

Sygn. akt I ACa 1114/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 lutego 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Danuta Jezierska
Sędziowie:	SSA Wiesława Kaźmierska SSA Iwona Wiszniewska (spr.)
Protokolant:	sekretarz sądowy Olga Sikorska-Łatacz

po rozpoznaniu w dniu 10 lutego 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Gminie Miasto K.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 26 sierpnia 2015 roku, sygn. akt VI GC 11/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1/ zasądza od pozwanej Gminy Miasto K. na rzecz powódki Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 88.428,00 zł (osiemdziesiąt osiem tysięcy czterysta dwadzieścia osiem złotych) z odsetkami ustawowymi od dnia 12 maja 2012 roku do dnia zapłaty,

2/ oddala powództwo w pozostałej części,

3/ rozliczenie kosztów sądowych pozostawia referendarzowi Sądu Okręgowego w Koszalinie ustalając, że powódka wygrała proces w połowie,

4/ koszty zastępstwa procesowego wzajemnie znosi między stronami,

II. oddala apelację w pozostałej części,

III. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 4.421,50 zł (cztery tysiące czterysta dwadzieścia jeden złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym,

IV. koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym wzajemnie znosi między stronami.

SSA W. Kaźmierska SSA D. Jeziarska SSA I. Wiszniewska

Sygn. akt I ACa 1114/15

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo (...) spółka z o.o. w K. domagała się zasądzenia od pozwanej Gminy Miasta K. kwoty 176.856,25 zł z odsetkami ustawowymi wraz z kosztami postępowania. W uzasadnieniu wskazała, że dochodzona kwota stanowi pozostałą kwotę do zapłaty za wykonane roboty budowlane - „Budowa boisk sportowych przy ul. (...) - osiedle (...) w K., w ramach programu Moje Boisko - Orlik 2012”. Sporną kwotę pozwana naliczyła sobie tytułem kary umownej za 44 dni opóźnienia i potrąciła z należności powódki. Zdaniem powódki opóźnienie spowodowane było przyczynami nieleżącymi po jej stronie. Ponadto z ostrożności powołała się na art. 484 § 2 k.c. wnosząc o miarkowanie kary umownej. Powódka powołała również jako podstawę tego żądania art. 5 k.c.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa, zaprzeczając okolicznościom podawanym przez powódkę, co do przyczyn opóźnienia realizacji budowy.

Wyrokiem z dnia 26 sierpnia 2015 r. sygn. VI GC 11/14 Sąd Okręgowy w Koszalinie oddalił powództwo i zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 3617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny.

Gmina Miasto K. zawarła w dniu 5 lipca 2011 r. z K. L., w trybie zamówień publicznych, umowę o roboty budowlane, których przedmiotem była „Budowa boisk sportowych przy ul. (...) - osiedle (...) w K., w ramach programu Moje Boisko - Orlik 2012”. Umowa przewidywała termin zakończenia robót na dzień 14 października 2011 r. Wykonawca odstąpił od umowy z Miastem z uwagi na brak możliwości dojazdu do terenu budowy.

W celu realizacji projektu Gmina Miasto K. zawarła w dniu 16 września 2011 r. z Przedsiębiorstwem (...) spółką z o.o. w trybie zamówień publicznych, umowę nr (...) o roboty budowlane, których przedmiotem była „Budowa boisk sportowych przy ul. (...) - osiedle (...) w K., w ramach programu Moje Boisko - Orlik 2012”. Zgodnie z umową powódka zobowiązała się wykonać objęte nią prace do dnia 30 listopada 2011 r. za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 1.339.820,05 zł. SIWZ, jak też umowa nie przewidywały możliwości zmiany postanowień umowy. W § 13 ust.1 pkt 1 przewidziano możliwość naliczenia wykonawcy kary umownej za opóźnienie oddania robót objętych umową w wysokości 0,3% wynagrodzenia za każdy dzień.

Pozwana nie poinformowała powódki, ani na etapie procedury przetargowej, ani przy podpisywaniu umowy, iż nie zapewni ciągłego, nieograniczonego dostępu do placu budowy. Powódka w § 1 ust. 3 umowy oświadczyła jednak, iż „składając ofertę zaznajomił się z dokumentacją projektową, warunkami lokalnymi, w których będą realizowane roboty, w tym z możliwością urządzenia zaplecza technicznego budowy, możliwościami zasilania w wodę, energię elektryczną i inne media, ze stanem dróg dojazdowych, urządzeniami telekomunikacyjnymi, dokumentacją i otrzymał od zamawiającego niezbędne dane mogące mieć wpływ na ryzyko i okoliczności realizacji przedmiotu umowy. Zastrzeżenia zgłoszone przez Wykonawcę po podpisaniu umowy dotyczące terenu budowy, nie będą stanowiły podstawy do dochodzenia roszczeń od Zmawiającego oraz żądania przez Wykonawcę przesunięcia zakończenia robót”.

Na podstawie umowy pozwanej z firmą (...) z dnia 4 marca 2011 r. prowadzone były prace przy przebudowie ulic dojazdowych do ul. (...) (miejsca wykonania boiska) tj. na ulicach: P. i W. oraz remont ulicy (...). Prace drogowe winny były zostać zakończone do dnia 15 października 2011r., jednakże zakończyły się w terminie. Organizacja ruchu na remontowanych odcinkach nie przewidywała zamknięcia ich dla ruchu. Prace te stanowiły okresowo mniejsze lub bardziej znaczące utrudnienie w dojeździe do ul. (...) i dowozie na teren inwestycji materiałów, jednak nie

uniemożliwiały tak wywozu ciężkich ładunków, jak i ich przywozu. W okresie remontu możliwy był dojazd do ul. (...) drogami bocznymi- gruntowymi, po których mogły poruszać się samochody ciężarowe, jak też okresowo po godzinie 15-tej tj. po zakończeniu prac przy remoncie dróg.

Do intensywności prac w miesiącach wrześniu i październiku pozwana nie miała zastrzeżeń. Wykonano wówczas część prac ziemnych i przywieziono materiał sypki do budowy boisk. Poczynając od miesiąca listopada pracownicy pozwanej stwierdzali zmniejszenie intensywności prac, co spowodowało ponaglanie powódki do zintensyfikowania prac.

