

Sygn. akt I ACa 590/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Zofia Kawińska-Szwed
Sędziowie :	SA Mieczysław Brzdąk SO del. Tomasz Ślęzak (spr.)
Protokolant :	Anna Wieczorek

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2012 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C.

przeciwko (...) Ośrodkowi (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej

z dnia 27 marca 2012 r., sygn. akt I C 346/09

1) zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a)

a) zasądza od pozwanego na rzecz powoda 169 942,68 (sto sześćdziesiąt dziewięć tysięcy dziewięćset czterdzieści dwa i 68/100) złotych, z ustawowymi odsetkami od dnia 5 września 2008 roku,

b) oddala powództwo w pozostałej części,

c) zasądza od pozwanego na rzecz powoda 7 888,80 (siedem tysięcy osiemset osiemdziesiąt osiem i 80/100) złotych tytułem kosztów procesu,

d) nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej) od powoda 1 517,35 (tysiąc pięćset siedemnaście i 35/100) złotych i od pozwanego 1 011,56 (tysiąc jedenaście i 56/100) złotych tytułem nie uiszczonych kosztów sądowych;

- 2) oddała apelację pozwanego w pozostałej części;
- 3) oddała apelację powoda;
- 4) znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

I A Ca 590/12

UZASADNIENIE

Powód, (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C. wniósł o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa - Ministerstwa Sportu i Turystyki, (...) Ośrodka (...) w S. (obecnie (...) w W.) 426 420,63 zł, z ustawowymi odsetkami: od kwoty 242 775,25 zł od dnia 5 września 2008 r. i od kwoty 283 645,38 zł od dnia 21 lutego 2009 r. oraz o zasądzenie kosztów procesów.

W uzasadnieniu pozwu powód podał, że w dniu 22 stycznia 2008 r. strony zawarły umowę, której przedmiotem była kompleksowa realizacja inwestycji pod nazwą: budowa nowej kolei linowej napowietrznej, krzeselkowej w ramach zadania - przebudowa skoczni narciarskiej S. w S.. W czasie wykonywania umowy powód napotykał na przeszkody, które uniemożliwiały mu niezakłóconą i terminową realizację. Trzy przeszkody spowodowane przez pozwanego i niezależne od powoda wpłynęły na wydłużenie terminów realizacji przedmiotu umowy określonych w umowie i harmonogramie rzeczowo-finansowym. Pierwsza dotyczyła niezapewnienia przez pozwanego właściwej oceny geologicznej podłoża, na którym posadowiona miała zostać stacja górna kolei linowej, co spowodowało konieczność wykonania przez powoda prac zabezpieczających i dodatkowych, w zakresie podłoża i przedłużyło okres realizacji umowy. Druga, dotyczyła konieczności rozbiórki zbiornika na ścieki pod budynkiem stacji dolnej, którego istnienia pozwany nie ujawnił w dokumentacji przetargowej i projektowej, o którego istnieniu powód nie wiedział i nie mógł się dowiedzieć. Trzecia, powstała w związku z nieterminowym zapewnieniem przez pozwanego energii elektrycznej dla uruchomienia i dokonania prób działania (rozwuchu) wybudowanej kolei liniowej. Powód podniósł, że wszystkie wyżej wskazane przeszkody nie miały żadnego związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków umownych przez powoda i dotyczyły spraw pozostających w wyłącznej gestii pozwanego. Po dokonaniu odbioru końcowego przedmiotu umowy, powód wystawił i przekazał pozwanemu fakturę VAT z dnia 14 sierpnia 2008 r., na kwotę 1 073 508,82 zł. Pozwany fakturę przyjął, następnie jednak uznając, że powód opóźnił się w wykonaniu przedmiotu umowy o 25 dni, naliczył karę umowną na podstawie § (...) ust. (...) pkt (...) umowy, na kwotę 242 775,25 złotych oraz wystawił i przekazał powodowi notę obciążeniową z dnia 22 sierpnia 2008 r. Powód noty obciążeniowej nie przyjął i odesłał ją do pozwanego za pismem z dnia 11 września 2008 r. W piśmie tym powód wyjaśnił swoje stanowisko dotyczące bezzasadności naliczenia kary umownej oraz wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 242 775,25 zł tytułem reszty wynagrodzenia. Pozostałą część wynagrodzenia pozwany zapłacił powodowi. Pozwany podtrzymał swoje stanowisko co do kary umownej i odmówił zapłaty spornej kwoty wynagrodzenia powoda. Powód zażądał od pozwanego zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe i zabezpieczające oraz za rozbiórkę zbiornika na ścieki, składając pozwanemu fakturę VAT z dnia 21 stycznia 2009 r., na kwotę 183 645,38 zł wraz ze szczegółowym opisem wykonanych prac i robót.

