

Sygn. akt V ACa 261/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 czerwca 2018r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Teresa Karczyńska - Szumilas

Sędziowie: SA Anna Daniszewska SO (del.) Leszek Jantowski (spr.)

Protokolant: stażysta Karolina Sowińska

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2018r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa E. K. (1)

przeciwko Gminie B.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda i pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w T.

z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt I C 514/16

I.zmienia zaskarżony wyrok:

a) w punkcie 2 (drugim) ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda dodatkowo kwotę 2.304, 35 zł (dwa tysiące trzysta cztery złote i 35/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 7 grudnia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałej części,

b) w punkcie 3 (trzecim) w ten sposób, że zasądzoną w nim kwotę 3.262 (trzy tysiące dwieście sześćdziesiąt dwa) złote obniża do kwoty 3.031 (trzy tysiące trzydzieści jeden) złotych,

II.oddala apelację powoda w pozostałym zakresie,

III.oddala apelację pozwanego w całości,

IV.zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 1.188 (jeden tysiąc sto osiemdziesiąt osiem) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO (del.) Leszek Jantowski SSA Teresa Karczyńska - Szumilas SSA Anna Daniszewska

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt V ACa 261/18

UZASADNIENIE

Powód E. K. (1) domagał się zasądzenia od pozwanej Gminy B. kwoty 142.869,70 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 7 grudnia 2013 roku do dnia zapłaty.

W odpowiedzi na pozew Gmina B. wniosła o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 18 września 2017 r. Sąd Okręgowy w T.:

1.zasądził od pozwanej Gminy B. na rzecz powoda E. K. (1) kwotę 39.173,95 zł (trzydzieści dziewięć tysięcy sto siedemdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt pięć groszy) z odsetkami ustawowymi od dnia 7 grudnia 2013 roku do 31 grudnia 2015 roku i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty;

2.oddał powództwo w pozostałym zakresie;

3.zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3262 zł (trzy tysiące dwieście sześćdziesiąt dwa złote) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego

4.nakazał pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa Sadu Okręgowego w T. kwotę 4454,90 zł (cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt cztery złote dziewięćdziesiąt groszy) tytułem części kosztów procesu,

5.kosztami postępowania od uiszczenia których zwolniony był powód obciążył Skarb Państwa.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało oparte na następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu (...) roku Gmina B. (Zamawiający) zawarła z Zakładem (...) i Wodno-Kanalizacyjnym (...) E. K. (1) (Wykonawca), umowę, której przedmiotem była budowa kanalizacji grawitacyjno-tłocznej z przyłączami i przepompowniami na terenie gminy B. w miejscowości B. i Z.. Strony w umowie wskazały, iż zakres robót został określony w ofercie wykonawcy, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oraz dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Strony określiły termin zakończenia prac na 29 czerwca 2013r. Wykonawca udzielił 36 miesięcznej gwarancji na wykonane prace licząc od dnia bezusterkowego odbioru przedmiotu umowy. Strony ustaliły wynagrodzenie za wykonanie umowy na kwotę 1.170.037,47 zł netto powiększone o 23% podatek VAT, co dawało łącznie kwotę 1.439.190,37 zł brutto. Zgodnie z §5 ust. 2 umowy rozliczenie robót miało nastąpić fakturą za wykonanie części robót (do 15 grudnia 2012 roku) wystawioną na podstawie podpisanego przez

Zamawiającego bezusterkowego protokołu odbioru robót częściowych oraz zatwierdzonego kosztorysu powykonawczego części robót sporządzonego w oparciu o faktyczne obmiary wykonanych robót oraz normy, ceny i narzuty zastosowane w kosztorysie ofertowym. Wartość płatności nie mogła przekroczyć 50% wartości umowy. Pozostała część wynagrodzenia miała zostać wypłacona w oparciu o fakturę końcową wystawioną na podstawie zatwierdzonego końcowego protokołu odbioru robót oraz zatwierdzonego kosztorysu powykonawczego sporządzonego w oparciu o faktyczne obmiary wykonanych robót oraz normy, ceny i narzuty zastosowane w kosztorysie ofertowym. Należność za wykonanie umowy miała być płatna będzie w terminie 21 dni po otrzymaniu prawidłowej faktury VAT. W umowie strony przewidziały karę umowną na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania. Zgodnie z §10 umowy Wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wartości całej umowy za każdy dzień opóźnienia i w przypadku opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi w wysokości 0,2% wartości umowy za każdy dzień opóźnienia. W przypadku odstąpienia od umowy wykonawca zobowiązał się do zapłaty na rzecz zamawiającego kary umownej w wysokości 10% wartości umowy. Jednocześnie wykonawca oświadczył, iż w przypadku naliczenia kar umownych wyraża zgodę na ich potrącenie w rozumieniu art. 498 i 499 k.c. z ustalonym wynagrodzeniem za wykonane prace.

Dalej Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 28 czerwca 2013 roku strony zawarły aneks do umowy z dnia (...) roku, na podstawie którego zmieniono termin wykonania przedmiotu umowy na dzień 19 lipca 2013 roku. Powyższym aneksem

strony zmieniły także umowę w zakresie zapisów dotyczących kary umownej przewidując, iż w przypadku zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy kara umowna będzie wynosiła 0,2% wartości netto umowy za każdy dzień opóźnienia i w przypadku opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi w wysokości 0,2% wartości netto umowy za każdy dzień opóźnienia.

Zgodnie z poczynionymi ustaleniami powód rozpoczął prace związane z realizacją zadania określonego umową z (...) roku niezwłocznie po podpisaniu umowy, to jest w dniu 16 października 2013 roku. Zadanie powoda polegało na wybudowaniu kilku kilometrów kanalizacji grawitacyjno- tłocznej na terenie B. i Z. oraz wykonanie 41 przyłączy obiektów. Budowana kanalizacja miała zostać podłączona do istniejącej w tym zakresie kanalizacji pozostałych gmin i spowodować przepływ ścieków do oczyszczalni znajdującej się w B.. Powód miał wybudować główny kolektor, przepompownię, tłocznię główną i tłocznię przydomowe. Szczegółowo prace inwestycyjne obejmowały roboty budowlane w zakresie budowy rurociągu, studni na trasie oraz przydomowych przepompowni ścieków, wyposażenie studni w urządzenia zasilające oraz prace

elektryczne podłączeniowe. Montowane rury były tworzywowe z (...) o różnych średnicach, wymienionych w dokumentacji projektowej. Budowa kanalizacji sanitarnej na trasie kolektora tłoczącego kanalizacji sanitarnej miała na celu odprowadzenie ścieków z gospodarstw rolnych, znajdujących się w pobliżu projektowanych kolektorów grawitacyjnych i tłocznych, z docelowym ich odprowadzaniem do istniejącej przepompowni strefowej w miejscowości B.. Zaprojektowano podłączenie do 43 posesji, ostatecznie włączono 41 posesji. Do przetłoczenia ścieków zaprojektowano przepompownię zbiorczą i przepompownię przydomowe. Przewody grawitacyjne wykonywano z rur (...) ((...)), zaś do budowy przewodów tłocznych użyto rur (...) ((...)) o różnej średnicy. Ogółem długość zaprojektowanej kanalizacji wynosiła 9455 metrów. Wykonano przepompownię zbiorczą z tłocznia, przepompownię przydomowe z pompami, studnie rewizyjne, studnie spustowo- odpowietrzające, studnie rozprężne, studnie przepłukiwania przewodu tłoczego, przyłącza grawitacyjne do kolektorów i przepompowni przydomowych. Zasilanie tłoczni i przepompowni nastąpiło do odbiorników energii w strefie ogrodzenia. Przepompownię przydomowe zostały zasilone z instalacji właścicieli posesji.

