

Sygn. akt I A Ca 853/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Sławomir Jurkowicz (spr.)
Sędziowie:	SSA Aleksandra Marszałek SSA Małgorzata Lamparska
Protokolant:	Justyna Łupkowska

po rozpoznaniu w dniu 10 września 2013 r. we Wrocławiu na rozprawie

sprawy z powództwa **Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w K.**

przeciwko **Powiatowi (...)**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Świdnicy

z dnia 17 maja 2013 r. sygn. akt I C 2675/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 17 maja 2013 r. Sąd Okręgowy w Świdnicy zasądził od strony pozwanej Powiatu (...) Drogowej Powiatu (...) na rzecz strony powodowej Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w K. kwotę 136 854,50 zł z należnymi odsetkami ustawowymi od dnia 7.01.2012 r. do dnia zapłaty oraz zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda koszty procesu w kwocie 6 843 zł, znosząc je w pozostałej części, a także nakazał uiścić na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Świdnicy powodowi i stronie pozwanej kwoty po 301,30 zł tytułem wydatków w sprawie.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy wydał na podstawie następujących ustaleń faktycznych:

W dniu 27 czerwca 2011 roku, w oparciu o wynik przetargu nieograniczonego oraz złożoną przez Przedsiębiorstwo (...) S.A. w K. ofertę, zawarta została umowa, na mocy której strona pozwana jako zamawiający) powierzyła w/

w Przedsiębiorstwu (wykonawcy) do realizacji zadanie: „Przebudowa drogi powiatowej nr (...) M. - Ś. oraz drogi powiatowej nr (...) w m. Ś.: odcinek m. M. i odcinek M. - K.". Zadanie powyższe realizowane miało być w oparciu o projekt techniczny, na podstawie kosztorysu ofertowego oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu budowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, obowiązującymi w tym zakresie przepisami i normami.

Strony uzgodniły, że zamówienie zrealizowane zostanie do dnia 31 października 2011 roku. Do tego czasu wykonawca miał zakończyć roboty i przekazać zamawiającemu uporządkowany teren budowy. Zgodnie z § 5 umowy inspektor nadzoru (którym został R. K.) był uprawniony do wydawania wykonawcy poleceń związanych z jakością i ilością robót, które będą niezbędne do prawidłowego oraz zgodnego z umową wykonania przedmiotu umowy.

Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie brutto w kwocie 2.737.090, 99 zł. Strony umówiły się także, że w przypadku niewykonania w terminie lub nienależytego wykonania robót, zamawiający naliczać będzie kary, w tym za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy, w wysokości 0,4% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki (§ 14 pkt 1 umowy).

W § 17 umowy zamawiający dopuścił możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia w przypadku wystąpienia długotrwałych, niekorzystnych warunków atmosferycznych (ulewne deszcze, powódź). Zobowiązano wykonawcę, aby każdorazowo o zaistnieniu warunków, które wstrzymują prowadzenie prac remontowych, zgłaszał zamawiającemu na piśmie.

Plac budowy stanowiła droga powiatowa nr (...), obejmująca odcinek m. M. i odcinek M. - K. o długości 2 km, w tym odcinek o długości około 600 m, przebiegający przez teren zabudowany w miejscowości M. przy ul. (...) (etap I) oraz odcinek o długości około 1.400 m, położony poza terenem zabudowanym (etap II). Uwzględniając konieczność mobilizacji pracowników, mobilizacji zabezpieczenia i demobilizacji sprzętu niezbędnego do sprawniej i terminowej realizacji zadania, kosztów jakie będzie to generować, a także konieczność zapewnienia prawidłowego i terminowego toku innych prac realizowanych w związku z zawarciem umów z podmiotami trzecimi (które prowadzone były jednocześnie z wykonywaniem umowy zawartej przez upadłego ze stroną pozwaną) upadły planował najpierw wykonać prace na etapie I (bardziej czasochłonne z uwagi na położenie tego odcinka w terenie zabudowanym), w późniejszym zaś dopiero czasie na etapie II (ewentualnie w takiej zbieżności czasowej, która pozwalałaby ograniczyć koszty). Taka kolejność wykonywania prac, uwzględniająca powyższe przesłanki, znalazła odzwierciedlenie w harmonogramie robót, w umówionych przez upadłego z podwykonawcami terminach realizacji części prac na nich przypadających, a także rzutowała na wysokość ostatecznie zaoferowanego przez niego stronie pozwanej wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowego zadania. Całość inwestycji wyceniana bowiem była bez wyodrębniania poszczególnych etapów.