Pozwany, w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania. Pozwany podniósł, że z uwagi na treść zaakceptowanych przez powoda warunków umowy z dnia 22 stycznia 2008 r., a w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia (stanowiących integralną część umowy) ustalenie "konieczności" dokonania rozbiórki zbiornika na ścieki oraz wykonania "prac dodatkowych i zabezpieczających" nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zauważył, że cena za wykonanie całości zamówienia była ceną ryczałtową, zaś wykonawca określając wynagrodzenie ryczałtowe oświadczył, że zapoznał się z dokumentacją techniczną, terenem i warunkami pracy oraz wykorzystał wszelkie konieczne środki mające na celu ustalenie wynagrodzenia obejmującego całość prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Ryzyko ustalenia wynagrodzenia spoczywało na powodzie, który miał należycie ocenić wartość przedmiotu zamówienia, gdyż nie mógł domagać się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było

przewidzieć rozmiaru i kosztu prac. Pozwany podniósł, iż odbiór końcowy robót nastąpił dopiero 13 sierpnia 2008 r. i zaistniały przesłanki pozwalające na dokonanie potrącenia z wynagrodzenia powoda kwoty należnej pozwanemu kary umownej, zaś oświadczenie pozwanego o potrąceniu było w pełni skuteczne. Powołał się przy tym na treść § (...) ust.(...) umowy, w którym zamawiający zastrzegł sobie prawo do potrącenia kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy.

W toku procesu, z dniem 31 grudnia 2010 r. (...) Ośrodek (...) w W. jako państwowy zakład budżetowy uległ likwidacji na podstawie art. 87 ust.1 pkt1 ustawy z dnia 27.09.2009 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1241 ze zm.). Jednocześnie na podstawie art.23 ust.2 pkt1 i art.26 ust.1 z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz.1240 ze zm.) została utworzona instytucja gospodarki budżetowej pod nazwą "(...)". W związku z tym, postanowieniem z dnia 1 grudnia 2011r. Sąd Okręgowy zwolnił Skarb Państwa od udziału w dalszym postępowaniu, a w to miejsce wstąpił jego następca prawny- (...)Ośrodek (...) w W., który podtrzymał dotychczasowe stanowisko pozwanego w procesie i wniósł o uzupełnienie postępowania dowodowego przez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu geologii oraz biegłego z zakresu budownictwa.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej zasądził od pozwanego na rzecz powoda 189 340,32 zł. z ustawowymi odsetkami od kwoty 169 942,68 zł poczynając od 5 września 2008 r. i od kwoty 19 397,64 poczynając od 21 lutego 2009 r., oddalił powództwo w pozostałej części i orzekł o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że strony zawarły w dniu 22 stycznia 2008 r. (powód jako wykonawca pozwany jako zamawiający) umowę, której przedmiotem była kompleksowa realizacja inwestycji w postaci nowej kolei linowej napowietrznej, krzeselkowej, w ramach zadania przebudowy stoczni narciarskiej S. w S.. Zakres obowiązków umownych powoda został określony w § (...) i (...) umowy, a termin wykonania umowy do dnia 30 czerwca 2008 r. Strony uzgodniły także, że powód będzie zobowiązany do złożenia pozwanemu harmonogramu rzeczowo-finansowego, co nastąpiło w umówionym terminie i zostało przyjęte bez zastrzeżeń. Wynagrodzenie zostało określone w § (...)umowy, jako ryczałtowe, w wysokości 3 979 925,26 zł. Strony przewidziały też w umowie odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w postaci kar umownych oraz odszkodowania uzupełniającego do wysokości poniesionej szkody. W szczególności określiły, że zamawiający uprawniony jest do obciążenia wykonawcy karami umownymi z tytułu opóźnienia w wykonaniu prac w wysokości 0,2% całkowitej kwoty wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia.