W chwili podpisania umowy Gmina miała przygotowany projekt oraz wszystkie pozwolenia. Prace powoda w znacznej części polegały na wykopaniu odpowiednich rowów, w których umieszczone były rury głównego kolektora i rury grawitacyjne oraz wykopów pod studnie i ich wykonanie. Rury łączone były metodą zgrzewu. Metoda ta umożliwia prowadzenie prac przy temperaturach nie niższych niż minus 5°C. Przyjęta technologia budowy kanalizacji w zakresie budowy kolektora głównego i pozostałych przyłączy polegała na stopniowym wykonaniu odpowiednich wykopów i na bieżąco układania w nim rur i zgrzewania ich na miejscu. Nie jest możliwe zgrzewanie rur poza miejscem budowy i dowożenie całych elementów na plac budowy kanalizacji. Powód nie mógł również wykonać wszystkich rowów pod rury i studnie, bowiem z uwagi na rodzaj gruntów (ilaste) wykopy te ulegałyby stopniowemu zasypywaniu. Układając rury – szczególnie w zakresie kanalizacji grawitacyjnej - pracownicy powoda musieli na bieżąco korygować odpowiedni spadek (nachylenie rur), co wymagało bieżącego korygowania głębokości wykopu. Kierownikiem budowy został Z. M., a Inspektorem Nadzoru A. D..

Sąd Okręgowy ustalił także, że początkowo, z uwagi na zawarte w umowie postanowienia umożliwiające częściowe sfinansowanie inwestycji przy wykonaniu określonej ilości prac - powód rozpoczął szybko budowę. Do końca grudnia 2012 roku powód wykonał 50% robót, obejmujących przede wszystkim ułożenie rur głównego kolektora. Przy wykonaniu pozostałej części inwestycji zaczęły pojawiać się problemy. Od stycznia 2013 do końca kwietnia 2013 roku pracownicy powoda nie wykonywali żadnych prac. Na budowie nie działo się nic. Stan ten wynikał po części

z warunków pogodowych. Warunki pogodowe panujące zimą w 2013 roku były szczególnie niesprzyjające. Przyjęta technologia zgrzewania rur nie pozwalała na jej wykonanie, gdy temperatury spadały poniżej 0° w wymiarze dobowym. Także nasiąknięte wodą grunty ilaste pod wpływem mrozu zamieniały się w bryłę, której nie można było rozbić nawet przy użyciu koparek. W lutym i marcu 2013 roku przez okres 28 dni, z uwagi na panujące temperatury dobowe poniżej 0° nie było możliwości prowadzenia prac ziemnych i zgrzewania rur.

Zaniepokojeni brakiem postępu prac pracownicy Gminy próbowali nawiązać kontakt z wykonawcą w celu wyjaśnienia przyczyn zaniechania wykonania robót. Powód jednak nie odbierał telefonów, nie odpowiadał na faksy czy maile. Wójt gminy B. zorganizował spotkanie na dzień 17 kwietnia 2013 roku w celu wyjaśnienia sytuacji. Wójt zamierzał na tym spotkaniu zdingować wykonawcę, aby niezwłocznie rozpoczął prace, co wiązało się z faktem, iż kanalizacja przebiegała przez tereny rolne i z początkiem wiosny rolnicy rozpoczynali prace polowe. Po wykonaniu prac polowych i zasiewach nie chcieli zgodzić się na wejście powoda na pole w celu budowy kanalizacji. Mimo wielu monitów Gminy powód nie przedłożył zamawiającemu porozumienia zawartego z mieszkańcami gminy - przez których tereny miały przebiegać prace - zawierającego harmonogram prac u poszczególnych właścicieli gruntów, z ich zgodą na wejście na pola we wskazanym terminie.

W międzyczasie powód równolegle prowadził prace związane z realizacją inwestycji w innej Gminie w miejscowości Ł.. Na tą budowę powód przeniósł wszystkich pracowników i sprzęt. Na plac budowy przedmiotowej inwestycji powód powrócił z początkiem maja 2013 roku.

Sąd ustalił także, że powód miał problemy finansowe, co powodowało kłopoty z dostawcami urządzeń koniecznych do budowy. Inwestycję finansował ze środków pochodzących z kredytu. Z tego powodu nie był w stanie zapłacić w terminie podwykonawcy dostarczającemu urządzenia (pompy) pozwalające na przepompowywanie ścieków ze zbiorników przydomowych do głównego kolektora. Z reguły pompy te montowane są w końcowej fazie budowy kanalizacji. Powyższe urządzenia są podłączane do domowej instalacji energetycznej. Rolą powoda było przygotowanie odpowiednich przyłączy pozwalających na podłączenie urządzeń. Pierwotnie powód zawarł z firmą (...) spółka z o.o. umowę, w myśl której firma ta miała dostarczyć i zamontować pompy do 20 maja 2013 roku. Poziom wykonania inwestycji przez powoda uniemożliwiał założenie pomp w przewidzianym terminie w związku z czym aneksami do umowy przesuвано terminy zainstalowania pomp najpierw do 28 czerwca 2013 roku, a następnie do 10 lipca 2013 roku. Powód zwlekał również z zapłatą na rzecz podwykonawcy, co doprowadziło do sytuacji, w której pracownicy firmy (...) odmówili zakładania pozostałych urządzeń i grozili demontażem już zainstalowanych. W

konflikt między powodem a podwykonawcą zaangażowała się gmina, która zgodziła się na pokrycie należności bezpośrednio podwykonawcy, co miało uratować całą inwestycję budowy kanalizacji. Dopiero podpisanie stosownego porozumienia pomiędzy (...) spółka z o.o. a Gminą B. zakończyło spór i doprowadziło do szybkiego zamontowania pomp. Ostatecznie prace związane z montażem pomp zostały odebrane w dniu 21 sierpnia 2013 roku. Powód miał także problemy z uruchomieniem tłoczni głównej z uwagi na kolizję miejsca budowy z przebiegającymi liniami sieci energetycznej. Składając ofertę na wykonanie inwestycji powód złożył oświadczenie, iż zapoznał się z warunkami technicznymi przetargu, w tym z dokumentacją techniczną. Powód nienależycie zaplanował inwestycję w tym elemencie. Z uwagi na przebieg linii wysokiego napięcia przed użyciem dźwigu powód musiał uzyskać zgodę na odłączenie sieci energetycznej, co powodowało zwłokę w wykonaniu tego elementu prac. Powód wcześniej nie wskazywał nigdy na konieczność wyłączenia zasilania w celu wykonania tego fragmentu prac. Jak wynika z wpisów w dzienniku budowy również inspektor nadzoru polecał wykonawcy niezwłoczne podjęcie działań związanych z uzgodnieniem technologii robót z administratorem sieci. Kolejnym elementem wydłużającym czas trwania robót były problemy z zamontowaniem licznika energii elektrycznej na przepompowni. Zakład (...) warunkował założenie licznika zakończeniem prac na obiekcie. Pozwana gmina już w 2010 roku wystąpiła do Zakładu (...) i uzyskała umowę na wykonanie instalacji dla zbiorczej przepompowni ścieków. Warunkiem założenia licznika i uruchomienia przepompowni było jej wykończenie w zakresie prac budowlanych. E. K. (1) poinformował pozwaną o niemożliwości uruchomienia przepompowni z uwagi na brak licznika w dniu 1 lipca 2013 roku, a już 2 lipca 2013 roku zamawiający jako właściciel obiektu wystąpił do operatora sieci energetycznej o zawarcie umowy na dostarczanie energii. Licznik został zainstalowany w przeciągu miesiąca.