Plac budowy został stronie powodowej przekazany w dniu 4 lipca 2011 r.

Po przekazaniu placu budowy kierownik budowy zauważył znaczne (20 cm i głębsze) zapadnięcia jezdni drogi powiatowej nr (...) w ciągu ulicy (...) w M. (praktycznie na całej długości odcinka obejmującego etap I). Zapadnięcia te występowały w miejscach ułożonej w pasie drogowym sieci kanalizacyjnej. Prace z tym związane wykonywało Przedsiębiorstwo (...) -Budowlane (...) w Z., prace te zostały wykonane wadliwie, a grunt nie dogęścił się naturalnie, co skutkowało niemożnością rozpoczęcia przez upadłego prac na tym odcinku drogi.

Dyrektor (...) Drogowej Powiatu (...) w J. poinformował firmę (...) w Z. o wystąpieniu w/w zapadnięć jezdni w miejscu wykonywania przez nią prac. Poinformował również, że obecny stan pasa drogowego wstrzymuje wykonawcę robót z wejściem na teren budowy w celu wykonania prac związanych z przebudową tejże drogi powiatowej i wezwał do przystąpienia w terminie pilnym do prawidłowego wykonania zagęszczenia poszczególnych warstw wykopu oraz dostarczenia nowych wyników zagęszczenia gruntu.

W dniu 29 lipca 2011 roku odbyło się spotkanie przedstawicieli stron oraz firmy (...) w Z.. Na spotkaniu tym upadły oświadczył, że do czasu uzyskania właściwego warstwowego zagęszczenia gruntu nie rozpocznie prac pomimo

formalnego przekazania mu placu budowy w dniu 4 lipca 2011 roku. Wówczas to zasugerowano także, aby - celem dotrzymania terminu zakończenia prac zgodnie z podpisaną umową - wykonawca przebudowy drogi przystąpił do prac na odcinku M. - K. na długości 1.400 m (etap II), na którym nie było przeszkód do prowadzenia robót. Ustalono, iż należy ponownie wezwać firmę (...) do podjęcia w terminie natychmiastowym stosownych działań. Firma (...) dopiero w dniu 3 sierpnia 2011 roku rozpoczęła rozmowy z przedstawicielami upadłego w celu skoordynowania organizacji prac związanych z usunięciem zapadnięć.

Na spotkaniu w dniu 24 sierpnia 2011 przedstawiciel (...) poinformował, że zapadnięcia jezdni zostały usunięte. Przedstawiciele G. (...) na spotkaniu przekazali informację, że pomimo zagęszczenia gruntu i dokonania miejscami jego stabilizacji w miejscu ułożonej kanalizacji ściekowej, wyniki zagęszczenia w ostatnim okresie są różne z uwagi na zmieniający się poziom wód gruntowych, który po pomiarach w dniu 22 sierpnia 2011 roku wynosił 1,7 m do 1,4 m. Po przeprowadzeniu wizji w terenie rozważano sposób odprowadzenia wód gruntowych z pasa drogowego poprzez wykorzystanie istniejącego kolektora. Upadły zobowiązał się od dnia 30 sierpnia 2011 roku do przystąpienia do możliwych do wykonania prac m. in. frezowania nawierzchni, poszerzenia, odwadniania. Ustalono, iż należy spowodować zlikwidowanie napływu wód gruntowych na teren pasa drogowego, zaś projektant w trybie pilnym powinien przedstawić koncepcję wykonania przebudowy drogi powiatowej nr (...) na etapie I, a nadto ponownie zobowiązano wykonawcę do realizacji całego zadania (I i II etap) w terminie nieprzekraczalnym do dnia 31 października 2011 roku zgodnie z podpisaną umową.