W trakcie wykonywania umowy powód napotkał na przeszkody, które uniemożliwiły niezakłóconą i terminową realizację, w szczególności wystąpiły problemy dotyczące gruntów na których posadowione miały być fundamenty stacji górnej. Warunki geotechniczne, po dokonaniu wykopów pod stopy fundamentowe, okazały się inne od przyjętych do projektowania tych stóp. W trakcie wykonywania konstrukcji fundamentów stacji górnej powstała skarpa, urwisko o wysokości kilkunastu metrów, co spowodowało konieczność zabezpieczenia skarpy górnej. Przeszkodą która także, zdaniem Sądu pierwszej instancji, wpłynęła na opóźnienie terminowego wykonania umowy, była konieczność rozbiórki zbiornika na ścieki pod budynkiem stacji dolnej, którego istnienie nie zostało ujawnione przez inwestora w dokumentacji przetargowej i projektowej. Prace te zostały wykonane przez podwykonawcę- firmę (...) z Ż., za wiedzą i zgodą pozwanego. Trzecią przeszkodą w terminowej realizacji umowy było niedostarczenie w terminie przez pozwanego prądu do budowanej kolei linowej. Miało to nastąpić od 20 maja 2008 r., a prąd został podłączony dopiero 2 lipca 2008 r. Gdy chodzi o opóźnienia, Sąd Okręgowy ustalił także, że strony prowadziły korespondencję dotyczącą przesunięcia terminu zakończenia prac i pozwany zaproponował przesunięcie terminu do dnia 14 lipca 2008 r., na co nie wyraził zgody powód. Ostatecznie Sąd pierwszej instancji ustalił, że wartość robót dodatkowych związanych z usunięciem zbiornika wyniosła 19 397,64 zł, największe opóźnienie wynikało przy podłączeniu prądu, a szacunkowy rozkład odpowiedzialności stron za opóźnienie w wykonaniu umowy, zgodnie z opinią biegłego wydaną w sprawie, wyniosło 30% ze strony wykonawcy i 70 % ze strony zamawiającego.

W oparciu o te ustalenia Sąd Okręgowy, cytując i powołując się na art. 484 § 1 i 2 kodeksu cywilnego uznał, że kara umowna, wyliczona i potrącona przez pozwanego, jest rażąco wygórowana albowiem powód wykonał wszystkie roboty związane z budową kolejki linowej napowietrznej, obiekt jest sprawny technicznie i użytkowany, a dodatkową przesłankę miarkowania kary umownej stanowi brak szkody u pozwanego. Nie bez znaczenia też, dla oceny

zagadnienia obniżenia kary umownej, zdaniem Sądu pierwszej instancji, pozostają przyczyny zaszłego opóźnienia. I skoro z ustaleń poczynionych w sprawie wynika, że do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy doszło w 70% z winy zamawiającego, a w 30% z winy wykonawcy Sąd ten przyjął, że żądanie przez pozwanego kary umownej obliczonej zgodnie z § (...) ust. (...) umowy na kwotę 242 775,25 zł jest uzasadnione jedynie w 30%, natomiast w 70% tj. w kwocie 169 942,68 zł obciążenie powoda karą umowną nie było zasadne i taką kwotę, z tego tytułu zasądził.