Pismem z 10 listopada 2011 r. powódka poinformowała pozwaną, że z przyczyn od niej niezależnych nie jest w stanie zrealizować pierwotnego harmonogramu składając nowy harmonogram, który nie wykaczał poza termin zakończenia prac zgodny z umową. Jako przyczynę opóźnienia powódka wskazała utrudnienia w ruchu związane z przebudową ulicy (...), które uniemożliwiły terminowe dostawy kruszyw oraz opóźnienie w realizacji elementów infrastruktury spowodowane długim terminem realizacji zamówień u producentów.

W dniu 25 października 2011r. pozwana zawarła umowę z podwykonawcą (...) J. T., J. H. na dostawę materiałów i montaż boisk ze sztucznej trawy. Powódka zobowiązała się wydać podwykonawcy plac budowy w dniu 1 listopada 2011 r., jednak opóźniła się z wydaniem terenu budowy do dnia 29 listopada 2011r., co spowodowało naliczenie kary umownej przez podwykonawcę.

W chwili rozpoczęcia robót teren budowy nie miał zabezpieczonego dostępu do przyłącza energetycznego. Powódka zapewniła sobie dostęp do energii elektrycznej poprzez przyłącze tymczasowe. Brak stałego przyłącza energetycznego, którego wykonanie pozwana zleciła zakładowi energetycznemu nie uniemożliwił prowadzenia robót i ich zakończenia, a jedynie uniemożliwił przeprowadzeni wymaganych końcowych prób instalacji. Pozwana poinformowała powódkę, iż brak tych badań nie będzie stanowił podstawy odrzucenia zgłoszenia powódki robót do odbioru, jak też odmowy przystąpienia przez zamawiającego do tego odbioru, a protokoły pomiarów mogą zostać dostarczone później.

Strony dokonywały częściowych odbiorów robót. Powódka zgłosiła roboty do końcowego odbioru w dniu 13 stycznia 2012 r. Roboty odebrane zostały przez pozwaną w protokołem z dnia 26 stycznia 2012 r., która przyjęła za dzień zakończenia robót datę 13 stycznia 2012 r. tj. 44 dni po terminie przewidzianym umową.

Zgodnie z opinią biegłego na dzień wyznaczony umową tj. 30 listopada 2011 r. powódka wykonała 51,62% w ujęciu wartościowym odnoszonym do harmonogramu rzeczowo-finansowego lub 62,78% wg oszacowania zaawansowania prac faktycznie wykonanych.

Pozwana naliczyła powódce, na podstawie § 13 ust.1 pkt 1 umowy, karę umowną w kwocie 176.856,25 zł za 44 dni opóźnienia, którą potrąciła z wynagrodzenia należnego powódce.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Sąd pierwszej instancji uznał, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Powódka nie wykazała, iż przebudowa ulic dojazdowych do ul. (...) (miejsca wykonywania umowy) tj. ulic (...) stanowiły rzeczywiście podstawową i nieprzezwycięzalną przeszkodę w sprawnym prowadzeniu robót.

Zdaniem Sądu Okręgowego K. L. uznał przebudowę ulic dojazdowych za okoliczność uniemożliwiającą mu terminowe wykonanie robót, od umowy odstąpił i swój spór z Miastem, co do kar umownych wygrał. Jednakże ta ocena pozostaje jedynie jego subiektywnymi odczuciami co do warunków wykonania robót, możliwości sprzętowych i osobowych.

Sąd pierwszej instancji dostrzegł, iż równie kategoryczne w kwestii dojazdu są zeznania P. K., który pełnił funkcję kierownika budowy. Świadek ten wskazuje, iż po dniu 2 listopada 2011 r. wykonawca dróg zabronił powódce przejazdu remontowanymi ulicami. Świadek wskazuje, że jego przyczyną zakazu poruszania się po tych drogach była obawa przed zabrudzeniem położonych już przez (...) warstw nawierzchni. Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż wydany

przez wykonawcę zakaz nie miał uzasadnienia prawnego w zatwierdzonej organizacji ruchu. Nie był on zresztą przez powódkę ściśle przestrzegany, o czym świadczyło choćby pismo (...) kierowane do powódki z dnia 14 listopada 2011 r.

Poza zeznaniami tego świadka pozostali świadkowie stwierdzają jedynie utrudnienia w dojeździe na teren budowy, ale zaprzeczają, aby dojazd ten drogami gruntowymi był niemożliwy, nawet dla samochodów o dużym tonażu. Jednoznacznie zaprzeczają temu świadkowie powołani przez pozwaną A. S., E. R., T.T., D. B., D. K., B. W., J. B., , A. K., niemniej – na co zwrócić należy szczególną uwagę również wskazani przez powódkę świadkowie M. S. (kierownik robót drogowych), L. G. (kierownik robot elektrycznych), nie pamiętają jakichś znaczniejszych przeszkód w dojeździe do budowy. Nie była to zatem okoliczności w sposób znacząco odbiegające od problemów występujących na każdej budowie. Świadek L. G. wskazuje, iż na potrzeby jego prac (elektrycznych) były przewożone ciężkie ładunki, ale nie pamięta szczególnych problemów z ich dowozem. Nawet świadek K. C.- inżynier budowy, co prawda wskazuje na utrudnienia w dojeździe, już choćby polegające na tym, iż z 10 zamówionych ciężarówek z materiałami, dojechały 2, jednakże w istocie nie wie właściwie, co spowodowało to ograniczenie dostawy.

Istotnym jest, iż powoływane przez powódkę wpisy do dziennika budowy pochodzą jedynie z dnia 2 i 23 listopada 2011 r. W okresie pomiędzy tymi wpisami powódka niewątpliwie korzystała z dojazdu do budowy po przebudowywanych ulicach, co wynika choćby z pisma wykonawcy dróg firmy (...), w którym to piśmie żąda od powódki oczyszczenia przebudowywanych dróg z błota naniesionego kołami jej pojazdów.

Braku możliwości dojazdu do budowy bocznymi drogami gruntowymi zaprzecza opinia biegłego i jego wyjaśnienia ustne. Z opinii tej wynika, iż dojazd ciężkimi samochodami nawet w okresie jesiennym był możliwy. Opinię tę Sąd uznał za miarodajną, bowiem stanowi dodatkowe potwierdzenie wniosków wypływających z zeznań wskazanych powyżej świadków, a także dokumentów powołanych poniżej.