W trakcie realizacji zadania upadły zapewniał, że prace związane z przebudową drogi powiatowej nr (...) M. - K. na etapie II zostaną zakończone w terminie umownym. Co się zaś tyczy etapu I to, z uwagi na konieczność zmiany technologii robót w związku z pojawianiem się wód gruntowych w wykopie (zmiana w zakresie technologii wzmocnienia podłoża i konieczność wykonania robót dodatkowych - zastosowania stabilizacji gruntu cementem na powierzchni 3.300 m²), a nadto z uwagi na opóźnienie z wejściem na etap I budowy, co uzależnione było od terminu wykonania przez (...) poprawnej zasypki, we wrześniu 2011 roku upadły wystąpił do kontrahenta o przesunięcie terminu realizacji zadania do dnia 30 listopada 2011 roku.

Konieczność wykonania prac dodatkowych potwierdzili projektant oraz inspektor nadzoru. W związku z powyższym na spotkaniu w dniu 9 września 2011 roku ustalono, iż wniosek o przedłużenie terminu zakończenia robót maksymalnie do dnia 15 listopada 2011 roku na I etapie zostanie rozpoznany po stwierdzeniu znacznego postępu robót na obu etapach. Wykonawca zobowiązał się wówczas do zintensyfikowania robót, wydłużenia czasu pracy do 10-ciu godzin dziennie oraz pracy w soboty, a także do dostarczenia do dnia 16 września 2011 roku uaktualnionego harmonogramu robót obejmującego roboty dodatkowe na etapie I. Ustalono, że odbiór robót wraz z rozliczeniem budowy nie może przekroczyć terminu do dnia 30 listopada 2011 roku.

Na spotkaniu w dniu 16 września 2011 roku stwierdzono, że nastąpił postęp prac, jednak zachodzi potrzeba wzmocnienia ich tempa. Postulowano zatrudnienie większej liczby pracowników i zaangażowanie większej ilości sprzętu, aby dotrzymany został termin realizacji zamówienia, a nadto wydłużenie dziennego i tygodniowego czasu pracy. Wykonawca poinformował wówczas, że z dniem 19 lub 20 września 2011 roku rozpoczyna prace na pierwszym etapie (frezowanie, rozbiórka kostki i stabilizacja). Zgłosił także, że powstały pewne rozbieżności pomiędzy projektem a stanem faktycznym w terenie na etapie II (m. in. należało zastosować większą powierzchnię poszerzenia o 450 m², spadki poprzeczne, nadto niewłaściwa była szerokość nawierzchni na skrzyżowaniu z drogą do S. oraz zaistniała konieczność zmiany lokalizacji przepustu). Uwagi te miały zostać uwzględnione po konsultacji z projektantem. Do zwiększenia tempa prac wezwano wykonawcę także na spotkaniu w dniu 23 września 2011 roku

W dniu 14 października 2011 roku upadły poinformował, że w dniu 17 października 2011 roku planuje przystąpić do wykonywania kanalizacji deszczowej na etapie I. Zgłosił jednak, że utrudnienie w prowadzeniu prac stanowią usytuowane na poboczu drogi powiatowej słupy energetyczne, które wymagają pilnego usunięcia. Gmina M. zobowiązała się do ich przestawienia, jednak do dnia spotkania, tj. 14 października 2011 roku, nie zakończono ich usunięcia. Uzgodniono również, że nastąpi zmiana lokalizacji przebiegu kanalizacji deszczowej z jezdni na chodnik.

Kolejne spotkanie wyznaczono na dzień 21 października 2011 roku i ustalono, że warunkiem przesunięcia terminu na realizację zamówienia będzie określenie postępu robót przy przebudowie drogi powiatowej nr (...) M. - K. według stanu na dzień 20 października 2011 roku. Do tego dnia słupy energetyczne, kolidujące z budowaną kanalizacją deszczową, nie zostały usunięte. W późniejszym czasie słupy energetyczne zostały przesunięte. Prace z tym związane trwały łącznie kilka dni, jednak podejmowane były po kolei w pewnych odstępach czasu.

