w związku z niedotrzymaniem terminu zakończenia budowy wodociągu przy ul. (...) A od ul. (...) i w ulicy (...) oraz budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej w ul. (...) obciążył powoda karami umownymi zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 za niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotu umowy. Kary umowne zostały naliczone od dnia 1 grudnia 2010 roku do dnia 14 grudnia 2011 roku, czyli za 379 dni w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki i wyniosły 102.454,86 złotych i zostały potrącone z faktury końcowej nr (...) z dnia 21 grudnia 2011 roku.

Pismem z dnia 16 stycznia 2012 roku powód nie zgodził się z naliczeniem mu kar umownych wskazując, że roboty budowlane były kończone w następujących terminach: (...) Jednocześnie podał, że przekroczenie terminów zakończenia prac w dwóch tylko przypadkach - ul. (...) nastąpiło z przyczyn niezależnych od niego, ponieważ odpowiedzialnością za przekroczenie terminu można obarczać wyłącznie pozwanego, który niezgodnie z umową przekazał plac budowy oraz kompletną dokumentację dopiero w dniach 28 października 2010 roku oraz 8 listopada 2010 roku, a nie jak przewidywała umowa w ciągu 14 dni od daty podpisania umowy. Dodatkowo podkreślił, że niezbędnym elementem przeprowadzenia odbioru inwestycji było wykonanie prób szczelności oraz badań laboratoryjnych wody na poszczególnych odcinkach sieci wodociągowej, których nie można było wykonać na niektórych odcinkach przed zakończeniem prac, nie będących w zakresie rzeczowym umowy pomiędzy stronami niniejszego procesu, związanych z przebudową sieci wodociągowej i kanalizacyjnej sanitarnej w ul. (...). S. S. i Z.. W dniu 27 stycznia 2012 roku powód otrzymał kwotę 97.024,51 złotych tytułem opłaty za fakturę nr (...), przy czym należność wynikającą z faktury pomniejszono o karę umowną w kwocie 102.454,86 złotych. Pismem z dnia 14 lutego 2012 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty żądanej pozwem kwoty, jednakże bezskutecznie.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Sąd Okręgowy uznał powództwo za niezasadne. Wskazał, że istota sprawy w niniejszym procesie sprowadzała się do oceny, czy istotnie powód dopuścił się zwłoki w realizacji prac będących przedmiotem umowy i czy nastąpiło to z przyczyn, za które nie mógł ponosić odpowiedzialności.

Podkreślił, że powód nie wszędzie rozpoczął wykonywanie prac o czasie, bowiem odbieranie placów budowy miało miejsce etapami w opisanych już wyżej datach i terminach, z czego rzeczywiście plac budowy na ul. (...) został przekazany protokolarnie w dniu 28 października 2010 roku, a plac budowy na ul. (...) – w dniu 8 listopada 2010 roku, a zatem już po terminie przewidzianym umową. Zwrócił jednakże uwagę, że nastąpiło to zgodnie z wolą powoda, o czym świadczą złożone przez niego wnioski o zajęcie pasa drogowego. Z uwagi na fakt, że konieczność zajęcia pasa drogowego wiązała się z dodatkowymi kosztami, to działania powoda mające na celu zminimalizowanie tych kosztów nie mogą być uznane za okoliczność od niego niezależną. Sąd wskazał, że również złe warunki pogodowe (niskie temperatury) nie mogły wyłączyć jego odpowiedzialności za powstałe opóźnienia. Zwrócił uwagę, że powód jest profesjonalnym przedsiębiorcą specjalizującym się w branży budowlanej, a zatem już na etapie podpisywania umowy musiał liczyć się z tym, że warunki klimatyczne o tej porze roku mogą być co najmniej zmienne i obejmować występowanie niskich temperatur.