Dalej Sąd ustalił, że w trakcie prowadzenia inwestycji pojawiły się nieprzewidziane zmiany w zakresie prowadzonych robót. Obejmowały one między innymi zmianę usytuowania studni przeniesionych z wytyczonej trasy bliżej istniejącej drogi, co wiązało się z montażem dodatkowych przewodów dla każdej studni, tworząc nowe połączenia rurociągu z głównym kolektorem, oraz zmiany podłączenia liczników energetycznych wraz z przeróbką instalacji wewnętrznych

związanych ze zmianą sposobu wykonania przyłączy energetycznych do przydomowych przepompowni. Zleczone prace dodatkowe wydłużyły zakończenie prac o 10 dni. Na wszystkie prace dodatkowe sporządzane były protokoły konieczności.

Z uwagi na prace dodatkowe i problemy z ukończeniem inwestycji w terminie pozwana wyraziła zgodę na wydłużenie aneksem z dnia 28 czerwca 2013 roku terminu zakończenia prac związanych z budową kanalizacji do 19 lipca 2013 roku.

Powód nie zakończył prac w terminie wynikającym z zawartego aneksu. W dniu 19 sierpnia 2013r., wójt gminy wezwał powoda do natychmiastowego zakończenia prac i zrealizowania wszystkich postanowień umowy, wyznaczając ostateczny termin, tj. do 29 sierpnia 2013 r. Ostatecznie powód zakończył prace w dniu 19 września 2013 roku, co znalazło potwierdzenie w protokole odbioru i zapisach w dzienniku budowy.

W dniu 12 listopada 2013 roku doszło do protokolarnego odbioru robót i przekazania kanalizacji do użytkowania. Protokół został sporządzony przez powołaną do tego komisję, w skład której weszli: wójt Gminy B. P. K., inspektor urzędu gminy B. J. T., Prezes (...) spółka z o.o. w G. D. administrującej siecią wodno-kanalizacyjną T. C., inspektor nadzoru A. D., wykonawca E. K. (1) i kierownik budowy Z. M.. Komisja stwierdziła, iż roboty związane z zawartą umową na budowę kanalizacji grawitacyjno-tłocznej z przyłączami i przepompowniami rozpoczęto w dniu 16 października 2012 roku i zakończono 19 września 2013 roku. Komisja stwierdziła, że prace zostały przeterminowane z winy wykonawcy o 62 dni. Jednocześnie powołana komisja potwierdziła, iż prace wykonane zostały przez wykonawcę prawidłowo zgodnie z zawartą umową. Powód nie kwestionował przyjętego w protokole opóźnienia z uwagi na konieczność szybkiego rozliczenia inwestycji. Na powodzie ciążył obowiązek spłaty kredytu zaciągniętego na realizację inwestycji. Opóźnienie w zakończeniu jej wykonania spowodowało opóźnienia w spłaceniu kredytu. Aby uchronić się przed wszczęciem postępowań egzekucyjnych ze strony banku był zainteresowany jak najszybszym rozliczeniem całej inwestycji. Po podpisaniu protokołu odbioru E. K. (2) w dniu 12 listopada 2013 roku wystawił fakturę VAT FV (...) opiewającą na 962.075,29 zł. Notą księgową nr (...) z dnia 3 grudnia 2013 roku Gmina B. obciążyła powoda karą umowną za opóźnienie w wykonaniu robót objętych umową z dnia (...) roku na kwotę 142.869,70 zł, przyjmując, iż powód pozostawał w opóźnieniu przez 62 dni (wyliczając na podstawie wartość umowy netto $1.152.175,52 \text{ zł} \times 0,2\% = 2.304,35 \text{ zł}$ dziennie i pomnożone przez 62 dni). Jednocześnie Gmina poinformowała powoda, iż powyższa należność zostanie potrącona z należnością wynikającą z faktury FV (...).

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy Sąd Okręgowy uznał za w pełni wiarygodne zeznania świadków: J. T., R. G., A. M., Z. M., D. W., I. B., W. P., P. K., R. O., A. D.. Wszyscy wskazani świadkowie byli zaangażowani w proces budowy sieci kanalizacyjnej w B. i Z.. Ich zeznania były spójne, logiczne i konsekwentne i znajdowały potwierdzenie w dokumentach złożonych do akt sprawy.

Sąd uznał za w pełni wiarygodne złożone do akt dokumenty, w szczególności dokumentację obrazującą przebieg procesu budowy, w tym dziennik budowy, protokoły konieczności, a także dokumenty księgowe, gdyż żadna ze stron ich nie kwestionowała.

Sąd Okręgowy podzielił także złożoną do akt opinię Instytutu (...) – Państwowego Instytutu (...). W ocenie Sądu opinia ta jest spójna, logiczna i konsekwentna. Biegli z Instytutu dokonali szczegółowej analizy odnotowywanych pomiarów temperatur w okresie zimowym i warunków atmosferycznych panujących na terenie prowadzonej budowy kanalizacji. Żadna ze stron nie kwestionowała powyższej opinii.

Sąd podzielił także opinię biegłego z zakresu (...) J. B. (1). Biegły dokonał szczegółowej analizy dokumentacji technicznej będącej podstawą zawartej umowy, ocenił wpływ warunków atmosferycznych oraz zmiany przedmiotu zamówienia dokonywane na zlecenie zamawiającego ich wpływ na terminowość wykonania opinii. W ocenie Sądu opinia ta jest spójna, logiczna i odpowiada na tezy zawarte w postanowieniu dowodowym Sądu. Biegły posiadający wiadomości specjalne i duże doświadczenie zawodowe w sposób fachowy i rzetelny ocenił przyczyny nieterminowego zakończenia inwestycji przez powoda. W sposób logiczny wyciągnął wnioski z ustalonych spostrzeżeń

i w sposób właściwy je uzasadnił. W opinii uzupełniającej oraz na rozprawie wyjaśnił wszelkie niejasności związane ze sporządzoną opinią.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że w jego ocenie powództwo jest w części zasadne. Podkreślił, że istota sporu dotyczyła ustalenia prawidłowości obciążenia powoda karami umownymi za nieterminowe wykonanie zobowiązania. Okolicznością bezsporną pozostawał bowiem fakt zawarcia przez strony umowy o budowę kanalizacji i zawarcia w umowie postanowień pozwalających na obciążenie powoda karami umownymi na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania. Ukończenie robót nastąpiło 62 dni po terminie zakończenia prac przewidzianego w aneksie do umowy głównej.