W związku z utrudnieniami na odcinku obejmującym etap I robót, upadły ostatecznie rozpoczął realizację zadania od etapu II. Z uwagi jednak na fakt, że było to niezgodne z ustalonym pierwotnie harmonogramem robót, rozpoczęcie tych prac nastąpiło z opóźnieniem. Wiązało się to bowiem z koniecznością całkowitej zmiany zaplanowanej organizacji pracy (przeorganizowania się), w tym m. in. uzgodnieniem z podwykonawcami upadłego terminów wcześniejszego (w stosunku do uprzednio umówionego) podjęcia przez nich prac, zabezpieczeniem niezbędnego sprzętu, który w tym czasie jednocześnie wykorzystywany był przez upadłego do realizacji innych, prowadzonych przez niego robót, a jednocześnie zapewnieniem ciągłości prac wykonywanych w oparciu o inne umowy i nieprzekroczeniem budżetu przewidzianego na realizację przedmiotowej inwestycji. Zwłaszcza wcześniejsze pozyskanie podwykonawców nastęrczało upadłemu trudności z uwagi na ich zaangażowanie na innych frontach robót. Późniejsze rozpoczęcie prac na etapie II wiązało się również z występującymi rozbieżnościami pomiędzy pracami zamierzonymi w projekcie, a tymi, jakie faktycznie mogły być wykonane, m. in. z koniecznością niezaplanowanej wcześniej przez upadłego poszerzeniem powierzchni (rozpoczęcie tych prac zależne było od podwykonawców - brukarzy). Zwlekanie z wykonywaniem robót na etapie II wiązało się wreszcie także z oczekiwaniem upadłego na przystąpienie do wykonywania prac na etapie I tak, aby nie następowała dwukrotna mobilizacja i demobilizacja sprzętu, a w konsekwencji nie pociągało za sobą nadmiernych i nieuzasadnionych dodatkowych kosztów.

Realizacja całego zadania zakończona została przez stronę powodową w dniu 25 listopada 2011 roku. W trakcie końcowego odbioru robót, który miał miejsce w dniu 30 listopada 2011 roku stwierdzono, że zadanie zostało „wykonane prawidłowo pod względem technicznym i technologicznym”. W tym dniu odebrano wykonane prace i przekazano obiekt do eksploatacji.

W dniu 7 grudnia 2011 roku strona powodowa wystawiła fakturę za wykonane prace na kwotę 2.737.090,99 zł.

Strona pozwana wypłaciła stronie powodowej powyższe wynagrodzenie, potrącając jednak z niego kwotę 273.709 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy (§ 14 ust. 1 umowy).

Upadły zakwestionował dokonane przez stronę pozwaną potrącenie wskazując, że nie odpowiada za 25 dni opóźnienia, a wynika to z faktu, że z przyczyn od siebie, ani swoich podwykonawców niezależnych, do dnia 12 września 2011 roku nie mógł wykonywać robót budowlanych. Wskazał, że opóźnienie w stosunku do terminu umownego było jeśli nie wyłącznie, to w przeważającej mierze skutkiem wielokrotnie przez niego sygnalizowanych okoliczności związanych z wadliwym wykonaniem kanalizacji sanitarnej w pasie drogowym drogi przebudowywanej w ramach umowy. Zaznaczył, iż oczekuje anulowania lub skorygowania naliczonej kary umownej do wysokości nieprzekraczającej 10% potrąconej kwoty pod rygorem wystąpienia na drogę procesu cywilnego.

Do chwili ferowania rozstrzygnięcia w sprawie strona pozwana nie wypłaciła upadłemu pełnej kwoty umówionego wynagrodzenia, zatrzymując kwotę 273.709 zł, potrąconą tytułem kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy.

W oparciu o powyższe okoliczności faktyczne Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługiwało na częściowe uwzględnienie, a to do kwoty 136.854, 50 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 7.01.2012 r. do dnia zapłaty.

W ocenie tego Sądu powód udowodnił, iż w okresie realizacji przedmiotowego zadania wystąpiły podnoszone przez niego okoliczności utrudniające prace, za które odpowiedzialności nie sposób przypisać upadłemu. Do okoliczności tych zaliczono: wystąpienie zapadnięć gruntu w miejscu, gdzie pół roku przed przekazaniem placu budowy wykonywano roboty kanalizacyjne oraz opieszałość wykonawcy tych ostatnich robót w usuwaniu wynikłych stąd wad, konieczność zmiany technologii robót i wykonania przez upadłego robót dodatkowych w związku ze zmianami

poziomu wód gruntowych, rozbieżności między rozwiązaniami przyjętymi w projekcie a tymi, które faktycznie można było zrealizować, a także konieczność usunięcia słupów energetycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonanie inwestycji.