Dalej Sąd wskazał, że istotnym w niniejszej sprawie było rozstrzygnięcie, czy nie można było wykonać prób szczelności wodociągu oraz badań laboratoryjnych wody na poszczególnych odcinkach sieci wodociągowej aż do momentu połączenia budowanych przez powoda odcinków z resztą sieci w zakresie realizowanym przez (...) Sp. z o.o. W tym celu Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu wykonawstwa sieci wodociągowych oraz kanalizacyjnych, który w swojej opinii podstawowej oraz uzupełniającej wskazał, iż powód nie wykonał umowy zgodnie z jej treścią i dokumentacją projektową. Za niezgodne z przepisami uznał zaniechanie przez powoda przeprowadzenie prób szczelności przewodów wodociągowych przed ich zasypaniem. W ocenie biegłego nieprawidłowe było też zasypanie zmontowanego odcinka rurociągu sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej bez wykonania prób szczelności z wynikiem pozytywnym. Sąd podzielił wnioski płynące z opinii biegłego uznając ją za wiarygodny dowód w sprawie. Z opinii tej wynikało bowiem, że powód nie musiał czekać na zakończenie prac związanych z przebudową sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w ciągu ul. (...). S. S. i Z., lecz miał on wszelką – faktyczną i prawną – możliwość

przeprowadzenia prób szczelności i laboratoryjnych za pomocą dowiezionej czystej wody. W tym zakresie powód nie był uzależniony od działań pozwanego, dlatego też nie można twierdzić, że przyczyna przekroczenia terminu przewidzianego w umowie leżała po stronie zamawiającego.

W konsekwencji Sąd I instancji uznał, że powód nie zdołał wykazać, iż niedotrzymanie przez (...) w B. terminu wykonania robót wynikało z przyczyn nie leżących po jego stronie. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę na § 2 ust. 2 umowy, który wyraźnie stanowi, że wykonawca przed zgłoszeniem obiektu do odbioru końcowego zobowiązany jest na własny koszt dokonać odbiorów technicznych i niezbędnych badań oraz pomiarów przez uprawnione do tego jednostki. W świetle tego zapisu nie ulegało zdaniem Sądu wątpliwości, iż odbiory techniczne dokonywane są w celu zgłoszenia odbioru końcowego, ale nie kończą inwestycji, a jedynie prowadzą do jej zakończenia, co ostatecznie nastąpiło protokołem z dnia 20 grudnia 2011 roku, czy też - jak przyjął pozwany - po dołączeniu atestów i deklaracji zgodności w dniu 14 grudnia 2011 roku. W konsekwencji uznał, że przekroczenie terminu przewidzianego aneksem do umowy nastąpiło wyłącznie ze względu na okoliczności, za które powód sam ponosił odpowiedzialność.

W ocenie Sądu I instancji wykonanie umowy nastąpiło zatem faktycznie 379 dni po terminie umownym. Sąd Okręgowy zaznaczył, że zgodnie z §7 ust.4 umowy z dnia 31 sierpnia 2010 roku zwłoka w tym zakresie upoważniała pozwanego do naliczenia kary umownej w wysokości 102.454,86 złotych. Wobec tego, że naliczenie kary umownej było zasadne, pozwany mógł swoją wierzytelność z tego tytułu przedstawić do potrącenia z wierzytelnością powoda o pozostałe do wypłaty wynagrodzenie. Zwrócił również uwagę, że jej wysokość - 0,02 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki nie jest wygórowana, a zatem nie było podstaw do jej miarkowania na podstawie art. 484 § 2 k.c.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Powód wniósł apelację od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości i zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 476 k.c., art. 471 k.c., art. 65 § 2 k.c., art. 354 k.c., art. 471 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 22 pkt 9 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane oraz art. 484 § 2 k.c.

Wniósł o zmianę wyroku poprzez uwzględnienie powództwa i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania I i II instancji według norm przepisanych.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem apelacji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:**

Apelacja powoda zasługiwała na uwzględnienie w części.

Wśród wielu zarzutów naruszenia prawa materialnego skarżący wskazywał na niewłaściwe zastosowanie przepisów art. 65 § 2 kc, art. 476 kc i art. 471 kc, które to zarzuty w ocenie Sądu II – iej instancji nie do końca były trafne.

Zarzut niewłaściwego zastosowania prawa materialnego dotyczy niewątpliwie kwestii prawidłowego odniesienia normy prawa materialnego do ustalonego bądź występującego w sprawie stanu faktycznego, czyli kwestii porównania poszczególnych okoliczności tego stanu faktycznego z elementami hipotezy danej normy prawnej i poddanie tego stanu ocenie prawnej na podstawie treści tej normy, a więc zastosowanie pewnych konsekwencji prawnych. Inaczej rzecz ujmując wadliwy proces subsumpcji polega na błędnym zakwalifikowaniu ustalonego stanu faktycznego do zakresu zastosowania normy prawnej (patrz. odp. wyroku SN z 2.04.2003 r., I KKN 160/01, LEX nr. 78813, z 23.02.2006 r., II CSK 101/05, LEX nr 180197).