Powódka twierdziła przy tym, iż przebudowa dróg dojazdowych miała zakończyć się do dnia 15 października 2011 r., a zakończyła się 24 listopada 2011 r. Z zeznań świadka K. (zastępcy prezydenta Miasta) wynika, iż przebudowa zakończyła się w terminie. Powódka nie przedstawiła w zasadzie dowodu przeciwnego. Gdyby jednak uznać, iż de facto roboty te rzeczywiście zostały przez (...) oddane w dniu 24 listopada 2011r., to pozostaje wątpliwym, czy po 15 października 2011r. nie było możliwości przejazdu ulicami (...). Już z pisma (...) z 14.11.2011r. wynika, iż drogi te nadawały się do przejazdu, a (...) w tym okresie nie wykonał prawdopodobnie jedynie oznakowania poziomego (nie wymalował znaków) na drogach, a ewentualne utrudnienia stwarzał z obawy zabrudzenia powierzchni błotem, na co wskazywały pośrednio również zeznania K. L.. Przy czym powódka nie wskazała jednoznacznie, jakie roboty drogowe miały być prowadzone po dniu 2 listopada 2011 r. i w związku z tym, co było przyczyną odmowy dostępu do tych dróg po wskazanej dacie.

Zdaniem Sądu Okręgowego fundamentalnym dowodem braku zasadności roszczeniu powódki było pismo powódki z dnia 10.11.2011 r., w którym informuje ona pozwaną o opóźnieniu spowodowanym utrudnieniami w dojeździe, jednak co do elementów infrastruktury wskazuje równocześnie na długi termin realizacji zamówień. Stąd też nie wydaje się, aby utrudnienia w dojeździe do placu budowy były najistotniejszą przyczyną opóźnień w wykonywaniu robót. Świadkowie wskazywani przez pozwaną twierdzili, iż już w okresie września i października powód wywiózł i przywiózł na budowę ziemię i piasek, co dokumentować mają zdjęcia zrobione przez nadzorujących roboty ze strony Miasta, zatem trudności z dojazdem nie miałyby istotnego znaczenia dla terminowego wykonania robót.

Nawet gdyby przyjąć, że utrudnienia w dojeździe były znaczące, to mogły one mieć miejsce okresowo, a nie przez cały czas od 2 listopada 2011 r. do 24 listopada 2011 r., jak podaje powódka. Utrudnienia te występowały i przed dniem 2 listopada 2011 r., a mimo powyższego powódka zdecydowała się na podpisanie umowy. Jeżeli przy tym nie istniała możliwość przejazdu drogami objazdowymi samochodami o ładowności ponad 20 ton, transport mógł być prowadzony samochodami ciężarowymi o mniejszej ładowności. Świadek K. sam wskazuje, iż z braku możliwości przewiezienia konstrukcji dachu budynku szatni w całości, konstrukcję tę przewieziono w elementach i zmontowano na budowie.

Uznał, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem powódki, iż utrudnienia powodowały obiektywną przyczynę skutkującą opóźnieniem wykonania robót o 22 dni. Wskazał, że powódka podpisując umowę w dniu 16 września 2011 r. miała świadomość, iż podejmuje się wykonania robót budowlanych, w znacznej mierze sprowadzających się do prac „na wolnym powietrzu” w okresie jesiennym i wykonania ich w niezmiernie krótkim okresie czasu (do dnia 30 listopada 2011r.). Podpisując umowę i akceptując oświadczenie zawarte w jej § 1 ust. 3 powódka potwierdziła, iż zapoznała się z warunkami lokalnymi, w których inwestycja będzie prowadzona. Przebudowa dróg publicznych, trwała już od dłuższego czasu i nie była okolicznością, której powódka nie mogła przewidzieć, a o okoliczności tej wręcz wiedziała. Powódka miała też świadomość, iż roboty te finansowane są z programów europejskich, które rozliczone muszą być do dnia zakończenia roku kalendarzowego tj. do końca grudnia 2011r., a umowa zawarta w trybie zamówień publicznych nie przewidywała możliwości przedłużenia terminu jej wykonania. Jako profesjonalny przedsiębiorca winna była uwzględnić tak powyższe uwarunkowania, jak i wszelkie inne niesprzyjające okoliczności, które mogą pojawić i zazwyczaj pojawiają się w toku robót budowlanych, w tym i opóźnienia w terminowym zakończeniu robót drogowych, co nie jest zjawiskiem nietypowym w tej sferze działalności.

Powódka zarzucała, iż jedną z przyczyn opóźnienia w robotach, od niej niezależną, był brak należytego nadzoru ze strony pozwanej. Zdaniem Sądu pierwszej instancji zarzut ten nie został w istocie sprecyzowany, bowiem poza stwierdzeniami, iż osoby upoważnione przez pozwaną nie miały uprawnień inspektorów nadzoru, powódka nie wyjaśniła, jakie okoliczności ta miałyby mieć znaczenie dla sprawności prowadzenia prac przez powódkę. Pracownicy pozwanej wyznaczeni do nadzoru nad inwestycją mieli wykształcenie odpowiednie do wykonywanych czynności, a powódka nie wykazała, aby w toku inwestycji pojawiały się problemy z zakresu projektowania lub wykonawstwa budowlanego, których pracownicy pozwanej nie umieli rozwiązać. Zatem i w tym zakresie opóźnienie w wykonaniu robót nie znajduje usprawiedliwienia.

Kolejną z przyczyn, dla których zdaniem powoda nie wykonał on robót w terminie bez swojej winy był brak stałego przyłącza energetycznego. Ta argumentacja powódki nie zasługuje, według sądu pierwszej instancji, na uwzględnienie. Zawierając umowę powódka wiedziała, iż plac budowy nie ma zasilania energetycznego. Jak wynika z opinii biegłego brak stałego przyłącza, którego zapewnienie rzeczywiście należało do obowiązków pozwanej i z którego to obowiązku w czasie określonym na wykonanie robót pozwana Gmina nie wywiązała się, nie miał wpływu na faktyczną możliwość terminowego wykonania robót. Stałe przyłącze energetyczne ma znaczenie dla możliwości spełnienia przez wykonawcę robót obowiązku przeprowadzenia prób i badań instalacji energetycznej. Z tego jednak obowiązku pozwana zwolniła powódkę, o czym świadczy jednoznacznie pismo pozwanego Miasta z dnia 12 grudnia 2011r., a także kolejne pisma pozwanej stanowiące odpowiedź na pisma powódki dotyczące braku stałego przyłącza. Szczególnie stanowisko to widoczne jest w piśmie z dnia 2 stycznia 2012 r., w którym pozwana jednoznacznie wskazuje, iż brak pomiarów związany z brakiem stałego przyłącza nie będzie stanowił podstawy odrzucenia zgłoszenia robót do odbioru i nieprzystąpienia przez zamawiającego do czynności odbiorczych.