Sąd I instancji podzielił stanowisko strony pozwanej, że organizacja procesu robót należała do upadłego, jak też, że istotnie przez dłuższy czas w ogóle nie rozpoczął on robót na żadnym etapie, pomimo obiektywnego braku przeszkód do ich podjęcia na drugim etapie. Jednocześnie zważając na przyczyny, które skutkowały koniecznością zmiany uprzednio zaplanowanej przez niego organizacji prac – Sąd ten uznał, że nie sposób obarczyć go wyłączną odpowiedzialnością za przekroczenie terminu wykonania prac. Podkreślono przy tym, że pierwotny harmonogram robót, w oparciu o który nastąpiła także kalkulacja wysokości ustalonego przez strony wynagrodzenia, jakie zaoferował on stronie pozwanej w przetargu, na skutek powyżej wskazanych okoliczności, niezależnych od upadłego, musiał ulec zmianie. Ponadto za zrozumiałe Sąd Okręgowy uznał to, że kierując się względami ekonomicznymi (koszty związane np. z dwukrotną mobilizacją i demobilizacją sprzętu) upadły zwlekał z rozpoczęciem prac tak, aby nie było koniecznym generowanie tych dodatkowych kosztów. Dlatego też Sąd ten nie podzielił stanowiska pozwanej, że upadły mógł w dowolny sposób przeorganizować prace, skoro zmiana taka nie była wkalkulowana w koszty realizacji przez niego zadania i nie znajdowała odzwierciedlenia w zaoferowanej przez niego w przetargu wysokości wynagrodzenia. Niemniej jednak Sąd Okręgowy przyjął, że zwłoka z podjęciem prac na etapie II stanowiła samodzielną decyzję upadłego, a działając jako podmiot profesjonalnie zajmujący się prowadzeniem działalności gospodarczej winien on analizować i kalkulować ryzyko wynikające z każdego swego działania. W tym przypadku decydując się na opóźnienie rozpoczęcia prac z przyczyn ekonomicznych, na które wskazał świadek J. B., upadły winien również przewidywać także konsekwencję w postaci ewentualnej możliwości pociągnięcia go przez stronę pozwaną do odpowiedzialności z tytułu kary umownej w przypadku, gdyby nie zdążył z realizacją całości zadania w umówionym terminie. Sąd Okręgowy wskazał odwołując się do treści zeznań M. M., potwierdzonych m. in. zeznaniami świadków J. B., R. P. (1), R. P. (2), R. K. i W. C. - nie tylko względy ekonomiczne zadecydowały o tym, że upadły nie rozpoczął niezwłocznie prac na etapie II. Wpływ na to miały także względy organizacyjne, głównie konieczność utrzymania stosownych proporcji liczby pracowników i sprzętu na przedmiotowym terenie robót oraz na równocześnie wówczas przez upadłego realizowanych innych placach budowy, tak aby także tym pozostałym inwestycjom zapewnić ciągłość i terminowe zakończenie, ale też niemożność wcześniejszego pozyskania podwykonawców. Także i te okoliczności, Sąd I instancji uznał po części za obciążające upadłego w kontekście podwyższonego miernika staranności, jakiego należało od niego oczekiwać. Jednocześnie Sąd I instancji stwierdził, że oczywistym jest, że przy takim nagromadzeniu niekorzystnych czynników, powodujących konieczność modyfikacji harmonogramu robót, do jakiego doszło w przedmiotowej sprawie, nie można całą odpowiedzialnością obciążać upadłego zwłaszcza, że to strona pozwana - wbrew umowie - nie przekazała mu placu budowy w stanie zdatnym do rozpoczęcia na nim prac.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uwzględnił wniosek powoda o miarkowanie należnej od niego kary umownej w oparciu o treść art. 484 § 2 k.c. W tym zakresie Sąd ten wziął pod uwagę okoliczności faktyczne, jakie miały wpływ na przekroczenie terminu realizacji zadania, w tym brak wyłącznej odpowiedzialności upadłego, ale także fakt, że ostatecznie umówione roboty zostały przez niego wykonane w całości, przekroczenie terminu umownego było stosunkowo nieduże i wynosiło 25 dni, zaś do efektu końcowego robót strona pozwana nie wносиła żadnych zastrzeżeń. Wskazano, iż choć przyczynienie się obu stron do niedotrzymania umownego terminu końcowego wykonania prac nie budzi żadnych wątpliwości, to w chwili obecnej precyzyjne ustalenie co do każdego dnia za ile dni opóźnienia w wykonaniu prac odpowiedzialność przypisać można upadłemu, za ile zaś dni opóźnienia stronie pozwanej, nie jest możliwe. Dlatego też Sąd Okręgowy uznał, iż wysokość należnej stronie pozwanej kary umownej winna być zmniejszona o 50% bowiem obu stronom przypisać należało równą odpowiedzialność za ostateczne zrealizowanie prac po upływie uzgodnionego terminu. Stąd też Sąd Okręgowy zasądził kwotę 136.854, 50 zł wraz z odsetkami ustawowymi, uznając ją za niesłusznie przez stronę pozwaną zatrzymaną.