Sąd I instancji odwołał się do treści art. 471 k.c. regulującego przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Podkreślił, że strony mogą w umowie zawrzeć postanowienia dotyczące kary umownej (art. 483§1 k.c.), przy czym żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły (art. 484§1 k.c.). Sąd wyjaśnił, iż zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483§1 k.c. i art. 484§1 k.c. w zw. z art. 471 k.c.), a w związku z tym zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi

odpowiedzialności. Zobowiązany do zapłaty kary umownej winien przy tym wykazać nie tylko niezawinioną przez siebie przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, ale także wpływ tej przyczyny na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. W przypadku nieterminowego wykonania robót zobowiązany do zapłaty kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac winien więc wykazać, że przekroczenie terminu wykonania robót nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności, a nadto, jaki wpływ miały te przyczyny na usprawiedliwione przekroczenie terminu zakończenia robót. Jeżeli w umowie przewidziano karę umowną za opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania to oznacza, że kara ta została zastrzeżona jedynie za szkodę spowodowaną opóźnieniem lub zwłoką.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt omawianej sprawy Sąd Okręgowy wskazał, że z załączonego do akt sprawy protokołu końcowego odbioru robót wynika w sposób jednoznaczny, iż powód wykonał ciężące na nim zobowiązanie z naruszeniem terminu określonego w umowie. Powód był obecny przy sporządzeniu protokołu i podpisał go bez uwag. Treść protokołu wskazuje na 62 - dniowe opóźnienie zakończenia prac. Na powódzie ciążył zatem obowiązek wykazania, iż nieterminowe wykonanie zobowiązania spowodowane było przyczynami, za które nie może on ponosić odpowiedzialności. Powód częściowo sprostał temu obowiązkowi. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego na opóźnienie zakończenia prac wpływ miało kilka elementów. Do okoliczność, za które powód nie może ponosić odpowiedzialności należą zmiany w zakresie przedmiotu umowy i warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie prac. Jak wynika z opinii biegłego J. B. (1) zakres robót dodatkowych wynikających ze zmian projektowych nanoszonych przez pozwaną w trakcie trwania budowy kanalizacji - szczególnie w zakresie przenoszenia studzienek - uzasadniał wydłużenie prac budowlanych o 10 dni. Biegły dokonał także szczegółowej analizy techniki budowy kanalizacji i warunków terenowych. Wskazał, iż faktycznie na nieterminowe zakończenie prac wpływ miały warunki atmosferyczne, co uzasadniało wydłużenie terminu o 28 dni. Prace związane z budową kanalizacji polegały w znacznej mierze na bieżącym budowaniu wykopów i układaniu w nich rur ze wskazanego tworzywa. Z uwagi na fakt, iż znaczna część kanalizacji miała charakter grawitacyjny oraz z uwagi na ilasty rodzaj gruntów występujących na terenie budowy, pracownicy powoda musieli na bieżąco prowadzić wykopy i układać rury z uwzględnieniem odpowiedniego kąta nachylenia (spad) i łączyć je za pomocą zgrzewania. Taka technologia wymagała wykonywania czynności zgrzewania rur bezpośrednio w wykopie. Nie jest możliwe przygotowywanie dłuższych odcinków i przywożenie ich na miejsce. Jak wyjaśnił biegły w swojej opinii i wyjaśnieniach złożonych na rozprawie, ilasty grunt wykluczał także budowanie wcześniejsze wykopów pod przyszłe rury kanalizacyjne na długich odcinkach z uwagi na ich samoczynne

zasypywanie się. Konieczne było również na bieżąco utrzymywanie odpowiedniego nachylenia rur a zatem bieżącej korekty głębokości wykopu. W tej sytuacji zarzuty pozwanej Gminy wskazujące, iż żądała ona od powoda zwiększenia zatrudnienia i ilości pracowników na budowie w celu przyspieszenia prac były nietrafne. Jak wyjaśnił biegły, zwiększenie ilości pracowników na budowie nie wpłynęłoby na szybkość postępu prac, z uwagi na konieczność stopniowego, sukcesywnego robienia wykopu, układania w nim rur i ich zgrzewania. Biegły J. B. (1) wskazał także, że tego rodzaju prace i technika zgrzewania rur mogą być prowadzone w temperaturach powyżej 0°C. TemperatURY ujemne w przedziale dobowym powodują zamarzanie gruntów ilastych w zwartą bryłę i uniemożliwiają dokonywanie wykopów nawet przy użyciu koparek. W temperaturach ujemnych nie jest możliwe także wykonanie prawidłowego zgrzewania rur. Biegły wskazał, iż wydłużenie prac z powodu niesprzyjających warunków atmosferycznych wynosiło 28 dni.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że powód jest profesjonalistą w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, a zatem jego należyta staranność w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 k.c.). Nie budziło wątpliwości Sądu I instancji, iż podpisując umowę i określając termin zakończenia prac powód musiał co do zasady przewidywać zarówno niekorzystne warunki pogodowe, jak i nieprzewidziane trudności występujące w terenie np. podchodząca woda, inne rurociągi czy kable, które mogą znajdować się w gruncie, a nie są naniesione na mapy. Zdaniem Sądu Okręgowego powód decydując się na podpisanie umowy i określając końcowy termin wykonania prac powinien wziąć pod uwagę okres zimowy i czasową niemożliwość prowadzenia prac. W rezultacie Sąd Okręgowy za chybiony uznał zarzut powoda dotyczący konieczności uwzględnienia wszystkich dni z temperaturą poniżej 0°C. Biegły w sposób przekonywujący wyjaśnił, że w opinii uwzględnił tylko ten czas niekorzystnych warunków atmosferycznych, który wykraczał poza „normalną – przewidywalną” zimę. W tej sytuacji za usprawiedliwione uznać należy łączne wydłużenie terminu zakończenia prac o 38 dni. Na wniosek powoda pozwana Gmina wydłużyła aneksem okres do zakończenia prac o 21 dni, co oznacza, iż tylko w zakresie 17 dni nieterminowe zakończenie wynikało z okoliczności niezależnych od powoda (38-21=17).

W ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do uznania, iż nieterminowe zakończenie prac w pozostałym zakresie podyktowane było wystąpieniem okoliczności, za które powód nie ponosił odpowiedzialności. Zdaniem Sądu naruszenie terminu wykonania prac wynikało z sytuacji materialnej powoda, co doprowadziło do konfliktu z podwykonawcą w zakresie montowanych urządzeń przepompowujących ścieki z przydomowych przepompowni do kolektora. Gdyby nie zaangażowanie się pozwanej Gminy w rozwiązanie sporu, to powód nie byłby w

stanie w ogóle dokończyć inwestycji. W ocenie Sądu I instancji powód w sposób nieprawidłowy zaplanował i wykonał prace budowlane np. w zakresie budowy tłoczni. Kolizja planowanej budowy z przebiegiem sieci wysokiego napięcia nie może być dostatecznym usprawiedliwieniem opóźnienia w wykonaniu prac. Powód jako profesjonalista miał obowiązek zapoznania się z warunkami technicznymi oraz miejscem wykonania prac. Jak wynika z zebranego materiału dowodowego powód przystępując do przetargu podpisał oświadczenie, iż zapoznał się z warunkami technicznymi. Powód co do zasady musiał także znać ogólne warunki terenowe panujące w miejscu prowadzenia prac.

W tej sytuacji Sąd Okręgowy uznał za uzasadnione nałożenie na powoda kary umownej za okres 45 dni zwłoki w wykonaniu prac. Jak wynika z zawartej umowy kara umowna wynosiła 0,2% wartości prac za każdy dzień zwłoki w wykonaniu prac. Pozwana w sposób prawidłowy w nocy księgowej obliczyła wartość kary umownej na kwotę 2.304,35 zł dziennie (przyjmując wartość prac na kwotę 1.152.175,52 zł i mnożąc je przez wartość dziennej kary umownej 0,2% wynagrodzenia). Powód dochodził w niniejszej sprawie kwoty 142.869,70 zł. Prawidłowo ustalona kara umowna winna wynosić 103.695,75 zł. Różnica, to jest kwota 39.173,95 zł stanowi należne powodowi wynagrodzenie za wykonaną pracę.

O odsetkach Sąd orzekł w myśl art. 481 k.c., zasądzając je od dnia 7 grudnia 2013 roku to jest terminu zapłaty określonego w fakturze końcowej powoda za wykonane prace z uwzględnieniem zmiany przepisu i wprowadzeniem z dniem 1 stycznia 2016 roku pojęcia odsetek ustawowych za opóźnienie.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że powód podniósł dodatkowo zarzuty niewłaściwego dokonania potrącenia oraz rażącego wygórowania kary umownej i wniosek o jej miarkowanie.