Powódka twierdzi ponadto, iż konsekwencją utrudnienia w dostępie do dróg publicznych, za które odpowiedzialność ponosi Miasto K., było przesunięcie prac wykończeniowych na okres, w którym prace te z uwagi na warunki atmosferyczne nie mogły być wykonywane. Wskazuje na nietypowe warunki atmosferyczne panujące w okresie od listopada 2011 r. do grudnia 2012 r. Nietypowość ta miała się wyrażać w niskich temperaturach i dużej wilgotności powietrza. Na dowód powyższego powódka złożyła wydruki danych meteorologicznych, a także powołała się na dodatkową umowę zawartą z pozwaną w dniu 19 marca 2012 r. Zdaniem Sądu Okręgowego ustalenie tych okoliczności wymagał wiadoomości specjalnych, a powódka o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego odpowiedniej specjalności na tę okoliczność nie wniosła. Brak zatem podstaw uznania, iż twierdzenia powódki w tym zakresie mogą stanowić podstawę zwolnienia jej od odpowiedzialności za spóźnione wykonanie przedmiotu umowy. Decydując się na podjęcie robót budowlanych, z których część wykonywana miała być na terenie odkrytym, w okresie jesiennym, powódka winna była liczyć się z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, które mogą i występują w tym okresie naszej strefie klimatycznej.

W konsekwencji powyższych rozważań Sąd pierwszej instancji doszedł do wniosku, iż żadna ze wskazywanych przez powódkę okoliczności nie była okolicznością niezależną od powódki, tym samym zwalnijąca ją od obowiązku zapłaty kary umownej naliczonej przez pozwaną.

Powódka domagała się miarkowania kar umownych powołując się na art. 5 k.c., jak i na art. 484 § 2 k.c. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, iż powódka jako profesjonalista w swojej branży, prowadząca przedsiębiorstwo budowlane znacznych rozmiarów w pełni dobrowolnie podpisała umowę mając świadomość tak bardzo krótkiego terminu realizacji umowy, niekorzystnych uwarunkowań, w jakich umowa będzie przez nią wykonywana, a także niemożności dokonania zmiany terminu wykonania prac. Stąd Sąd nie dopatrywał się nadużycia prawa po stronie pozwanej na tej podstawie, iż skorzystała z przysługującego jej prawa naliczenia kary umownej wobec spóźnionego wykonania umowy przez powódkę.

Wskazane powyżej okoliczności przemawiają, zdaniem Sądu Okręgowego, również przeciwko miarkowaniu kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Nie sposób uznać, iż powódka wykonała w terminie umownym swoje zobowiązanie w znacznej części tj. części uzasadniającej miarkowanie kary. Zgodnie z opinią biegłego na dzień wyznaczony umową, tj. 30.11.2011r. powódka wykonała 51,62% w ujęciu wartościowym odnoszonym do harmonogramu rzeczowo-finansowego lub 62,78% wg oszacowania zaawansowania prac. Sąd Okręgowy uznał, że kara umowna w wysokości 0,3% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia nie jest wygórowana. Tym bardziej, że sama powódka w swej umowie z podwykonawcą – (...) przewidziała kary umowne za opóźnienie podwykonawcy w wysokości 0,8% wynagrodzenia za każdy dzień. Nie może też być podstawą miarkowania kary twierdzenie powódki, iż w wyniku opóźnienia pozwana nie poniosła szkody. Inwestycja przy boisku Orlik finansowana była w ramach umowy w 60%. Zapłata powódce całości wynagrodzenia już po rozliczeniu dofinansowania, spowodowałaby u pozwanej szkodę w wysokości 60% dochodzonej przez powódkę kwoty.

O kosztach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. i art. 108 k.p.c., obciążając powódkę, jako stronę przegrywającą spór, obowiązkiem zwrotu przeciwnikowi kosztów zastępstwa procesowego.

Od powyższego wyroku **apelację** wniosła powódka zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego tj.,

- art. 483 k.c. w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 zawartej przez strony umowy poprzez jego zastosowanie, co skutkowało przyjęciem, że powódka nie wykonała zobowiązania w terminie ze swojej winy, co uzasadniać miało naliczanie przez pozwaną kary umownej za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy, co tym samym skutkowało przyjęciem, iż przebudowa dróg dojazdowych do placu budowy, brak ustanowienia należytego nadzoru inwestorskiego przez pozwaną, brak stałego przyłącza energetycznego oraz złe warunki pogodowe nie stanowiły obiektywnie usprawiedliwionej przesłanki opóźnienia w terminowym zakończeniu robót; nadto naruszenie to skutkowało przyjęciem, że powódka jako profesjonalista powinna przewidzieć utrudnienia w realizacji inwestycji budowlanej, a mając wiedzę o utrudnieniach w dostępie do budowy świadomie podpisała umowę i przyjęła na siebie obowiązek jej zrealizowania, w sytuacji gdy w okresie realizacji umowy oprócz utrudnień na drodze wystąpił również formalny zakaz poruszania się przebudowanymi drogami publicznymi co zostało potwierdzone dokumentami administracyjnymi złożonymi do akt sprawy, a ponadto powódka nawet jako profesjonalista nie mogła przewidzieć, że pozwana przedłuży wykonawcy drogi termin zakończenia prac o 1,5 miesiąca, co zdecydowanie miało wpływ na termin realizacji umowy przez powódkę, nawet przy świadomości o istnieniu utrudnień w dostępie do placu budowy w chwili podpisania umowy;
- art. 484 § 2 k.c. oraz art. 5 k.c. poprzez ich niezastosowanie w niniejszej sprawie pomimo istnienia okoliczności obiektywnie uzasadniających miarkowanie kary umownej naliczonej powódce przez pozwaną takich jak istnienie obiektywnych przesłanek, które spowodowały opóźnienie w wykonaniu umowy, wykonywanie przedmiotu umowy w znacznej części, brak poniesienia szkody przez pozwaną, rażące wygórowanie kary umownej;

2. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez całkowicie dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, przede wszystkim zeznań świadków oraz stron, z przekroczeniem zasad logiki, racjonalnego rozumowania oraz doświadczenia życiowego, co skutkowało nadaniem pełnej wiarygodności jedynie zeznaniom świadków zawnioskowanych przez stronę pozwaną oraz świadków, którzy pozostają w konflikcie z powódką, a nadto poprzez jedynie fragmentaryczną analizę zeznań świadków i stron złożonych w niniejszej sprawie poddanie pod ocenę zeznań świadków i stron w sposób wybiórczy, niepełny, niekompleksowy, z pominięciem kontekstu wypowiedzi, nieuwzględnienie części zeznań świadków zawnioskowanych przez powódkę, które miały znaczenie dla sprawy i które w sposób stanowczy dowodziły o okolicznościach odmiennych niż te, które zostały przyjęte przez Sąd za pozwaną do kreowanej przez pozwaną wersji wydarzeń; naruszenie to polegało również na całkowitym pominięciu w sprawie dokumentów administracyjnych złożonych w poczet zgromadzonego materiału dowodowego, z których wynikało, że na przebudowywanych drogach istniało nie tylko utrudnienie w komunikacji (ruch wahadłowy, ruch tylko w określonych godzinach), ale również istniał formalny zakaz ruchu, ponadto Sąd dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego całkowicie pominął dowody z dokumentów w postaci aneksów do umowy z wykonawcą dróg, z których w sposób jednoznaczny wynikało, że wbrew zapewnieniom pozwanej, zakończenie przebudowy dróg odbyło się z 1,5 miesięcznym opóźnieniem.

W tak postawionych zrzutach skarżący wniósł o zmianę wyroku Sądu pierwszej instancji poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego, ewentualnie o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji. Ponadto wniósł o zasądzenie od pozwanej kosztów postępowania przed Sądem drugiej instancji.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacja powódki częściowo okazała się uzasadniona, co spowodowało zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie niemal połowy żądanej pozwem kwoty.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i przejmuje je za własne, a ponadto uzupełnia je o następujące ustalenia. Zgodnie z art. 382 k.p.c. sąd apelacyjny orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji i w postępowaniu apelacyjnym. Jest też uprawniony do poczynienia własnych w całości lub części ustaleń na podstawie tego materiału.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny ustalił dodatkowo , co następuje:

W okresie od 2 listopada 2011 r. do 23 listopada 2011 r. w związku zawartą przez Gminę Miasto K. umową z firmą (...) sp. z o.o. kontynuowane były prace przy przebudowie ulic dojazdowych do budowanego boiska przy ulicy (...). Prace wykonywane były na ulicach (...). Na ulicy (...) spółka malowała oznaczenie poziome na jezdni. W związku z zabrudzeniem jezdni błotem przez samochody ciężarowe wyjeżdżające z budowanego boiska, spółka (...) w dniu 14 listopada 2011 r. zwróciła się do Przedsiębiorstwa (...) spółka z o.o. z prośbą o oczyszczenie zabrudzeń.

Prace remontowe dróg stanowiły utrudnienia w dojeździe do ul. (...). Okoliczności te spowodowały opóźnienia w wykonywaniu budowy boiska, gdyż doprowadzały do utrudnień w dojeździe pojazdami o większej ładowności celem przywiezienia i zabrania niezbędnych materiałów na budowę, w szczególności tych sypkich.

Dowód:

- pismo z dnia 10 listopada 2011 r. do Gminy Miasto K. k. 54,
- pismo z dnia 14 listopada 2011 r. z (...) k. 55,
- zeznania świadka K. C. k. 428-429,

- zeznania K. L. k. 431,
- zeznania P. K. k. 493-494,
- dziennik budowy k. 35-37.

Poczynione dodatkowe ustalenia faktyczne zostały oparte na wskazanych wyżej dowodach. Sąd Apelacyjny dał wiarę dowodom z zeznań świadków K. L., K. C. i P. K.. Świadkowie byli zaangażowani w postępy prac lub też interesowało ich to, co aktualnie działo się na budowie Orlika. Wyjaśnienia świadków wynikają z osobistych obserwacji, a więc nie stanowią przypuszczeń. Ponadto świadkowi Ci pojawiali się w miarę regularnie na budowie, zatem dostrzegali utrudnienia związane z dojazdem ciężkimi samochodami na budowę. Na prawdziwość ich zeznań dowodzą także dokumenty w postaci dwóch pism z dnia 10 i 14 listopada 2011 r. Pisma wskazują na występujące utrudnienia w dojeździe. Sąd Apelacyjny wskazuje, iż z okoliczności sprawy nie wynika, by zostały wytworzone na potrzeby niniejszego postępowania, ani też ich prawdziwość nie została zakwestionowana w toku procesu. Także na autentyczność tych dowodów wskazują wpisy w dzienniku budowy sygnalizujące powstałe utrudnienia w dojeździe do boiska. Wszystkie te dowody uzupełniają się wzajemnie, przez co tworzą całość wskazującą, iż w okresie od 2 do 23 listopada 2011 r. występowały utrudnienia powodujące niezawinione opóźnienie ze strony powódki w realizacji inwestycji. Zeznania tych świadków nie wykluczają się w treści z zeznaniami świadków wskazywanych przez pozwaną, gdyż świadkowie pozwanej nie mogli wiedzieć o wszystkich okolicznościach, skoro nie przebywali na budowie regularnie.

Przechodząc do zarzutów podnoszonych w apelacji powódki, to jak wynika z powyższych ustaleń, Sąd drugiej instancji podzielił zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie w jakim Sąd Okręgowy dokonał odmiennej oceny dowodów, a przez to poczynił błędne ustalenia faktyczne dotyczące występowania utrudnień w dojeździe do budowy boiska. Jak wskazano wyżej opóźnienia w realizacji inwestycji były wynikiem przedłużających się prac remontowych dróg dojazdowych do Orlika. Niedogodności spowodowały postoje w wykonywaniu budowy boiska i trwały przez okres od 2 do 23 listopada 2011 r. Sąd Apelacyjny dostrzegł, iż pozwana wiedziała o problemach, które zasygnalizowała pisemnie powódka, na co wskazują chociażby zeznania świadka E. R.. Pomimo tego nie uczyniła żadnych czynności pozwalających na umożliwienie powódce na swobodną realizację inwestycji.