Sąd I instancji wskazał również, iż oddalił wniosek strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa drogowego, uznając go za spóźniony w myśl przepisu art. 503 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c., a niewątpliwie jego dopuszczenie skutkowałoby zwłoką w postępowaniu, nie wystąpiły również żadne inne wyjątkowe okoliczności.

Niezależnie od tego Sąd Okręgowy przyjął, że okoliczności, które miałyby zostać udowodnione dowodem z opinii biegłego strona pozwana zdołała już wykazać dowodami z dokumentów.

O kosztach procesu orzeczono w myśl art. 100 zdanie 1 k.p.c., zaś rozstrzygnięcie w pkt III wyroku uzasadniono treścią przepisu art. 113 ust. 1 u.k.s.c. w zw. z art. 100 zdanie 1 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła strona pozwana, skarżąc wyrok w całości i wnosząc o jego zmianę przez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpatrzenia.

Zaskarżonemu wyrokowi strona pozwana zarzuciła:

1. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, poprzez pominięcie okoliczności, mających dla rozstrzygnięcia sprawy zasadnicze znaczenie oraz
2. bezpodstawne oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i obciążenie strony pozwanej kosztami postępowania wraz z kosztami zastępstwa radcowskiego powoda.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej była nieuzasadniona.

Sąd Apelacyjny w całości zaaprobował - jako prawidłowe i wyczerpujące - ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy i przyjął je za podstawę swego rozstrzygnięcia. Oceny powyższej nie mógł zmienić podnoszony w postępowaniu apelacyjnym zarzut sprzeczności istotnych ustaleń Sądu Okręgowego z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez pominięcie szeregu okoliczności mających dla rozstrzygnięcia sprawy zasadnicze znaczenie.

Sąd Apelacyjny uznał ów zarzut za nieuzasadniony. Wbrew bowiem, twierdzeniom skarżącego, jak wynika z wnikliwego i obszernego uzasadnienia Sądu I Instancji, przy wydawaniu rozstrzygnięcia Sąd ten wziął pod uwagę okoliczność, że do wykonywania prac na przedmiotowej budowie powód przystąpił ze znacznym opóźnieniem, w tym wstrzymał się także od rozpoczęcia prac również na odcinku, na którym prace zostały w harmonogramie zaplanowane jako II etap budowy mimo braku obiektywnych przeszkód związanych z przygotowaniem terenu do wykonywania robót drogowych w tym miejscu. Sąd Okręgowy również szeroko wypowiedział się na temat żądań strony pozwanej polegających na zwiększeniu ilości sprzętu na budowie, skierowaniu większej ilości pracowników na przedmiotową budowę oraz wydłużeniu im godzin czasu pracy. Oceniając powyższe kwestie Sąd Okręgowy brał jednak pod uwagę nie tylko możliwość zakończenia budowy w przewidzianym umową terminie, ale także, co należy uznać za prawidłowe, także rzeczywiste możliwości przyspieszenia prac, biorąc pod uwagę opłacalność ekonomiczną inwestycji, której wykonania podjęła się upadła spółka. Oczywistym jest bowiem, że nie można było wymagać od wykonawcy, aby w związku z zajęciem szeregu niekorzystnych czynników, których nie można było przewidzieć przed dniem zawarcia umowy, kiedy to upadły przeprowadzał wycenę prac i składał ofertę w przetargu, wprowadził on takie odstępstwa od harmonogramu prac, które skutkowałyby koniecznością znacznego podniesienia nakładów na inwestycję w stosunku do prawidłowo zaplanowanych. Zasadnie bowiem Sąd Okręgowy uznał, że wiele czynników, które powodowało konieczność zmiany sposobu i kolejności wykonywania prac było niezależnych od powoda, ale zależnych od strony pozwanej i podmiotów trzecich. Nie ma zatem podstaw do kwestionowania oczywistego faktu, że w pewnym zakresie do przekroczenia umownego terminu wykonania spornych robót przyczyniło się zachowanie samej strony pozwanej, która nie mogła skutecznie wyegzekwować przez ponad miesiąc od poprzedniego wykonawcy prac na spornym odcinku I etapu usunięcia, stwierdzonych po przekazaniu frontu robót, wad uniemożliwiających realizację prac przez upadłego.