Odwołując się do treści art. 498 k.c. i art. 499 k.c. Sąd Okręgowy uznał zarzut wadliwego potrącenia za nieuzasadniony. Sąd wskazał, że zdaniem powoda przesłanie pozwanemu noty księgowej zawierającej sposób wyliczenia kary umownej nie jest jednoznaczne ze złożeniem oświadczenia o potrąceniu i nie prowadzi do umorzenia zobowiązania. Przedłożona do akt sprawy umowa łącząca strony zawiera jednak zdaniem Sądu nie budzące wątpliwości upoważnienie wykonawcy dla zamawiającego do potrącenia należności z kar umownych z należnego powodowi wynagrodzenia (§10 ust. 3). Skoro w umowie powód upoważnił pozwaną do dokonania potrącenia, składnie jeszcze dodatkowych oświadczeń w tym zakresie powodowi uznać należało za zbędne.

Odnosząc się do przesłanki zmniejszenia kary umownej w postaci jej rażącego wygórowania Sąd podkreślił, że ocena wysokości kary umownej w kontekście jej rażącego wygórowania może być dokonywana na podstawie takich m.in. kryteriów, jak stosunek pomiędzy wysokością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego, stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego

przez dłużnika z opóźnieniem, porównanie wartości kary umownej z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Odwołując się do orzecznictwa wskazał, że istotnym kryterium redukcji kary umownej jest jej relacja do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych lub ocena stopnia naruszenia interesu wierzyciela wskutek opóźnionego wykonania robót. Skoro kara umowna ma zastąpić odszkodowanie, to właściwym kryterium redukcji kary należy poszukiwać właśnie na tej płaszczyźnie, gdyż kryterium relacji kary umownej do wysokości należnego wierzycielowi odszkodowania należy do kryteriów najbardziej uniwersalnych, umożliwia bowiem zachowanie konstrukcyjnej niezależności kary umownej od wysokości poniesionej szkody, a ponadto pozwala na uwzględnienie okoliczności mających decydujący wpływ na wysokość ustalonego odszkodowania na zasadach ogólnych.

W ocenie Sądu Okręgowego powód w niniejszej sprawie nie wykazał, aby przewidziana kara umowna była rażąco wygórowana. Sąd podkreślił, że opóźnienie spowodowało zmniejszenie dotacji należnej pozwanej Gminie ze środków unijnych i pożyczki z (...) o 109.252,61 zł. Ustalona kara umowna nie pokrywa zatem rzeczywiście poniesionej przez pozwaną szkody. Trudno w tej sytuacji mówić o rażącym wygórowaniu kary umownej.

Mając powyższe okoliczności na uwadze Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji orzeczenia. O kosztach orzeczono w myśl art. 100 k.p.c. rozdzielając je stosunkowo między stronami, z uwzględnieniem stopnia, w jakim każda ze stron wygrała i przegrała sprawę. Powód w niniejszej sprawie dochodził 142.869,70 zł. Sąd uwzględnił jego żądania do kwoty 39.173,95 zł, co oznacza, iż powód wygrał niniejszą sprawę w 27,4% i przegrał w 72,6%. Powód był zwolniony od kosztów sądowych w całości i w tym zakresie koszty te poniósł Skarb Państwa. Koszty obciążające pozwaną wiążą się z częścią opłaty sądowej obliczonej od roszczenia zasądzonego na rzecz powoda, kosztami sporządzenia opinii oraz kosztami stawienia świadków (łącznie 16.258,77 zł, w tym: opłata od pozwu 7144zł; koszty stawienia świadków i opinii biegłych 430 zł- k-271; 90zł – k-280; 1718,40 zł-k-319; 2057,40 zł i 1916,02 zł k-402; 1720,08 zł k-404; 639,46 zł –k-463; 415,64 i 127,90zł – k-486). Łączna kwota części kosztów obciążająca pozwaną wynosi 4.454,90 zł. Według tej samej reguły Sąd rozliczył koszty wynagrodzenia pełnomocników procesowych. Zgodnie z obowiązującymi w chwili złożenia pozwu przepisami Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 1800 ze zmianami, §2 pkt 6) stawka minimalna wynagrodzenia pełnomocnika wynosiła 7.200 zł. Powyższą stawkę Sąd powiększył o koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw w wysokości 17 zł. Dokonując rozliczenia kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w stosunku do stopnia, w jakim każda ze stron wygrała i przegrała postępowanie i

dokonując wzajemnego potrącenia powyższych należności powód winien zwrócić pozwanej kwotę 3.262 zł z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Apelację od powyższego wyroku wniosły obie strony. Powód zaskarżył go w części w zakresie pkt 2 i 3, zarzucając mu:

1.naruszenie przepisów prawa materialnego art. 498 k.c. w związku z art. 455 k.c. wskutek jego wadliwej wykładni i uznanie, że pozwany dokonał skutecznego potrącenia swojej wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda dochodzoną w niniejszym postępowaniu, a dotyczącą zapłaty za wykonane roboty objęte zawartą umową z dnia (...) r., podczas gdy pozwany przesłał jedynie do powoda notę księgową nr (...) r. zawierającą wyliczenie kary umownej oraz informację iż należność ta zostanie potrącona z wierzytelnością powoda, a oświadczenie o potrąceniu, które ma skutek materialnoprawny umarzający zobowiązanie nigdy nie zostało powodowi złożone przez pozwanego,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego art. 65 § 2 k.c. wskutek jego wadliwej wykładni poprzez dokonanie niewłaściwej wykładni zapisu § 10 ust.3 umowy łączącej strony polegającej na przyjęcie, że upoważnienie pozwanego przez powoda do potrącenia należności z kar umownych z należnego powodowi wynagrodzenia jest tożsame z oświadczeniem o potrąceniu w rozumieniu art. 498 k.c., które powinien złożyć pozwany,

3. naruszenie przepisów prawa materialnego art. 483 k.c. w związku z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 5 k.c, wskutek ich niezastosowania w niniejszej sprawie, w sytuacji gdy kara umowna potrącona przez pozwanego jest rażąco wygórowana i wynosi 2.304,35 zł za każdy dzień, podczas gdy opóźnienie w wykonaniu umowy w głównej mierze nastąpiło z przyczyn leżących po stronie pozwanego ,

4.naruszenie przepisów prawa procesowego art. 233 §1 k.p.c. wskutek przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów, a także braku wszechstronnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z zasadami logiki i zasadami doświadczenia życiowego , w szczególności w zakresie :

- zeznań złożonych przez biegłego sądowego na rozprawie , a także wniosków zawartych w jego opinii podstawowej i uzupełniającej co do czasu opóźnienia wskutek złych warunków atmosferycznych, podczas gdy z zapisów dziennika budowy znajdujących się pod datą 18 grudnia 2012 r. wynika, że budowa została wstrzymana z powodu złych warunków atmosferycznych, zaś wznowienie prac nastąpiło w dniu 12 lutego 2013 r. to jest po upływie 56 dni,

- oceny dokumentów w postaci pism powoda kierowanych do pozwanego, w których informuje o niesprzyjających warunkach atmosferycznych, które nie

pozwołyły mu kontynuować prac budowlanych w miesiącu marcu 2013 r. z powodu nawrotu zimy oraz konieczności wykonania robót dodatkowych, które z pewnością wydłużyły proces budowlany,

- zeznań powoda, którzy precyzyjnie wyjaśnił co było przyczyną opóźnienia w wykonaniu prac objętych umową, a w związku z tym braku podstaw do obciążenia karą umowną,