Apelujący zarzucił naruszenie prawa materialnego, tj. art. 483 k.c. w zw. z § 13 ust. 1 pkt 1 zawartej przez strony umowy poprzez jego zastosowanie, co skutkowało przyjęciem, że powódka nie wykonała zobowiązania w terminie ze swojej winy. Jednakże w przedmiotowym stanie właściwym zarzutem naruszenia prawa materialnego winien być art. 476 zd. 2 k.c. Przepis art. 483 k.c. dotyczy możliwości zastrzeżenia kary umownej na wypadek powstania szkody. W niniejszej jednak sprawie zastrzeżenie kary umownej wynikało z wykonania zobowiązania po umówionym terminie. Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogły stosunek prawny ukształtować tak, jak uczyniły to w przedmiotowej sprawie, a więc zastrzec karę umowną na wypadek nieterminowego wykonania inwestycji. W tej sytuacji kara umowna naliczana była na skutek wystąpienia nieterminowego wykonania zobowiązania, a nie szkody. Tym samym pozwana nie miała obowiązku wykazania szkody, a jedynie winna powoływać się na wstąpienie samego opóźnienia, co w sprawie było bezsporne. Oznacza to, że pozwana Gmina nie miała obowiązku wykazywać istnienia i wysokości szkody. Zatem zarzut ten w takiej postaci nie mógł być skuteczny, tym bardziej powiązany z § 13 ust. 1 pkt 1 zawartej umowy.

Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Powyższy przepis wskazuje, że wierzyciel nie musi udowadniać, że niedotrzymanie terminu nastąpiło z powodu okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Ciężar dowodu spoczywającego na pozwanej dotyczył jedynie wykazania, że termin wykonania zobowiązania bezskutecznie minął. Co też w niniejszej sprawie nie było sporne. Spór dotyczył tego czy wykonanie inwestycji po uzgodnionym terminie nie było zawinione przez dłużnika. Wykazanie tych

okoliczności obciążało powódkę. Inaczej mówiąc to powódka winna udowodnić, że uchybienie terminowi świadczenia nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Wskazany wyżej przepis nie był zawarty w zarzutach apelacji, jednakże odwołując się do uchwały Sądu Najwyższego 7 sędziów - zasada prawna z dnia 31 stycznia 2008 r. sygn. III CZP 49/07 sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąza go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania.

Z uwagi na podniesiony przez skarżącego zarzut naruszenia prawa procesowego oraz Sąd Apelacyjny uzupełnił ustalenia faktyczne, które wskazywały, iż częściowo opóźnienie (w potocznym tego słowa znaczeniu) we wskazanym okresie było niezawinione przez powódkę. Tym samym na skutek zaniechania wzięcia pod uwagę tych okoliczności doszło do naruszenia art. 476 zd. 2 k.c. Powódka bowiem wykazała, że zwłoka spowodowana była działaniem innych osób. Na te działania powódka nie miała wpływu, przez co niemożliwym było wykonanie zobowiązania w terminie. W tym miejscu należy podkreślić, iż nieterminowość dotyczyła okresu od 2 do 23 listopada 2011 r., a więc za 22 dni i nie usprawiedliwia powstania dalszego opóźnienia trwającego aż do dnia oddania inwestycji, to jest do 13 stycznia 2012 r.

Sąd Apelacyjny nie podzielił opinii biegłego sądowego w zakresie w jakim wskazywał on na możliwość przejechania przez drogi nieutwardzone ciężkimi samochodami ciężarowymi. Realizowana inwestycja odbywała się w miesiącach jesiennych, kiedy występują większe opady deszczu powodujące uwodnienie gleby. Jest to istotne o tyle, że drogi nieutwardzone namakają, a przejazd przez nie wiązałby się z powstaniem kolein i w konsekwencji zniszczeniem dróg. Ponadto jak wskazywał świadek K. L. część z nich była drogami prywatnymi (czego biegły nie ustalił), wobec tego przejazd nimi dla osób postronnych był wątpliwy. Dojazd ciężkimi pojazdami po drogach nieutwardzonych doprowadziłby do zniszczenia tych dróg, które były przecież drogami dojazdowymi dla mieszkańców tego osiedla. Drogi te miały przede wszystkim spełniać funkcje dla mieszkańców tej okolicy, a nie przedsiębiorcy budującego Orlika. To Gmina powinna zapewnić odpowiedni dojazd do inwestycji, a nie przerzucać ten obowiązek na powódkę, a nadto w konsekwencji doprowadzać do utrudnienia normalnego korzystania z tych dróg przez mieszkańców.

W dalszej kolejności skarżący zarzucił w apelacji naruszenie art. 484 § 2 k.c. oraz art. 5 k.c. poprzez ich niezastosowanie, pomimo istnienia okoliczności obiektywnie uzasadniających miarkowanie kary umownej naliczonej powódce przez pozwaną takich jak istnienie obiektywnych przesłanek, które spowodowały opóźnienie w wykonaniu umowy, wykonywanie przedmiotu umowy w znacznej części, brak poniesienia szkody przez pozwaną, rażące wygórowanie kary umownej. Z zarzutu tego wynika, że powódka powołuje się na obie podstawy miarkowania kary umownej.

Zgodnie z 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.

Miarkowanie wysokości kary umowne usprawiedliwione może być więc w sytuacji wykonania zobowiązania w znacznej części lub też rażąco wygórowaną karą umowną. Istniejące w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, co do możliwości redukcji kary umownej z powodu przyczynienia się wierzyciela, zostały w ostatnim czasie wyjaśnione przez przeważający w judykaturze pogląd wykluczający uznanie przyczynienia się wierzyciela za odrębną podstawę redukcji kary, wskazujący zarazem na konieczność uwzględnienia tego zachowania wierzyciela w ramach miarkowania w oparciu o art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyroki SN: z 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, Lexis.pl nr 2233542, OSNC-ZD 2010, nr D, poz. 115; 4 marca 2008 r., IV CSK 457/07, Lexis.pl nr 2038666; 6 lutego 2008 r., II CSK 428/07, Lexis.pl nr 2786544). W konsekwencji stopień przyczynienia się wierzyciela do powstania lub zwiększenia zakresu szkody powinien wpływać na karę umowną jedynie w ramach miarkowania na podstawie komentowanego artykułu. Interpretacja ta pozwala uniknąć dalszych wątpliwości związanych z tym, iż przyczynienie się wierzyciela sąd uwzględni z urzędu, natomiast dla uruchomienia miarkowania konieczny jest wniosek dłużnika (P. Drapała, w: System P.P., t. 5, 2012, s. 1165).