W kontekście wyżej wskazanym nie mogło więc dojść do naruszenia wskazanego w apelacji art. 65 § 2 kc i to w sposób wyartykułowany w treści tak sformułowanego zarzutu.

Ustalenie bowiem pomiędzy stronami umowy określonej treści (ustalenie treści oświadczeń woli) należy do ustaleń faktycznych, a określenie charakteru stosunku prawnego łączącego strony należy do materialnoprawnej sfery rozstrzygnięcia, w tym również określenie jakie znaczenie należy przypisać oświadczeniom o określonej treści przy zastosowaniu reguł wykładni wskazanych w art. 65 kc (patrz odp. wyroku SN z 16.05.2005 r., IV CK 492/04, LEX nr 177275, z 18.06.2004 r., II CK 358/03 LEX nr 176094).

Sąd I – instancji prawidłowo zakwalifikował łączącą strony umowę jako umowę o wykonanie robót budowlanych, ramowo regulowaną w przepisach k.c., poczynając od art. 647 kc, umowę bezsprzecznie o charakterze inwestycyjnym, do której odnosiły się przepisy o charakterze administracyjno – prawnym, jak Prawo budowlane, a także Prawo zamówień publicznych. Sąd wskazał jej przedmiot, którym było wykonanie wodociągu w ulicach(...) w B., zgodnie ze specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i dostarczoną wykonawcy dokumentacją projektową, stanowiącą integralną część umowy. W świetle zapisów umowy łączącej strony nie ulegało wątpliwości, iż prace w zakresie wyżej opisanym powód jako wykonawca miał wykonać zgodnie z obowiązującymi przepisami i sztuką budowaną (§ 2 pkt 1 umowy – k. 75), przed zgłoszeniem obiektu do odbioru końcowego był zobowiązany też przeprowadzić niezbędne badania oraz pomiary przez uprawnione do tego jednostki, jak Sanepid, Zakład Energetyczny, Gazownia, Wodociągi, Urząd Dozoru Technicznego (§ 2 pkt 2 umowy), a także był zobowiązany do przeprowadzenia niezbędnych badań laboratoryjnych w pełnym zakresie (§ 2 pkt 8 umowy).

Przedmiotowe oświadczenia woli stron, w istocie swej nie stanowiły przedmiotu sporu w tej sprawie. Sporne stało się natomiast stanowisko stron w kwestii zasad sztuki budowlanej, sprowadzające się do metody wykonania prób szczelności wodociągu oraz badań laboratoryjnych na poszczególnych odcinkach sieci wodociągowej w zaistniałych w sprawie okolicznościach, tj. w sytuacji braku połączenia budowanych przez powoda odcinków sieci z siecią realizowaną przez innego inwestora tj. (...). Notabene tę sporną kwestię rozstrzygnął Sąd I – szej instancji przy udziale biegłego sądowego, wymagała ona bowiem wiadomości specjalnych. Opinia biegłego nie została w sprawie skutecznie podważona, zarówno przed Sądem I, jak i II instancji.

Wobec braku w tej mierze stosownych zarzutów apelacji, odnoszących się do ustaleń faktycznych, sformułowany zarzut naruszenia art. 65 § 2 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie mające polegać na ustaleniu, że strony umowy przewidziały w niej wykonanie prób bakteriologicznych wodą dowiezioną, przed połączeniem wykonanych odcinków wodociągu, mimo, że taka próba w ocenie skarżącego nie mogłaby stanowić podstawy prawidłowego wypełnienia § 2 pkt 2 zawartej między stronami umowy, zdaniem Sądu Apelacyjnego okazał się być zarzutem całkowicie nietrafionym.