5.sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zgromadzonego materiału dowodowego, w zakresie ustalenia łącznego nieterminowego zakończenia budowy z powodu okoliczności niezależnych od powoda - Sąd Okręgowy przyjął 17 dni, podczas gdy prawidłowe wyliczenie oparte na zgromadzonym materiale dowodowym wskazuje, iż jest to 18 dni.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i zasądzenie od pozwanego dalszej kwoty 105.826,05 zł wraz z ustawowymi odsetkami od daty wymagalności do dnia zapłaty, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Z kolei pozwana Gmina zaskarżyła wyrok w części dotyczącej zasądzenia na rzecz powoda E. K. (1) kwoty 39.173,95 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 7 grudnia 2013 r. do 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 1 stycznia do dnia zapłaty.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła:

1.naruszenie art. 233 §1 k.p.c. poprzez dokonanie błędnych ustaleń faktycznych polegające na oparciu rozstrzygnięcia na niepełnym materiale dowodowym, przeprowadzeniu postępowania dowodowego bez rozważenia w sposób bezstronny i wszechstronny zebranego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji przyjęcie bezkrytyczne

opinii biegłego, z której wynika, że mimo, iż pozwany uznał argumenty powoda i przesunął termin wykonania robót o żądane 21 dni, powodowi należy się dodatkowo kwota 39.173,95 zł z odsetkami ustawowymi,

2.art. 233 §1 k.p.c. poprzez sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego uznanie, iż brak sprzętu i ludzi nie ma wpływu na terminowe wykonanie inwestycji,

3.art. 217 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez niedopuszczenie prawidłowo zgłoszonego dowodu z dokumentu w postaci odpisu z akt sądowych dotyczących odebrania powodowi pozwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej, w sytuacji gdy okoliczności w nich zawarte mają dla sprawy istotne znaczenie .

Wskazując na powyższe zarzuty skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości.

Ponadto na podstawie art. 368 § 1 pkt 4 złożyła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność braku podstaw do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia z tytułu złych warunków atmosferycznych oraz robót zamiennych i dodatkowych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje:

Apelacja powoda była częściowo uzasadniona, zaś apelacja pozwanego nie była uzasadniona.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i przyjmuje je za własne, co czyni zbędnym ich ponowne przytaczanie. Podobnie Sąd Apelacyjny podziela dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz ocenę prawną prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Sąd Okręgowy jedynie w niewielkim zakresie błędnie obliczył wysokość przysługującej stronie pozwanej należności z tytułu kary umownej.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do dalej idącej apelacji powoda, a w szczególności do zarzutów naruszenia prawa materialnego – art. 498 k.c. w zw. z art. 455 k.c. oraz art. 65§2 k.c. bo od tego zależała ocena, czy strona pozwana dokonała skutecznego potrącenia swojej wierzytelności z wierzytelnością powoda. Skarżący upatrywał naruszenia tych przepisów po pierwsze w tym, że § 10 ust.3 umowy zawierający upoważnienie pozwanego do potrącenia należności z kar umownych z należnego powodowi wynagrodzenia jest tożsame z oświadczeniem o potrąceniu w rozumieniu art. 498 k.c., a po wtóre w tym, że pozwany dokonał skutecznego potrącenia swojej wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda dochodzoną w niniejszym postępowaniu, podczas gdy oświadczenie o potrąceniu nigdy nie zostało powodowi złożone przez pozwanego, jako że takiego skutku nie mogła wywołać nota księgowa zawierająca wyczerpujące wyliczenie kary umownej oraz informację, iż należność ta zostanie potrącona z wierzytelnością powoda.

Zgodnie z art. 498 k.c. regulującym przesłanki potrącenia ustawowego „gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej (§2 k.c.).

Potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe (art.499 k.c).

Z kolei zgodnie z powołanym przez skarżącego 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. Przyjmuje się przy tym i Sąd Apelacyjny orzekający w niniejszym składzie ten pogląd podziela, że przy wykładni oświadczeń woli na tle art.65 k.c. należy przyjąć tak zwaną kombinowaną metodę wykładni (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2011 r. III CSK 55/11, LEX nr 1084604, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2017r. V CSK 79/17, LEX nr 2447354). Metoda ta przyznaje pierwszeństwo - w wypadku oświadczeń woli składanych innej osobie - takiego znaczenia oświadczenia woli, które rzeczywiście zostało nadane mu przez obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Dla ustalenia, jak strony rzeczywiście pojmowały oświadczenie woli w chwili jego złożenia może mieć znaczenie także

ich postępowanie po złożeniu oświadczenia, np. sposób wykonania umowy. Art. 65 k.c. dopuszcza taką sytuację, w której właściwy sens umowy ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od jej „jasnego” znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji umów może się zakończyć ze względu na jej „jasny” sens dopiero wtedy, gdy treść umowy jest „jasna” po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni. Jeżeli okaże się, że strony różnie rozumiały treść złożonego oświadczenia woli, to za prawnie wiążące - zgodnie z kombinowaną metodą wykładni - należy uznać znaczenie oświadczenia woli ustalone według wzorca obiektywnego.

W kontekście treści wyżej wskazanych przepisów zarzuty powoda należało uznać za nietrafne. Zgodzić się bowiem należało ze stanowiskiem pozwanego (pismo procesowe z dnia 30 sierpnia 2016r. k.160-163) odwołującego się do orzecznictwa, że zawarty w §10 ust. 3 zawartej przez strony umowy i aneksu zapis, z którego wynika, że wykonawca wyraził zgodę na potrącenie w rozumieniu art. 498 i 499 kodeksu cywilnego powstałej należności z tytułu kary umownej stanowił odmienny od ustawowego i dopuszczalny przy uwzględnieniu zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) sposób uregulowania pomiędzy stronami mechanizmu wzajemnej kompensacji.

Zapis zawarty w §10 ust3 umowy i aneksu należy odczytywać łącznie z §10 ust. 4 umowy, zgodnie w którym zamawiający miał wystawić wykonawcy notę zawierającą szczegółowe naliczenie kary umownej w terminie 21 dni od dnia dokonania potrącenia, oraz §10 ust.5, wedle którego zamawiający miał potrącić naliczoną karę umowną z płatności przysługującej wykonawcy za fakturę wystawioną po odbiorze końcowym (k.11, k.14) –

Słusznie zwróciła uwagę pozwana, że zgoda powoda na potrącenie kar umownych wskazuje na godzenie się na samodzielne dokonywanie przez pozwaną Gminę operacji księgowych pomniejszających wierzytelności za wykonane roboty,

wywierających w relacjach stron skutek prawny o jakim mowa w art. 498 § 2 k.c. - bez konieczności składania odrębnych oświadczeń woli określonych w art. 499 k.c. (por. także Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2014 r. I ACa 971/13, Legalis nr 1062395).

Podkreślenia przy tym wymaga, że dopuszczalność umownego potrącenia nie budzi także wątpliwości w piśmiennictwie. Wskazuje się, że przy potrąceniu umownym nie jest wymagana ani zaskarżalność, ani też wymagalność świadczeń, dopuszczalne jest także potrącenie wierzytelności przyszłej. Potrącenie umowne dla swojej skuteczności nie wymaga zachowania żadnej określonej formy, zaś oświadczenia mogą mieć charakter dorozumiany. (M. Pyziak – Szafnicka (w:) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom 6 (red. A.Olejniczak), Warszawa 2009, s.1170-1172).