W tym miejscu warto również pochylić się nad okolicznościami czy występujące trudności w dojeździe do budowy były wynikiem biernej postawy pozwanej. Wskazać należy, iż pomimo sygnalizowania istniejącego problemu pozwana nie pomogła powodce w obejściu przeszkód. Pozwana stała na stanowisko, że skoro powódka podpisała umowę i zapoznała się z inwestycją oraz z terenem budowy, zwolniona była z dalszych działań. Zarówno powódka jak i pozwana są profesjonalistami w zakresie realizowania podobnych inwestycji. Wobec tego zarówno powódkę jak i pozwaną obciążały obowiązki wynikające z umowy. W tym miejscu nie można zgodzić się z Sądem Okręgowym, iż powódka powinna przewidzieć opóźnienia w wykonywaniu remontu dróg, skoro takie są powszechne. Choć opóźnienia w realizacji inwestycji wynikających z przetargów występują, to jednak nie oznacza to, że należy skalkulować je w ryzyko podejmowanych działań. Tym bardziej, że przedmiotowa inwestycja miała bardzo krótki termin, z czego obie strony zdawały sobie sprawę. Nie bez znaczenia w sprawie jest również okoliczność, że termin ukończenia budowy Orlika z uwagi na tryb zawarcia umowy, nie mógł być przedłużony, a warunki zmieniane oraz fakt, iż pozwana winna rozliczyć realizację do końca 2011 r. Okoliczności te obciążają pozwaną, która powinna dopełnić wszelkich starań w przygotowaniu inwestycji, aby jej wykonanie nie zostało zakłócone przez inny podmiot, który w rzeczy samej wykonywał realizację budowy dróg zleconą przez pozwaną. Przy czym pozbawione podstawy były oczekiwania, by powódka sama zapewniała sobie dojazd do inwestycji poprzez ich budowę (utwardzenie dróg). Warunku takiego strony nie uzgodniły, toteż nie można było oczekiwać od powódki takich działań.

Ponadto odwołując się do zasad doświadczenia życiowego, skoro materiały na budowę nie mogły zostać przywiezione jednym pojazdem o większej ładowności, to przygotowanie przewozu innymi lżejszymi pojazdami musiał wiązać się z wydłużonym czasem wykonywania inwestycji, zmianami planów, odpowiedniemu pokierowaniu pracownikami. Powódka słusznie mogła zakładać, że prace drogowe zostaną ukończone do dnia 15 października 2011 r. zgodnie z ustalonym terminem. Wobec tego mogła rozplanować inwestycje na poszczególne etapy i wziąć pod uwagę niedogodności występujące do umówionego terminu oddania wyremontowanych dróg. Prace drogowe przedłużyły się jednak o ponad miesiąc, tym samym częściowo blokując wykonywanie robót w terminie. Przy czym bez znaczenia było kiedy realizacja remontu dróg była formalnie ukończona, bowiem istotnym było kiedy faktycznie została ukończona. Inaczej mówiąc, w sprawie decydowało faktyczne zejście wykonawcy dróg z budowy, a nie formalne rozliczenie inwestycji. Na wykonywanie remontu dróg przez (...) po umówionym terminie wskazywały dowody z dokumentów - pism z dnia 10 i 14 listopada 2011 r., wpisów w dzienniku budowy oraz zeznania świadków K. C., K. L., P. K.. Pomimo tych niedogodności powódka niejednokrotnie dowoziła materiały wbrew formalnemu zakazowi. Co istotne poruszanie się po świeżo położonej nawierzchni mogło wiązać się z jej zniszczeniem, co rodziłoby odpowiedzialność odszkodowawczą. Pomimo grożącej odpowiedzialności powódka podejmowała ryzyko celem ukończenia budowy Orlika.

Mając na uwadze powyższe, treść art. 484 § 2 k.c. postawę pozwanej oraz wnioski powódki o miarkowanie kary umownej, Sąd Apelacyjny podzielił zarzut naruszenia prawa materialnego i zmiarkował wysokość kary umownej. Należy jednak zauważyć, iż Sąd Okręgowy zbędnie ustalał postęp wykonanych prac na umówiony dzień zakończenia realizacji i wyprowadził z tego wnioski, że zobowiązanie nie zostało w znacznej części wykonane. Sąd pierwszej instancji stanął na stanowisku, że niezasadnym było zmiarkowanie kary umownej z tych względów. Jak wynika z dowodów przeprowadzonych w niniejszej sprawie inwestycja została przyjęta przez pozwaną, jako wykonana w całości. Stąd też nie można było czynić ustaleń w zakresie procentu realizacji inwestycji, skoro została ona ukończona. Powódka wykonała zobowiązanie w całości, co tym bardziej uzasadnia zmiarkowanie kary umownej. Ponadto pozwana nie poniosła szkody w związku z nieterminowym oddaniem inwestycji- żadnych twierdzeń ani okoliczności dotyczących swojej szkody nie podniosła. Okoliczność tę Sąd drugiej instancji również wziął pod uwagę przy miarkowaniu wysokości kary umownej.

Powódka powoływała się także na rażąco wygórowaną karę umowną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w momencie jej zastrzegania bądź też zostać taka w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć fakt, iż szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (por. uzasadnienie wyroku SN z 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, LexPolonica nr 296128, powołanego w uwadze 2). Wobec zajęcia przez Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów SN stanowiska,

że kara umowna należy się także w wypadku nieponiesienia przez wierzyciela szkody, należy przyjąć, że w takim wypadku dłużnik może zażądać jej zmniejszenia, argumentując, iż jest ona rażąco wygórowana. Jeżeli u podstaw odpowiedzialności dłużnika tkwi wina, to wówczas jej stopień może stanowić kryterium przy ocenie potrzeby zastosowania § 2 art. 484 (tak SN w uzasadnieniu wyroku z 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, LexPolonica nr 296091, OSNCP 1972, nr 9, poz. 160). Art. 484 § 2 in fine może być też wykorzystany w sytuacji, w której dłużnik tylko częściowo ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, zwłaszcza gdy do tego stanu rzeczy przyczynił się w znacznym zakresie sam wierzyciel (według Sądu Najwyższego w tej sytuacji ponoć nie chodzi o zastosowanie art. 484 § 2, lecz art. 362; wyrok SN z 23 stycznia 1974 r., II CR 788/73, LexPolonica nr 296114, OSPiKA 1975, nr 2, poz. 36). O rażąco wygórowanej karze można też przykładowo mówić w sytuacji, gdy jest ona równa bądź zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją przewidziano (wyrok SN z 20 maja 1980 r., I CR 229/80, LexPolonica nr 296149, OSNCP 1980, nr 12, poz. 243).