Zasądził także wyliczoną przez biegłego kwotę 19 397,64 zł stanowiącą wynagrodzenie powoda z tytułu robót dodatkowych uznając, że koszty tych prac wobec dokonanych w tym zakresie ustaleń powinien ponieść zamawiający.

W pozostałej części, zdaniem Sądu Okręgowego, powództwo powinno zostać oddalone na podstawie art. 471 k.c. Jako podstawa rozstrzygnięcia o kosztach procesu wskazany został art. 100 k.p.c.

Apelacje od tego wyroku wniosły obie strony.

Pozwany zaskarżając wyrok w części uwzględniającej powództwo zarzucił:

- błędy w ustaleniach faktycznych mające, jego zdaniem, wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez uznanie że: warunki geotechniczne stóp fundamentowych (...) i (...) po dokonaniu wykopów pod stopy okazały się inne od przyjętych do projektowania tychże stóp; w dokumentacji przetargowej i projektowej przygotowanej przez inwestora istnienie zbiornika na ścieki nie zostało ujawnione, a prace związane z usunięciem zbiornika na ścieki pominięto w opisie przedmiotu umowy i nie uwzględniono ich w dokumentacji projektowej, która była podstawą opracowania oferty powoda, co skutkowało uznaniem przez Sąd prac powoda związanych z rozbiórką zbiornika na ścieki za roboty dodatkowe - nie objęte przedmiotem zamówienia, w sytuacji gdy dokumentacja doręczona powodowi na etapie poprzedzającym projektowanie i ustalenie ceny ryczałtowej zawierała informacje o istnieniu tego zbiornika, co przeczy ustaleniom Sądu; największe opóźnienie w realizacji umowy wynikało z podłączenia prądu (7 tygodni) do zasilania kolei w sprzeczności z zapisami wynikającymi z dziennika budowy i notatek służbowych inspektora nadzoru H. K. z dnia 30.06.2008 r. i 18.07.2008 r.; do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy doszło w 70% z winy zamawiającego, a w 30% z winy wykonawcy;

- naruszenie przepisów postępowania, a to art. 233 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów nie popartą zasadami logiki, prawidłowego rozumowania i doświadczenia życiowego, polegające na przyjęciu, że opinie biegłego sądowego W. C. są rzetelne, fachowe, spójne i logiczne, a przez to oparciu ustaleń faktycznych na wnioskach wynikających z opinii biegłego, mimo zachodzących w tym zakresie sprzeczności z materiałem dowodowym i wewnętrznymi sprzeczności zachodzących w opiniach biegłego;

- naruszenie prawa procesowego, art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa i kosztorysowania w sytuacji gdy opinie biegłego sądowego W. C. były wewnątrz sprzeczne, niezgodne z materiałem dowodowym, a dogłębne wyjaśnienie sprawy oraz zachodzących sprzeczności i wątpliwości wymagało dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego tej samej specjalności;

- naruszenie prawa procesowego, art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu geodezji i oparcie ustaleń faktycznych na opinii biegłego do spraw budownictwa i kosztorysowania, który przekroczył zakres zleconego mu przez Sąd zlecenia i wypowiedział się w kwestii wymagającej wiedzy specjalistycznej z zakresu geodezji, co do której nie posiadał wiedzy specjalistycznej;

- naruszenie prawa materialnego, art. 5 k.c. w zw. z art. 354 k.c. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie polegające na uwzględnieniu zarzutów powoda i uznaniu, że pozwany nie przestrzegał terminów harmonogramu rzeczowo-finansowego dostarczając prąd z 7 tygodniowym opóźnieniem, co było główną przyczyną niedotrzymania przez powoda terminu realizacji umowy oraz uznania 70% winy pozwanego za opóźnienia w wykonaniu umowy, podczas gdy powód sam nie przestrzegał harmonogramu rzeczowo-finansowego, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi czynność nadużycia prawa podmiotowego;

- naruszenie prawa materialnego, a to art. 647 k.c. w zw. z art. 65 § k.c. w zw. z art. 39 w zw. art. 44 i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych oraz art. 2 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wiążąca strony umowa o roboty budowlane, która zgodnie z postanowieniami umowy obejmowała kompleksową realizację inwestycji pod nazwą Budowa nowej kolei linowej napowietrznej krzeselkowej i wskazywała wynagrodzenie wykonawcy jako cenę ryczałtową tj. całkowite wynagrodzenie wykonawcy obejmujące całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, nie obejmowała usunięcia zbiornika na ścieki, a prace z tym związane uznać należy za roboty dodatkowe.