Przenosząc to na grunt niniejszej sprawy należało uznać, że kwestionowane przez stronę powodową zapisy umowy były wystarczające dla uznania kompetencji Gminy B. do dokonania operacji księgowej polegającej na potrąceniu należności powoda z należnością pozwanego z tytułu kar umownych. Znalazło to wystarczający i jednoznaczny wyraz w treści przesłanej powodowi noty księgowej numer (...) z dnia 3 grudnia 2012 r. (k.19), z której wynika, że Gmina B. obciążyła powoda karą umowną – zgodnie z umową z dnia (...) r. Nota księgowa zawiera także szczegółowe wyczenie kary umownej, oraz informację, że będzie potrącona z należnością wynikającą z przedstawionej przez powoda faktury numer (...). Co istotne, nota księgowa została podpisana przez osobę uprawnioną do reprezentacji pozwanego Gminy – wójta Gminy P. K..

W rezultacie Sąd Apelacyjny uznał zarzuty naruszenia art. 498 k.c. w zw. z art. 455 k.c. i art. 65§2 k.c. za chybione.

Nie były także trafne zarzuty skarżącego powoda dotyczące naruszenia art. 233§1 k.p.c., której skarżący upatrywał przede wszystkim w błędnej ocenie wniosków wynikających z opinii głównej i uzupełniającej biegłego J. B. (2) co do opóźnienia wykonania robót wskutek złych warunków atmosferycznych, oraz w błędnej ocenie dokumentów, w których informuje pozwanego o niesprzyjających warunkach atmosferycznych, a także w wadliwej ocenie jego zeznań odnośnie przyczyn opóźnienia w wykonaniu prac objętych umową.

Co do zarzutów odnoszących się do opinii biegłego sądowego, to Sąd Apelacyjny orzekający w niniejszym składzie w pełni podziela wyrażony w orzecznictwie pogląd, że dowód z opinii biegłych z uwagi na swój szczególny charakter - gdyż korzysta się z niego w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych - podlega ocenie sądu według mierników właściwych dla przedmiotu konkretnej opinii, a więc z punktu widzenia zgodności z zasadami logicznego rozumowania, wiedzy powszechnej, podstaw teoretycznych opinii wskazujących na

wiedzę biegłego, sposobu formułowania opinii i jej wniosków, także ze względu na ich jednoznaczność i zgodność z postawionymi biegłym pytaniami, jednakże bez wnikania w ten zakres materii opinii, która wynika z wiedzy specjalistycznej biegłych (por. Postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 10 sierpnia 2017 r. I CSK 328/17, Legalis nr 1682592). Kierując się tym kryteriami wskazać należy, że Sąd Okręgowy trafnie uznał, iż po pierwsze opinia ta jest spójna, logiczna i odpowiada na tezy zawarte w postanowieniu dowodowym Sądu. Po wtóre, biegły w sposób fachowy, rzetelny i przekonujący ocenił przyczyny nieterminowego zakończenia inwestycji przez powoda. Szczegółowo i precyzyjnie uzasadnił także wnioski swojej opinii, zaś wnioski te są jednoznaczne i stanowcze.

Skarżący wskazywał na zapis w dzienniku budowy z dnia 18 grudnia 2012r. o wstrzymaniu prac z powodu warunków pogodowych, wskazując, iż ich wznowienie nastąpiło w dniu 12 lutego 2013r. Biegły wyjaśnił, że w dzienniku budowy nie ma zbyt wielu szczegółów, są tylko ogólne zapisy, nie ma sprecyzowanych dat, jeżeli chodzi o ujemne temperatury; dodał, że jest tylko zapis, iż od lutego do końca marca wstrzymano prace z uwagi na warunki zimowe (k. 504-504 v, 00:12:54 – 00:26:15). Biegły przyznał wprawdzie, że w dzienniku budowy jest wpis z datą 19 grudnia 2012r. inspektora nadzoru wstrzymującego prace ze względu na warunki zimowe, jednak wyjaśnił, że wpis inspektora nadzoru nie oznacza, iż wykonawca nie może prowadzić prac, jeżeli chce to czynić (k.504 v, 00:42:54 – 00:52:23). Kolejny wpis widnieje przy tym z datą 12 lutego 2013 r., kiedy to kierownik budowy odnotował wznowienie robót (vide: pismo procesowe pozwanego k.469). Nie wynika z tego zatem jednoznacznie, że warunki zimowe uniemożliwiające wykonywanie robót były w całym kwestionowanym przez powoda okresie, to jest od 18 grudnia 2012 r. do 12 lutego 2013 r. Właściwe zatem było oparcie się przez biegłego na niekwestionowanych danych co do temperatur przedstawionych przez Instytut (...) (k.326 – 330). Biegły przy tym w sposób jasny i przekonujący wyjaśnił technologię związaną z wykonywaniem prac, do których był zobowiązany powód, podkreślając, iż zasadą jest, że temperatura uniemożliwiająca pracę to temperatura poniżej zera trwająca nieprzerwanie dobę (k.504 v, 00:42:54 – 00:52:23). Trafnie przy tym Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że powód decydując się na podpisanie umowy i określając końcowy termin wykonania prac powinien wziąć pod uwagę okres zimowy i czasową niemożliwość prowadzenia prac. W rezultacie słusznie Sąd Okręgowy za chybiony uznał zarzut skarżącego dotyczący konieczności uwzględnienia wszystkich dni z temperaturą poniżej 0°C, jako że biegły w sposób przekonujący wyjaśnił, iż w przypadku robót kanalizacyjnych należy uwzględnić tylko te dni, które posiadały temperatury ujemne zarówno rano, jak i wieczorem, co uniemożliwiało lub utrudniało wykonywanie robót zgrzewczych, natomiast wahania temperatur z dodatnich na ujemne nie

powodują trwałego przemarzania gruntu i prace ziemne mogą być bez przeszkód kontynuowane (k.350 – 352, k.425, k.481).

Co do zarzutu wadliwej oceny dokumentów, w których powód informuje pozwanego o niesprzyjających warunkach atmosferycznych nie pozwalających na kontynuowanie prac budowlanych w miesiącu marcu 2013 r. , a także oceny zeznań powoda odnośnie przyczyn opóźnienia w wykonaniu prac objętych umową, to podkreślić należy, że kwestia tego, czy istniały przyczyny uniemożliwiające wykonywanie robót ze względu na niesprzyjające warunki atmosferyczne jest zagadnieniem obiektywnym, zaś w przedmiotowych pismach (k. 21, k.22) oraz zeznaniach (k.505-505v) powód przedstawił wyłącznie swoje subiektywne stanowisko co do przyczyn opóźnienia w wykonaniu umówionych robót.

W rezultacie także zarzut naruszenia art.233§1 k.p.c. nie był trafny.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również zarzutu rażącego wygórowania kary umownej (art.484§2 k.c.).

Zgodzić należało się ze stanowiskiem pozwanego (k.160-163), że kara umowna ustalona w wysokości 0,2% wartości umowy netto za każdy dzień opóźnienia (k.14) – porównując naliczoną karę umowną do wartości całej umowy wynoszącej 1.439.190,37 zł brutto (k.8) – nie może być uznana za wygórowaną. Ostatecznie ustalona kara umowna wynosząca 101.391,40 zł wynosi około 7% wartości całej umowy i – jak słusznie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy – nie pokrywa w całości szkody pozwanej Gminy związanej z obowiązkiem zwrotu udzielonej dotacji, co w niniejszej sprawie nie było kwestionowane (vide: odpowiedź na pozew k.56, rozliczenie k.100). Mając zaś na uwadze, że inwestorem – zamawiającym była Gmina, która wydatkowała na przedmiotową inwestycję także środki publiczne, trudno uznać, aby naliczenie przez nią kary umownej stanowiło z jej strony nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.).