Powyższe poglądy podziela Sąd orzekający w niniejszej sprawie. Sąd Apelacyjny zgadza się z zarzutami podniesionymi przez skarżącą w zakresie wysokości ustalonej kary umownej. Słusznie podnosi powódka, iż z racji wykonania zobowiązania w całości, wysokość kary umownej była znacząco wygórowana. Potrącona kara w kwocie 176.856,25 zł stanowiła 16 % wynagrodzenia netto, (1.339.829,05 zł), co uznać należy za wartość wygórowaną. Okoliczność tę wziął pod uwagę Sąd drugiej instancji i tym samym zmiarkował jej wysokość z uwagi na wywiązanie się powódki w całości ze swojego zobowiązania.

Odnosząc się do ostatniego z powołanych przez skarżącą zarzutów naruszenia prawa materialnego, a to art. 5 k.c., należy wskazać, iż przepis chroni co do zasady stronę pozwaną, a nie powodową. Ponadto powołując się na zasady współzycia społecznego powódka powinna je wskazać, czyli skonkretyzować te zasady, które zostały naruszone, czego nie uczyniła. Tym samym kontrola naruszenia przez Sąd Okręgowy prawa materialnego - art. 5 k.c. nie jest możliwa do przeprowadzenia, a zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Kolejnymi zarzutami podnoszonymi przez skarżącą zawartymi zarówno w zarzutach dotyczących naruszenia prawa materialnego jak i procesowego mającymi wpływ na nieterminowość ukończenia inwestycji były niesprzyjające warunki atmosferyczne, brak stałego przyłącza czy też brak fachowych osób ze strony pozwanej pracujących przy realizacji budowy. Uchybienia te nie zostały podzielone przez Sąd Apelacyjny, który zgadza się z rozważaniami Sądu Okręgowego, uznając że okoliczności te nie mogły spowodować dalszej zmiany zapadłego rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do niesprzyjających warunków atmosferycznych panujących podczas budowy boiska, to należy mieć na uwadze przede wszystkim porę roku. Wykonawca podejmujący się wykonania prac w okresie jesiennym musi liczyć się z ciągłą zmianą pogody, wahaniami temperatur czy opadami deszczu, a nawet śniegu o różnej intensywności. Strefa klimatyczna, pod którą podlega Polska jest zmienna. Nie ma więc reguły czy wzorca, który wskazywałby na zasadę. Załączone przez powódkę wydruki warunków atmosferycznych nie wskazują na odmienny klimat, niż ten występujący jesienią. W szczególności nie wystąpiły anomalie pogodowe takie jak kataklizmy, powodzie, wichury, gradobicia itp. Również świadek K. C. (k. 428) wskazywał, że warunki atmosferyczne nie były przeszkodą przy budowie. Wobec tego zarzut ten okazał się chybiony.

Nie można było się także zgodzić z powódką, co do braku kwalifikacji pracowników pozwanej zajmujących się realizacją inwestycji. Pracownicy wyznaczeni do nadzoru nad inwestycją mieli wykształcenie odpowiednie do wykonywanych czynności, a powódka nie wykazała, aby w toku inwestycji pojawiały się problemy z zakresu projektowania lub wykonawstwa budowlanego. Wobec tego powódka nie wykazała, aby te okoliczności spowodowały niezawinioną zwłokę w realizacji inwestycji.

Także na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut braku zapewnienia przez pozwaną stałego przyłącza energetycznego. Powódka wiedziała, iż plac budowy nie ma zasilania oraz o konieczności zapewnienia sobie tymczasowego przyłącza, co też uczyniła i realizowała budowę. Jednakże to, że Gmina nie wywiązała się z obowiązku zapewnienia stałego przyłącza, pozostało bez wpływu na przyjęcie i rozliczenie ukończonej inwestycji, o czym świadczyły pisma pozwanej. Brak stałego przyłącza energetycznego nie uniemożliwił prowadzenia robót i ich zakończenia, a jedynie uniemożliwił

przeprowadzenie wymaganych końcowych prób instalacji. Ustalenia Sądu pierwszej instancji także w tym zakresie były prawidłowe, a powódka skutecznie ich nie zakwestionowała przed Sądem Apelacyjnym.

Jedynie na marginesie Sąd Apelacyjny zwraca uwagę, że Sąd pierwszej instancji nie był związany ustaleniami poczynionymi w sprawie z powództwa K. L. przeciwko Gminie Miastu K.. W tamtej sprawie Sąd orzekający czynił ustalenia na innym stanie faktycznym, w sytuacji kiedy nie doszło do wykonywania umowy. Ustalenia faktyczne czynione w wyroku sądu cywilnego, poza wyjątkami niedotyczącymi tej sprawy, nie wiążą Sądu.

Podsumowując zdaniem Sądu drugiej instancji powódce należała się połowa kwoty wynikająca z potrąconej przez pozwaną należności. Wysokość kary umownej, którą miała prawo potrącić pozwana winna obejmować te wszystkie okoliczności przytoczone wyżej, a więc utrudnienia w dojeździe do placu budowy, brak szkody po stronie pozwanej, wykonanie realizacji w całości oraz planowe ukończenie inwestycji na okres zimowy, a więc na czas znacznie mniejszej eksploatacji Orlika. Tym samym powódka miała prawo żądać miarkowania kary, co też uczynił Sąd odwoławczy i zmiarkował karę umowną w połowie.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że w punkcie 1 zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 88.428,00 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 12 maja 2012 roku do dnia zapłaty. W punkcie 2 oddalił powództwo w pozostałej części. O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c. zgodnie z żądaniem pozwu od terminu płatności.

Rozliczenie kosztów sądowych przed Sądem pierwszej instancji pozostawił referendarzowi w Sądzie Okręgowym w Koszalinie ustalając, że powódka wygrała proces w połowie stosownie do treści art. 108 § 1 k.p.c. (punkt 3 wyroku). Natomiast koszty zastępstwa procesowego wzajemnie zniósł między stronami, z uwagi na wygranie przez powódkę sprawy w połowie opierając rozstrzygnięcie na treści art. 100 zd. 1 in principio k.p.c. (punkt 4 wyroku).

Apelacja w pozostałej części została oddalona na podstawie art. 385 k.p.c. (punkt II wyroku) W zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego z uwagi na wynik sprawy i uwzględnienia apelacji w połowie Sąd zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 4.421,50 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym stosownie do wyniku sprawy i treści art. 100 zd. 1 in fine k.p.c. stosunkowo je rozdzielając i zasądzając równowartość połowy uiszczonej opłaty od apelacji. Natomiast koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym wzajemnie zniósł między stronami stosownie do treści art. 100 zd. 1 in principio k.p.c.

SSA Wiesława Kaźmierska SSA Danuta Jezierska SSA Iwona Wiszniewska