Pozwany wniósł o dopuszczenie w postępowaniu apelacyjnym dowodów z opinii biegłych z zakresu budownictwa i geologii, na okoliczności podnoszone przed Sądem pierwszej instancji.

Podnosząc wymienione zarzuty i wnioski, pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

Powód zaskarżył wyrok w zakresie punktu drugiego, co do kwoty 77 100,05 zł i zarzucił naruszenie prawa procesowego, art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów oraz brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i uznanie, że obciążenie powoda karą umowną w wysokości 72 832,57 zł jest zasadne, a także naruszenie prawa materialnego, art. 647 k.c. i art. 3 ust 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach poprzez pominięcie w wynagrodzeniu za roboty związane z rozbiórką zbiornika na ścieki 22% podatku VAT , tj. kwoty 4 267,48 zł.

W oparciu o te zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie kwoty 77 100,05 zł z ustawowymi odsetkami oraz kosztami procesu za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Na częściowe uwzględnienie zasługuje tylko apelacja pozwanego.

Istotnie bowiem Sąd Okręgowy, zasądzając w ramach kwoty 189 340,32 zł, kwotę 19 397,64 zł z tytułu robót dodatkowych wykonanych przez powoda, polegających na usunięciu podziemnego zbiornika i utwardzeniu terenu w tym rejonie, dopuścił się naruszenia prawa materialnego, przy czym nie tyle w zakresie zarzucanym w apelacji (przyjęcie prezentowanego tam poglądu opartego na art. 647 k.c. w związku z art. 39, art. 44 i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 2 ust. 5 tej ustawy, wykluczałoby bowiem w ogóle możliwość żądania wynagrodzenia za wykonanie prac dodatkowych przy umowach takich jaka łączyła strony), ale w zakresie, w jakim przepisy tego prawa i odpowiednie postanowienia umowy warunkowały możliwość żądania przez powoda od pozwanego wynagrodzenia za roboty dodatkowe.

Tu należy sięgnąć do ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy i z jednej strony zaakceptować te ustalenia, które wbrew stanowisku pozwanego, prowadziły do wniosku, że usunięcie zbiornika na ścieki i utwardzenie gruntu w tym rejonie było pracą dodatkową, z drugiej strony, nie zgodzić się z takim ustaleniem, że prace te były wykonane za zgodą pozwanego, która uprawniała powoda do żądania wynagrodzenia. Nie ulega wątpliwości, a wynika to zarówno z wpisów do dziennika budowy jak i z zeznań świadków wykonujących czynności nadzoru nad przebiegiem inwestycji, że doszło do zaakceptowania konieczności wykonania tych prac przez inspektora nadzoru w dniu 12 kwietnia 2008 r. (opinia biegłego, ze wskazaniem wpisu do dziennika budowy, zeznanie świadka J. P. – karta 746 akt). Taka akceptacja nie była jednakże równoznaczna z wyrażeniem zgody jako warunku, od którego strony uzależniły zlecenie przez zamawiającego dodatkowych prac w umowie z dnia 22 stycznia 2008 r. Na tę okoliczność powoływał się pozwany w odpowiedzi na pozew, przy czym wskazał na niewłaściwe zapisy umowy. Kwestię tą nie reguluje bowiem § (...)pkt (...) umowy, który odnosi się do zgody zamawiającego na ograniczenie zakresu robót, lecz § (...) pkt (...)przewidujący, że wykonawca nie jest upoważniony do wprowadzania jakichkolwiek zmian w stosunku do dokumentacji projektowej, dotyczących wykonywanych prac, robót, dostaw, usług i czynności, bez pisemnego polecenia lub pisemnej zgody zamawiającego i § (...) pkt (...) tej umowy, w którym postanowiono, iż w zakresie zlecenia przez zamawiającego dodatkowych prac, robót, dostaw, usług i czynności lub ich zwiększania w stosunku