Odnosząc się do sformułowanego w apelacji zarzutu bezpodstawnego oddalenia przez Sąd I Instancji zgłoszonego przez stronę pozwaną wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, wskazać należy, że strona pozwana po oddaleniu wniosku przez Sąd Okręgowy nie zgłaszała zastrzeżeń do protokołu. Stosownie zaś do art. 162 k.p.c. strona, która nie wniosła o wpisanie do protokołu zastrzeżenia o uchybieniu przepisom postępowania, traci prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. W ocenie Sądu Apelacyjnego te ostatnie okoliczności w sprawie nie zaistniały, co w konsekwencji skutkowało utratą przez apelującą prawnej możliwości zakwestionowania prawidłowości postępowania Sądu I instancji w zakresie oddalenia owego wniosku dowodowego.

Niezależnie od tego wskazać należy, iż nawet gdyby stosowne zastrzeżenie znalazło się w protokole, to zarzut niezasadnego pominięcia dowodu i tak byłby chybiony. Przedstawiona bowiem, w apelacji argumentacja prawna dotycząca możliwości zgłaszania wniosków dowodowych w postępowaniu upominawczym oparta jest na poprzednio obowiązującej treści przepisu art. 503 § 1 zd. 2 k.p.c. Tymczasem po nowelizacji art. 503 § 1 k.p.c., która weszła w życie w dniu 3 maja 2012 r., zasadą jest pomijanie dowodów, których strona nie zgłosiła w sprzeczności, chyba że strona zgłaszająca takie dowody uprawdopodobni, iż zachodzą przesłanki wskazane w art. 503 § 1 zd. 3 k.p.c., umożliwiające ich dopuszczenie i przeprowadzenie przez Sąd, mimo niezgłoszenia ich w sprzeczności.

W ocenie Sądu Apelacyjnego o bezzasadności apelacji strony pozwanej przekonywała jednakże zupełnie inna okoliczność, której nie dostrzegła i w żaden sposób nie zakwestionowała a nawet nie próbowała zakwestionować apelująca. Zważyć bowiem trzeba, iż u podstaw wydania zaskarżonego wyroku legło uwzględnienie przez Sąd I instancji wniosku strony powodowej o zmniejszenie wysokości naliczonej i przedstawionej do potrącenia przez apelującą z dochodzoną pozwem należnością, stanowiącą resztę wynagrodzenia umownego, kary umownej za zwłokę w przekroczeniu terminu realizacji umowy o 25 dni.

W konsekwencji, mając na względzie treść zastosowanego w sprawie przez Sąd I instancji przepisu art.484 § 2 oraz § 1 k.c. kwestia ustalenia wyłącznej winy upadłej spółki za nienależyte wykonanie umowy w postaci zwłoki w terminowym ukończeniu spornych robót i tak nie miała istotnego znaczenia. Jak już bowiem wskazano apelująca w żaden sposób zastosowania owego przepisu i prawidłowości zmniejszenia kary umownej nie kwestionowała. Wskazać przy tym trzeba, iż w świetle przepisu art.483 k.c. zaistnienie okoliczności świadczących o braku zawinienia strony w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy, co do zasady wyłącza w całości lub części uprawnienie kontrahenta do żądania zapłaty kary umownej. Natomiast stwierdzenie owej winy w żadnym razie nie pozbawia takiej strony prawa do ubiegania się o zmniejszenie wysokości naliczonej kary umownej ze względu albo na wykonanie zobowiązania w znacznej części (jak również w całości) albo ze względu na rażące wygórowanie takiej kary.