Podobnie należało ocenić w okolicznościach wyżej podanych zarzut naruszenia art. 471 kc. W postępowaniu niniejszym powód nie przeprowadził żadnego skutecznego przeciwdowodu w odniesieniu do dowodu z opinii biegłego z zakresu urządzeń i sieci sanitarnych inż. S. O. (k. 162 – 183, 201 – 202, 209), nie sformułował też w apelacji zarzutów procesowych.

Zastosowana przez Sąd I – szej instancji w ocenie prawnomaterialnej norma art. 471 kc w przyjętym przez tenże Sąd stanie faktycznym sprawy nie pozostawała w żadnym związku z błędnym procesem jej subsumpcji.

Zarzut w tej części był zatem nieuzasadniony.

Także pozostający w ścisłym związku z poprzednim zarzutem, w świetle zaprezentowanej argumentacji sądu odwoławczego nieuprawniony był kolejny zarzut, tj. naruszenia art. 354 kc w zw. z art. 471 kc mający polegać tym razem na błędnej wykładni prawa w tej części, w jakiej odnosił się do przyjętych przez Sąd ustaleń, że powód powinien był i mógł wykonać próbę szczelności wodociągu przed jego całościowym połączeniem. Co do zasady zarzut błędnej interpretacji (wykładni) prawa materialnego polega na mylnym zrozumieniu treści zastosowanego (bądź niezastosowanego z powodu przyjętego kierunku wykładni) przepisu (patrz. odp. wyrok SN z 15.04.2004 r., IV CK 274/03, LEX nr 164852, z 22.10.2003 r., II CK 182/02, LEX nr 1486220). Ta postać naruszenia obejmuje także ustalenie treści ogólnych pojęć prawnych, między innymi opóźnienia czy zwłoki dłużnika w spełnianiu świadczenia. Niewłaściwa wykładnia przepisu może w konsekwencji doprowadzić do błędnego jego zastosowania bądź

niezastosowania. Mając to na uwadze w dalszej części należało odnieść do stanowiska skarżącego wyrażonego w treści pozostałych zarzutów apelacji odnoszących się do oczywistego ustalenia zwłoki oraz jej zakresu w rozumieniu art. 476 kc i niezastosowania miarkowania kary umownej w oparciu o przepis art. 484 § 2 kc., dzieląc je w stosownym zakresie. Strony umowy ustaliły, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną między innymi w przypadku niedotrzymania terminu zakończenia prac w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki (§ 7 ust. 1 pkt 1 umowy).

Zwłoka w świetle art. 476 kc jest opóźnieniem kwalifikowanym dłużnika, wynikającym z okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Opóźnienie nie jest zwłoką tylko wówczas, gdy dłużnik udowodni, że nastąpiło ono z przyczyn za które odpowiedzialności nie ponosi, wierzyciel zaś musi tylko wykazać, że świadczenie nie zostało spełnione w terminie, nie obciąża go natomiast dowód, że przybrało ono postać zwłoki (patrz. odp. wyroku SA z 25.05. 2006 r. I ACa 1229/05, OSA w Katowicach 2006 r. nr 4, SN z dnia 22.06.2007 r., VCSK 99/2007).

W okolicznościach tej sprawy i nie podważonych ustaleń Sądu I – szej instancji wynikało, iż termin zakończenia prac z umowy na dzień 30 listopada 2010 roku (k. 75, 36) nie został przez powoda dotrzymany. Zgromadzona dokumentacja w aktach sprawy oraz dowody osobowe nie pozostawiały wątpliwości co do faktu zakończenia prac w dniu 30 listopada 2011 roku i podpisaniu protokołu ich odbioru w dniu 20 grudnia 2011 roku (k. 26 in akt sprawy). Odbiór z tej daty był oczywiście możliwy, jak wynikało to z ustaleń Sądu I – szej instancji przede wszystkim po dokonaniu przez powoda wszelkich prób szczelności wodociągu, badań laboratoryjnych, a także zdaniem Sądu Apelacyjnego po dostarczeniu kompletnej dokumentacji przewidzianej w § 2 pkt 2, 7 i 8 umowy, czyli pełnej inwentaryzacji wykonanych robót, w tym z dokumentacją geodezyjną powykonawczą włącznie.