do przewidzianych, zamawiający jest zobowiązany zastosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Te postanowienia umowy nie są sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego odnoszącymi się do umowy o roboty budowlane (art. 647 i nast. k.c.), pozostają także w zgodzie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c. Skoro tak, to należy uznać, że powód, nie wykazując, iż zostało mu zlecone zgodnie z umową wykonanie dodatkowych robót w postaci usunięcia zbiornika i wymiany gruntu, nie mógł domagać się wynagrodzenia za te roboty.

Nie bez znaczenia jest również ta okoliczność, a wynika ona z zeznań świadka S. B. (karta 749 akt) i nie została zaprzeczona przez powoda, że powód w istocie nie poniósł kosztów wykonania robót dodatkowych o które tu chodzi, albowiem roboty te wykonała firma (...) z Ż. i nie otrzymała za to dodatkowego wynagrodzenia.

Z tych względów, zasądzoną w zaskarżonym wyroku kwotę 189 340,32 zł, należało obniżyć do kwoty 169 942,68 zł.

W pozostałym zakresie apelacja pozwanego nie zasługiwała na uwzględnienie.

Wszystkie jej zarzuty w tym zakresie, za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 5 k.c. w związku z art. 354 k.c., dotyczą naruszenia prawa procesowego i zmierzają do zakwestionowania ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy. W tym miejscu należy zatem stwierdzić, że Sąd Apelacyjny ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji akceptuje, z wyjątkiem ustaleń dotyczących zgody pozwanego na wykonanie robót dodatkowych (o czym była mowa wyżej), a co za tym idzie, z tym wyjątkiem, uznaje je za własne. To oznacza, że zarzuty pozwanego w tym zakresie zostały uznane za bezzasadne. Nie ulega wątpliwości, że przeszkody na które powoływał się powód w sprawie, w postaci konieczności wzmocnienia fundamentów stacji górnej i zabezpieczenia skarpy, usunięcia zbiornika podziemnego i utwardzenia gruntu oraz braku dostarczenia w odpowiednim czasie prądu, wystąpiły i nie jest teraz istotne, przy rozstrzyganiu między stronami tego czy miały one wpływ na opóźnienie w wykonaniu umowy, bo niewątpliwie miały, ale ocena w jakim stopniu dotyczy to każdej z tych przeszkód oraz która ze stron ponosi odpowiedzialność i w jakim zakresie za powstanie tych opóźnień. Tu należy skoncentrować się na tych pracach, które były wykonywane przez powoda (jego podwykonawców), po terminie przewidzianym w umowie, czyli po 30 czerwca 2008 r., bądź które musiały być wykonane po tym terminie, ze względu na rozszerzenie zakresu robót lub brak możliwości wykonania ich wcześniej. Chodzi tu przede wszystkim o rozruch kolei linowej i zabezpieczenie skarpy (usunięcie zbiornika nastąpiło wcześniej i trudno uznać, że w jakiś znaczący sposób opóźniło prace). Rozruch kolei był uwarunkowany dostarczeniem energii elektrycznej i tu opóźnienie wyniosło siedem tygodni. Jest to okoliczność nie podważona skutecznie przez pozwanego. To niewątpliwie opóźniło wszystkie prace związane z rozruchem kolei i przesunęło w czasie odebranie obiektu. Jednocześnie istotnie ustalono także, że brak było kabla zasilającego, tyle tylko, że o ile energia elektryczna nie została we właściwym czasie zamówiona (co przyznał ówczesny dyrektor ośrodka – świadek Z. Ł., karta 767 akt), o tyle podłączenie kabla mogło nastąpić w stosunkowo krótkim czasie. Gdy chodzi o wzmocnienie fundamentów i zabezpieczenie skarpy, to źródłem rozszerzenia prac było tutaj inne uwarunkowanie podłoża. W tym zakresie także można mówić o złożonych przyczynach konieczności wzmocnienia fundamentów i wykonania zabezpieczeń skarpy. Z jednej strony bowiem rację ma pozwany twierdząc, że umowa nakładała na powoda zbadanie terenu, z drugiej, powód projektował prace w oparciu o dokumentację geologiczną przedstawioną przez zamawiającego i równie trafnie może wywodzić, że badanie terenu przewidziane w umowie nie obejmowało analizy części podziemnej obszaru robót.