Z tych też względów Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutów naruszenia art. 483 k.c. w związku z art. 484 § 2 k.c. oraz art. 5 k.c.

Trafny natomiast był zarzut apelacji powoda dotyczący sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zgromadzonego materiału dowodowego, w zakresie ustalenia łącznego okresu opóźnienia w zakończeniu inwestycji wynikającego z okoliczności niezależnych od powoda . Sąd Okręgowy pominął bowiem, że termin zakończenia pierwotnej umowy określony został na dzień 29 czerwca 2013 r. (k. 8), zaś aneks do umowy został zawarty w dniu 28 czerwca 2013 r. (k.14) i wydłużał on termin umowy do dnia 19 lipca 2013 r. W istocie zatem w stosunku do pierwotnego terminu umowa została wydłużona nie o 21 dni, lecz o 20 dni, co zresztą skorygował biegły na rozprawie w dniu 4 września 2017r. (k.505).

W konsekwencji, skoro opóźnienie z przyczyn niezależnych od powoda wynosiło łącznie 38 dni, zaś przedłużono termin zakończenia robót o 20 dni, to od 62 – dniowej zwłoki powoda należało odjąć nie 17 dni, ale 18 dni – jak słusznie zarzucił

skarżący Tym samym kara umowna przysługiwała stronie pozwanej za okres 44 dni (62 – 18 = 44 dni). Iloczyn 44 dni oraz kary umownej za jeden dzień wynoszącej 2.304,35 zł to 101.391,40 zł. Różnica pomiędzy dochodzoną przez powoda kwotą 142.869,70 zł a potrąconą karą umowną 101.391,40 zł wynosi 41.478,30 zł. Sąd I instancji zasądził kwotę 39.173,95 zł. Różnica wynosi 2.304, 35 zł – tyle ile kara umowna za jeden dzień zwłoki – i taką też kwotę Sąd Apelacyjny na podstawie art. 471 k.c. dodatkowo zasądził od pozwanego na rzecz powoda – wraz odsetkami za opóźnienie (art.481§1 k.c.) - oddalając powództwo w pozostałej części.

Konsekwencją zmiany merytorycznej wyroku była także zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu, przy uwzględnieniu wyrażonej w art. 100 k.p.c. zasady stosunkowego rozdziału kosztów. Ostatecznie powództwo zostało uwzględnione w 29%. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego stron obliczona została na podstawie §2 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t. jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 265) – w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie 26 października 2016r., uwzględniając także koszty opłaty od pełnomocnictwa (17 zł). Iloczyn 7.217 zł i 29% to po zaokrągleniu 2.093 zł, zaś iloczyn 7.217 zł i 71% to 5.124 zł (po zaokrągleniu). Różnica wynosi 3.031 zł i do takiej też kwoty Sąd obniżył koszty zastępstwa procesowego zasądzone od powoda na rzecz pozwanej Gminy za postępowanie przed Sądem I instancji.

Przechodząc do apelacji pozwanej Gminy, podkreślić należy, że skarżąca podniosła wyłącznie zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego, w szczególności kwestionując wnioski wynikające z opinii biegłego sądowego J. B. (2), podkreślając, że powstała zwłoka w wykonaniu zobowiązania w całości obciąża stronę powodową.

Postawione w tym kontekście zarzuty naruszenia art. 233§1 k.p.c. nie były trafne. Co do opinii biegłego sądowego J. B. (2), to jak już wcześniej wskazano, opinia w całej rozciągłości była zdalna dla rozstrzygnięcia zagadnień wymagających wiadomości specjalnych, odpowiadała na postawione tezy dowodowe, była wyczerpująco i logicznie uzasadniona. W szczególności biegły w sposób przekonujący i logiczny wyjaśnił, że zwiększenie ilości osób zajmujących się wykonaniem przedmiotowych robót bynajmniej nie wpłynęłoby na przyspieszenie tempa prac z uwagi na ich szczególną technologię. Biegły wyjaśnił przy tym, że brak sprzętu i ludzi mógłby wpłynąć na skrócenie terminu, gdyby w ostatnim okresie nie zaistniały inne okoliczności zobowiązujące wykonawcę do wykonania dodatkowych prac

(k.504v – 505, 00:26:15 – 01:10:55). Sąd Apelacyjny pominął przy tym zgłoszony w apelacji pozwanego wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność braku podstaw do zapłaty dodatkowego wynagrodzenia z tytułu złych warunków atmosferycznych

oraz robót zamiennych i dodatkowych. Jak już to bowiem wcześniej wskazano, dowód z opinii biegłego ma szczególny charakter, gdyż korzysta się z niego w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Z tego względu nie mają do niego zastosowania wszystkie zasady dotyczące postępowania dowodowego, a w szczególności art. 217 § 1 k.p.c. Nie można zatem przyjąć, że sąd obowiązany jest dopuścić dowód z kolejnych biegłych, czy też opinii instytutu w każdym wypadku, gdy złożona opinia jest niekorzystna dla strony. Sąd ma obowiązek dopuszczenia dowodu z dalszej opinii, gdy zachodzi taka potrzeba, a więc wtedy, gdy opinia, którą dysponuje, zawiera istotne luki, bo nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna, czyli nienależyte uzasadniona lub nieweryfikowalna, to jest gdy przedstawiona przez biegłego analiza nie pozwala organowi orzekającemu skontrolować jego rozumowania co do trafności jego wniosków końcowych (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 19 sierpnia 2009 r., III CSK 7/09, LexPolonica nr 2413061, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 kwietnia 2015 r. V ACa 470/14 LEX nr 1751193). Tak zaś z w niniejszej sprawie – z przyczyn podanych powyżej – nie było.

W rezultacie zawarty w apelacji pozwanego zarzut naruszenia art. 233§1 k.p.c. nie był trafny. Podobnie Sąd nie podzielił zarzutu naruszenia art. 217 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. a mającego polegać na niedopuszczeniu prawidłowo zgłoszonego dowodu z dokumentu w postaci odpisu z akt sądowych dotyczących odebrania powodowi pozwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej. Wbrew bowiem zarzutom apelacji, okoliczności te nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdzie zasadnicze znaczenie miało to, czy powód wykonał należycie zobowiązanie i czy w sposób uzasadniony pozwana Gmina naliczyła karę umowną za zwłokę w wykonaniu zobowiązania.

Z tych też względów Sąd Apelacyjny na podstawie wyżej cytowanych przepisów oraz art. 386§1 k.p.c. orzekł jak w części reformatoryjnej, oddalając apelację powoda w pozostałym zakresie oraz apelację pozwanego w całości.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł zgodnie z wyrażoną w art. 100 k.p.c. zasadą stosunkowego rozdziału kosztów.

Apelacja powoda została uwzględniona jedynie w 2 %, a zatem od strony pozwanej należały mu się koszty zastępstwa procesowego w wysokości 81,-zł obliczone na podstawie §2 pkt 6 w zw. z §10 ust.1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t. jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 265), zaś pozwanemu od powoda w wysokości 3.969 zł. Różnica wynosi 3.888 zł. Z uwagi na to, że apelacja pozwanego została oddalona w całości – powodowi przysługiwały koszty zastępstwa procesowego w wysokości 2.700 zł, obliczone na podstawie §2 pkt 5 w zw. z §10 ust.1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t. jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 265).

Różnica pomiędzy kwotą 3.888 zł a 2.700 zł wynosi 1.188 zł i taką też kwotę Sąd zasądził od powoda na rzecz pozwanego tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.