W sprawie bezspornym było, iż na datę 30.11.2010 roku badania szczelności sieci oraz badania laboratoryjne nie były wykonywane. Zostały one przeprowadzone ostatecznie w okresie od 16.08.2011 r. do 21.11.2011 roku (k. 30 – 32), co w rezultacie skutkowało uznaniem przez Sąd I – szej instancji pozostawieniem wykonawcy (powoda) w zwłoce w wykonaniu przedmiotowej umowy.

Sąd Apelacyjny podziela te ustalenia Sądu Okręgowego, które dotyczyły samego faktu zwłoki powoda, oparte na przyjęciu, iż nie wykazał on w procesie przyczyn swojego opóźnienia w okolicznościach przez siebie niezawinionych. Przeprowadzony bowiem dowód z opinii biegłego potwierdził istnienie możliwości faktycznej i prawnej przeprowadzenia prób szczelności i badań laboratoryjnych za pomocą dowiezionej wody, na poszczególnych odcinkach ulic, jeszcze przed zakończeniem prac związanych z przebudową całej sieci wodociągowej kanalizacji sanitarnej w ciągu ul. (...). S. S. i Z..

Powyższą ocenę dowodu i ustaleń z nim związanych dokonanych przez Sąd I – szej instancji, Sąd Apelacyjny w pełni aprobował, przyjmując za własne, co nie wymagało przytaczania ponownego szczegółowych w tej części wywodów.

Sąd Apelacyjny nie zgodził się jedynie co do całości przyjętego przez Sąd Okręgowy okresu wyliczonej przez pozwanego zwłoki na 379 dni, poczynając od dnia 1 grudnia 2010 roku do dnia 14 grudnia 2011 roku (k. 22).

Zebrane w sprawie dowody w sposób bezsporny wskazywały bowiem na taką okoliczność, jak panujące od 28 listopada 2010 roku do dnia 6 grudnia 2010 roku trudne warunki atmosferyczne, uniemożliwiające prowadzenia prac budowlanych na odcinku ulicy (...), skutkujące według zapisów w dzienniku budowy decyzją kierownika budowy o wstrzymaniu robót. Powyższe okoliczności w ocenie Sądu Apelacyjnego należało zakwalifikować w kategoriach zwykłego opóźnienia ze strony wykonawcy tych robót.

Z opóźnieniem zwykłym mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w czasie właściwym z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi.

Zmienna i nie zawsze stąd przewidywalna do końca w naszych warunkach aura należy do tych właśnie okoliczności ekskulpujących powoda w tym konkretnym przypadku. Stad też, zdaniem Sądu Apelacyjnego czas zwłoki w związku z niewykonanymi próbami szczelności i badań laboratoryjnych należało ustalić od dnia 14.12.2010 roku, tj. od dnia

następnego po odebraniu technicznym tej części inwestycji – do dnia 14.12.2011 roku czyli w sumie w wymiarze 366 dni.

Taką też wielkość w zakresie zwłoki Sąd Apelacyjny przyjął w swojej ostatecznej ocenie, rezultatem czego należna wysokość kary umownej wyniosła w sumie kwotę 98.940, 58 zł (366 x 0, 02 % kwoty 1.351.647,24 zł =98.940,58 zł).

Powyższa ocena Sądu Apelacyjnego oznaczała przyznanie w tej niewielkiej części racji skarżącemu, na bazie jego zarzutów naruszenia art. 476 kc.

Powód w tym procesie żądał markowania ewentualnie przyjętej podstawy naliczonej kwoty umownej. Nie wyartykułował co prawda swojego zakresu miarkowania, ale Sądy korzystają w tej mierze ze swojego prawa, opartego na ustawowych przesłankach z art. 484 § 2 kc.

Sąd I – szej instancji nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej z powodu jej rażącego wygórowania, o co wносиła strona inicjująca sprawę, bez wnikliwej jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego analizy okoliczności stanowiących podstawę takiego wnioskowania.

To, że powód jest profesjonalistą świadomym wszelkiego ryzyka w procesie inwestycyjnym, zaś wysokość kary (0, 02 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki) pozostaje powszechnie przyjętą na rynku, nie było w ocenie Sądu Apelacyjnego dostatecznym argumentem za nieprzyjęciem żądania powoda o miarkowaniu dostatecznym kary umownej..

Na uwadze należało bowiem mieć całokształt zachowań stron, przed, w toku i po terminie zakończenia prac, podlegających ocenie, w świetle zawartej przez nie umowy.