Dlatego prawidłowo Sąd pierwszej instancji, opierając się na opinii biegłego wydanej w sprawie uznał, że obie strony ponoszą odpowiedzialność za przyczyny opóźnienia. Opinia ta, wbrew zarzutom pozwanego, została właściwie oceniona przez ten Sąd, co prowadziło do oddalenia wniosków o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego tej samej specjalności zarówno w postępowaniu pierwszoinstancyjnym jak i apelacyjnym. Biegły właściwie ocenił stopień przyczynienia się każdej ze stron do powstania opóźnień i dokonał analizy przyczyn tego zjawiska. Bezprzedmiotowa byłaby także opinia biegłego geologa, wszak struktura podłoża w rejonie inwestycji realizowanej w oparciu o umowę stron, nie była przedmiotem kontrowersji. W tym kontekście nie można też zgodzić się z zarzutem pozwanego, naruszenia art. 5 w związku z art. 354 k.c., opartym na poglądzie, że powód także nie przestrzegał harmonogramu prac przyjętego przez strony w ramach umowy i także dopuścił się nadużycia prawa podmiotowego. Otóż właśnie przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, co zasługuje na akceptację, że za opóźnienie w wykonaniu umowy odpowiadają

obie strony, obie bowiem właśnie nie wykonywały swoich obowiązków zgodnie z umową (w tym harmonogramem rzeczowo-finansowym), przeczy naruszeniu wymienionych przepisów prawa materialnego.

Dlatego, co do zasady uznać należało, że rozłożenie ciężaru odpowiedzialności za wykonanie umowy z dnia 22 stycznia 2008 r., na obie strony i to, sięgając do argumentów przytoczonych wyżej, w takiej proporcji jaką przyjął Sąd Okręgowy, jest prawidłowe. Inna jest jednak podstawa materialnoprawna takiego rozstrzygnięcia. Nie można się bowiem zgodzić z tym Sądem, że zastosowanie powinien mieć tu art. 484 § 2 kodeksu cywilnego i kara umowna obliczona i potrącona przez pozwanego, powinna podlegać miarkowaniu, zgodnie z tą regulacją. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że miarkowanie kary umownej, w rozumieniu wymienionego przepisu, może nastąpić tylko na wniosek dłużnika (w tej sprawie powoda, który był zobowiązany do zapłaty kary umownej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania). Nie ma możliwości przyjęcia dorozumianego wniosku, po pierwsze dlatego, że w żadnym momencie powód nie domagał się obniżenia kary umownej, potrąconej przez pozwanego, po drugie powód był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika i nie można poszukiwać tu uchybień Sądu w zakresie pouczenia powoda. A zatem, nie wnikając w cel ochronny art. 484 § 2 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07), który to przepis w tej sprawie zastosowania mieć nie może, należy sięgnąć do innych przepisów działu drugiego, tytułu siódmego, księgi drugiej kodeksu cywilnego. Analiza stanu faktycznego, pod kątem zastosowania właściwych przepisów prawa materialnego, powinna być dokonana w okolicznościach tej sprawy w pierwszej kolejności przez pryzmat art. 476 k.c. w związku z art. 471 k.c. Nie ulega wątpliwości, że nawet „miarkując”, nie karę umowną, ale odpowiedzialność stron za opóźnienie w wykonaniu umowy, co w tej sprawie ma miejsce, dojść należy do wniosku, że nie mamy tu do czynienia z opóźnieniem, w rozumieniu art. 476 k.c., ale ze zwłoką o której w tym przepisie mowa. Nawet bowiem jeżeli każda ze stron nie w całości ponosi odpowiedzialność za wykonanie umowy po terminie, to i tak dłużnik, w świetle tego przepisu, w zakresie w jakim tę odpowiedzialność ponosi, dopuszcza się zwłoki. Ma to znaczenie o tyle, że w przypadku zwłoki tylko, można mówić o konsekwencjach w postaci odszkodowania, którego kwalifikowaną postacią jest kara umowna. A zatem skoro zaakceptowany rozkład odpowiedzialności pomiędzy stronami, wskazuje na zwłokę dłużnika - powoda w 30%, w takim zakresie powinien on ponieść finansowe konsekwencje wykonania umowy po terminie. W pozostałym zakresie, konsekwencje te powinien ponieść pozwany, a to oznacza, że, z redukcją 30%, jest zobowiązany do zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Odnosząc się natomiast do apelacji powoda, w pierwszej kolejności należy uznać jej zarzut naruszenia prawa materialnego, art. 647 k.c. i art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, za bezprzedmiotowy. Skoro bowiem, z przyczyn wskazanych powyżej, uznano że wynagrodzenie za roboty dodatkowe powodowi nie jest należne, bezprzedmiotowe jest rozważanie, czy to wynagrodzenie powinno zawierać podatek od towarów i usług.