Nie ulega wątpliwości, że Sąd Okręgowy w świetle cytowanych przepisów prawidłowo uznając, co do zasady uprawnienie apelującej do naliczenia kary umownej w wysokości przedstawionej upadłej spółce do potrącenia, jednocześnie uwzględnił wniosek powoda o dokonanie jej zmniejszenia w oparciu o pierwszą z przesłanek wymienionych w art.484 § 2 k.c. Wprawdzie Sąd I instancji uwzględnił w tym zakresie również okoliczności świadczące o braku wyłącznej odpowiedzialności upadłej spółki za przekroczenie terminu w wykonaniu przedmiotu umowy, ale uzasadniając zastosowanie tej instytucji miał również na uwadze fakt zrealizowanie zadania w całości, fakt nieznacznego przekroczenia terminu umownego, a także brak zastrzeżeń strony pozwanej do efektu końcowego robót. Niewątpliwie zaś powyższe okoliczności, pomimo uchybień upadłej spółki świadczą o zaspokojeniu w istotnym zakresie interesu pozwanej jako wierzyciela, wynikającego z realizacji spornej umowy.

W świetle powyższych rozważań i poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych oraz przy braku jakichkolwiek zarzutów w analizowanym zakresie, brak jest w ocenie Sądu Apelacyjnego również podstaw do zakwestionowania zmniejszenia przez Sąd I instancji wysokości owej kary o 50%, tj. o kwotę 136.854,50 zł. W konsekwencji umorzenia na skutek dokonanego potrącenia owej wierzytelności apelującej z wierzytelnością powoda (art.498 § 2 k.c.), prawidłowo Sąd I instancji uwzględnił pretensję powoda co do pozostałej części ustalonego przez strony wynagrodzenia należnego stronie powodowej za wykonanie spornej umowy. Jednocześnie dla porządku wskazać w tym miejscu należy, iż Sąd I

instancji nieprawidłowo i sprzecznie z dyspozycją przepisu art.325 k.p.c., zaskarżonym wyrokiem nie orzekł o całym żądaniu strony powodowej. Wyrok ten nie zawiera bowiem żadnego rozstrzygnięcia w zakresie odnoszącym się do dochodzonej pozewm pozostałej kwoty 136.854,50 zł, co powinien był uczynić. Tym nie mniej okoliczność ta wobec nieistnienia wyroku w tej części i z uwagi na zakres zaskarżenia nie miała znaczenia dla treści rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego.

Na marginesie jedynie wskazać należy, iż Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy występują uzasadnione wątpliwości co do możliwości przypisania wyłącznej winy za zwłokę w realizacji umowy w całości upadłej spółce. Niewątpliwie wpływ na przekroczenie terminu wykonania umowy miały także w pewnym zakresie, którego precyzyjnie ustalić w oparciu o zebrane dowody nie było można, okoliczności niezależne od upadłej spółki a leżące po stronie innych podmiotów, w tym także pozwanej oraz wynikające ze zmiany warunków gruntowych i konieczności zmiany technologii prac, powyżej już wskazanych i szczegółowo omówionych w uzasadnieniu skarżonego wyroku.

Ponadto wskazać należy, iż w ocenie Sądu Apelacyjnego prawidłowe oznaczenie strony pozwanej to Powiat (...) bez konieczności wskazywania jednostki budżetowej, przy pomocy której apelująca realizowała sporną umowę. Sąd też Sąd Odwoławczy dokonał korekty tego oznaczenia w swoim wyroku.

W świetle całokształtu powyższych rozważań Sąd Apelacyjny, uznając apelację strony pozwanej za całkowicie bezzasadną, oddalił ją w oparciu o treść przepisu art. 385 k.p.c. i orzekł jak w pkt 1 sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego, zawarte w pkt 2 sentencji wyroku, wydano po myśli art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przy uwzględnieniu § 2 ust. 1 i 2 w zw. z § 6 pkt 6 i w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.). Ostatecznie zasądzono więc od strony pozwanej przegrywającej apelację na rzecz powoda całość poniesionych przez niego w tym zakresie kosztów postępowania w wysokości 2.700 zł.

bp