Ma nieco racji skarżący kiedy twierdzi, że umowa stron oraz SIWZ nie precyzowały zasad dokonania prób szczelności oraz badań laboratoryjnych przedmiotowej inwestycji za pomocą dowiezionej wody, przy uwzględnieniu kosztów takich działań.

Nie oznacza to jednakże, że strony nie mogły w tej kwestii w ramach współpracy doprecyzować swoich ustaleń umownych, ale tego nie zrobiły w sytuacji realnej oceny przebiegu inwestycji.

Nie było też pozbawione racji stanowisko skarżącego, że pozwana miała pełną świadomość co do faktu opóźnienia wykonania prac na innych odcinkach i niemożności „spięcia” całej sieci na datę 30.11.2010 roku, z czym powód wiązał racjonalną i ekonomiczną potrzebę wykonywania późniejszych prób szczelności oraz badań laboratoryjnych. Wskazują na to wpisy w dzienniku budowy, z których wynika fakt kończenia robót w 2010 roku na poszczególnych odcinkach, zgoda inspektora nadzoru na zasypanie kanalizacji mimo wpisów kierownika co do tego, iż „dezynfekcja wodociągu oraz próby szczelności będą wykonywane równoległe z przekazywaniem do użytku kontraktu Nr 5”.

Powyższe dowodziło nie tylko wiedzy, świadomości inwestora w opisywanym zakresie, ale i bierności tej strony w wyegzekwowaniu ostatniej przewidzianej na liście procedur związanych z odbiorem technicznym, procedury prób szczelności i czystości. Można nawet mówić w tym przypadku o akceptacji takiego stanu rzeczy przez inwestora, aż do momentu zakończenia prac przez (...) (k. 29).

Wcześniej strony czyniły faktyczne odstępstwa od umowy, chociażby w przedmiocie terminu przekazania placu budowy, poprzez jego etapowanie. Powód mógł zatem spodziewać się dalszych ustępstw ze strony inwestora chociażby w zakresie ustalenia terminu prób szczelności i badań laboratoryjnych. Poza tym pozwana nie wykazała by z tytułu zwłoki powoda poniosła ona jakąkolwiek wymierną szkodę. Niezadowolenie mieszkańców dotyczyło całej inwestycji, nie tylko tej części będącej przedmiotem niniejszego procesu. Wszystkie te okoliczności w ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadniały uznanie naliczonej powodowi przez pozwanego kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy za rażąco wygórowaną.

Jej miarkowanie zdaniem Sadu Apelacyjnego powinno opierać się w tych konkretnych warunkach na obciążeniu połową kosztów zwłoki wobec powoda, co daje kwotę 49.470, 29 zł (50% z 98.940, 58 zł = 49.470, 29 zł).

Tak więc dzieląc w części zarzuty apelacji, żądanie powoda zasługiwało na uwzględnienie ostatecznie w zakresie kwoty 52.984, 57 zł (49.470, 29 zł + 3.514, 28 zł = 52.984, 57 zł), na którą złożyła się kwota 49.470,29 zł z tytułu miarkowanej kwoty umownej powiększona o kwotę 3514,28 zł niesłusznie odliczoną za 13 dni opóźnienia, nie będące zwłoką.

Rozstrzygnięcie Sadu Apelacyjnego w zakresie jak wyżej czyniło bezprzedmiotowym ostatni z zarzutów apelacji dotyczący naruszenia art. 647 kc w zw. z art. 22 pkt 9 ustawy – Prawo budowlane.

Mając powyższe na uwadze orzeczono zatem jak w sentencji, na zasadzie art. 386 § 1 kpc i art. 385 kpc.

O kosztach Sąd postanowił stosownie do art. 100 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc.

Pozwany zobowiązany jest zwrócić powodowi połowę uiszczoną przez niego kwoty opłaty oraz brakujące koszty wydatków na biegłego w pierwszej instancji (2.561, 50 zł + 1.346, 91 zł), połowę opłaty od apelacji w II instancji (2.561,50 zł).

Koszty zastępstwa prawnego zaś w obu instancjach z racji wyniku rozstrzygnięcia podlegały wzajemnemu zniesieniu.