W pozostałym zakresie apelacja ta stanowi polemikę z ustaleniami i wnioskami Sądu pierwszej instancji w zakresie, w jakim Sąd ten ocenił proporcje odpowiedzialności stron za opóźnienie w wykonaniu łączących je umowy. Tu należy odwołać się do poprzedzającej odniesienie się do apelacji powoda rozważań dotyczących apelacji pozwanego. W szczególności chodzi tu o tę argumentację Sądu Apelacyjnego, która odnosi się do oceny zasadności rozłożenia ciężaru odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy łączącej strony. Nie powtarzając tej argumentacji należy stwierdzić, że „udział” powoda w tej odpowiedzialności, oszacowany przez Sąd Okręgowy na 30 %, znajduje potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym i zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis ten przewiduje, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Wyraża zasadę swobodnej oceny dowodów, ramy której są wyznaczone przez przepisy procedury cywilnej, doświadczenie życiowe, zasady logicznego rozumowania, co razem wzięwszy, pozwala sądowi na wszechstronne, a przy tym racjonalne i bezstronne ocenienie przeprowadzonych dowodów i w oparciu o te kryteria, z jednej strony spojrzenie na zgromadzony materiał dowodowy jako całość, z akcentem na dostrzeżenie ewentualnych niespójności, z drugiej, dokonanie wyboru tych dowodów, które w sposób przekonujący pozwalają na ustalenie stanu faktycznego, będącego podstawą subsumcji. Sąd Okręgowy te reguły, wynikające z art. 233 § 1 k.p.c., zastosował i w sposób prawidłowy ocenił materiał dowodowy, będący podstawą obniżenia dochodzonej przez powoda kwoty.

Z tych względów Sąd Apelacyjny, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok poprzez obniżenie zasądzonej w nim kwoty do 169 942,68 zł, oddalił powództwo w pozostałej części i orzekł o kosztach procesu za pierwszą instancję stosunkowo je rozdzielając, a w oparciu o art.385 k.p.c., oddalił apelację pozwanego w pozostałej części, o kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygając także zgodnie z art. 100 k.p.c., z tym, że w tym wypadku uznając, iż nieznaczna przegrana powoda, przy różnych, dochodzonych w apelacjach kwotach, daje podstawę do wzajemnego zniesienia kosztów postępowania apelacyjnego.