

Sygn. akt V ACa 85/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 maja 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Iwona Wilk
Sędziowie :	SA Grzegorz Stojek (spr.) SA Janusz Kiercz
Protokolant :	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 26 kwietnia 2013 r. w Katowicach

na rozprawie

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

przeciwko (...)Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt XIII GC 90/11

oddala apelację i zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 85/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 101.000 zł z ustawowymi odsetkami od 14 marca 2011 r. oraz orzekł o kosztach procesu.

Rozstrzygnięcie opał o następujące ustalenia faktyczne i oceny prawne.

Pozwana na podstawie umowy o roboty budowlane nr (...) zobowiązała się do wykonania zadania inwestycyjnego pod nazwą „(...)”, w terminie 18 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy, za wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 5.422.402,74 zł. W § (...) pkt (...) umowy strony postanowiły o karze umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego.

Zawarcie umowy poprzedziło przeprowadzenie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania objętego sporem na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). W SIWZ wskazano, że za roboty dodatkowe będą uznane wyłącznie te, których wykonania wykonawca na etapie składania oferty nie mógł przewidzieć, to jest nieujęte w dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz te, których wykonawca nie mógł przewidzieć dokonując wizji lokalnej przyszłego placu budowy oraz przeglądając istniejącą dokumentację techniczną. Każdy z oferentów, zgodnie z wymogami SIWZ, miał dokonać wizji lokalnej celem sprawdzenia warunków placu budowy, stanu istniejących obiektów oraz warunków związanych z wykonaniem prac będących przedmiotem przetargu oraz celem uzyskania wszelkich dodatkowych informacji koniecznych i przydatnych do oceny prac. Zakres prac oraz odpowiedzialność wykonawcy w zakresie objętym proponowaną ceną ofertową obejmowały także organizację oraz zagospodarowanie placu budowy i zaplecza budowy. Przed złożeniem oferty pozwana dokonała wizji lokalnej na przyszłym placu budowy. Oględzin dokonał przedstawiciel pozwanej, mianowicie J. W., dyrektor do spraw (...), wraz z kosztorysantem. Przedstawiciele pozwanej udali się na przyszły plac budowy bez dokumentacji techniczno-projektowej. Teren przyszłej budowy otoczony był lasem oraz porośnięty krzakami i drzewami, nie wytyczony.

W dniu 24 sierpnia 2008 r. wykonawca przejął plac budowy z zastrzeżeniem, że trakcie tej czynności stwierdzono konieczność wycinki dodatkowo 198 drzew, nieujętych w przedmiarze w SIWZ.

Wycinka 198 drzew i niwelacja terenu po niej zajęły 18 dni; potwierdzają to wpisy do dziennika budowy z dnia 27 sierpnia 2008 r. i 14 września 2008 r. Pozwana pismami z 15 stycznia 2010 r., 4 lutego 2010 r. i 9 marca 2010 r. wystąpiła do powódki o zapłatę za wycinkę 198 drzew, jako robotę dodatkową, nieobjętą zamówieniem podstawowym, niezbędną do prawidłowego wykonania umowy. Powódka nie uznała wycinki drzew za robotę dodatkową, gdyż za taką mogły być zakwalifikowane te roboty, których wykonawca nie mógł przewidzieć, dokonując wizji lokalnej przyszłego placu budowy.

W dniu 21 września 2009 r. kierownik budowy wstrzymał prace przy wykopie budynku ze względu na brak możliwości wyjazdu ciężkiego sprzętu i wywrotek z terenu budowy. Wpisem z tego dnia w dzienniku budowy wskazał na konieczność podjęcia decyzji co do wykonania nowej drogi. W projekcie przewidziana była droga dojazdowa. Była nią droga osiedlowa, która nie nadawała się do eksploatacji – przejazdu ciężkiego sprzętu z budowy. Kostka, z której droga była wykonana ulegała deformacji pod wpływem przejazdu ciężkiego sprzętu z budowy. Pozwana używała samochodów o ładowności 12-16 ton, w ofercie wskazała zaś na użycie samochodów o ładowności 5-10 ton. Droga nie posiadała żadnych ograniczeń w zakresie dopuszczalności przejazdu samochodów o określonej ładowności. Urząd Miasta wydał decyzję co do zakazu przejazdu sprzętu ciężkiego drogą wskazaną w projekcie jako dojazdowa. Powstała konieczność wytyczenia nowej drogi przejazdowej, uzyskania stosownych zezwoleń i jej wykonania. Inspektor nadzoru wpisem do dziennika budowy z 23 września 2009 r. poinformował, że wystąpiono do Urzędu Miasta o wskazanie nowego dojazdu do budowy, zaś wpisem z 5 listopada 2009 r. kierownik budowy poinformował o otrzymaniu umowy najmu terenu pod drogę na budowę, zawartej pomiędzy powódką i Gminą R., kontynuacji robót.

W czasie braku możliwości wyjazdu sprzętu ciężkiego z budowy pozwana prowadziła roboty ziemne na tzw. odkład, to jest przenosząc ziemię z wykopu na odkład na terenie budowy. Po zdjęciu górnej warstwy ziemi okazało się, że niżej znajduje się hałda górnicza, a pod nią hałda hutnicza. Pozwana tak pozyskany lupek zagospodarowała na własne potrzeby, wywożąc go z budowy celem utwardzenia drogi z budowy oraz dróg istniejących w bazie pozwanej. W tym czasie na budowie pracowało około 5 pracowników pozwanej, a po wykonaniu pierwszego wykopu i rozpoczęciu prac związanych z deskowaniem i zbrojeniem oraz po rozpoczęciu drugiego wykopu na terenie budowy pracowało kilkunastu pracowników pozwanej. Ze względu na warunki pogodowe (obniżenie temperatury w styczniu oraz do 10 lutego 2010 r.) nie można było wykonać robót betoniarskich. Powstał również problem różnicy w obmiarze wykopów wykonanych pod budynki objęte umową. W przedmiarze robót wskazano bowiem wykop o kubaturze 4632,32 m³. Faktyczna zaś ilość ziemi wydobytej z wykopu to 10.943,5 m³. Wydobyć zwiększonych mas ziemi na potrzeby wykonania umowy nie potwierdzono jednak wpisem do dziennika budowy. Nie można wykluczyć, że wydobyć zwiększonych mas ziemi wiązało się z pozyskiwaniem łupka pokopalnianego na potrzeby pozwanej, który w całości pozostawał do jej dyspozycji.

Pismem z 6 maja 2010 r. pozwana zwróciła się do powódki o wydłużenie terminu wykonania umowy do 31 lipca 2011 r., powołując niezawinione przez siebie przeszkody w postaci konieczności wykonania dodatkowo wycinki 198 drzew nieujętych w przedmiarze do SIWZ, brak możliwości wykonywania robót z uwagi na brak dojazdu do placu budowy przez okres 46 dni oraz brak możliwości wykonywania robót przez okres 31 dni w zimie z uwagi na przesunięcie czasowe w ich wykonaniu oraz technologię wykonania. Pismem z 23 czerwca 2010 r. pozwana ponownie wezwała powódkę do złożenia aneksu do umowy, wskazującego nowy, wydłużony termin wykonania umowy, zobowiązując się jednocześnie do przedłożenia nowego harmonogramu robót, jako załącznika do umowy. Jednocześnie pozwana wezwała powódkę do złożenia do 30 lipca 2010 r. gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na wykonywane roboty w związku z powzięciem wiadomości ze powódka nie posiada środków na realizację całości inwestycji. W dniu 5 sierpnia 2010 r. pozwana wezwała o gwarancję, wyznaczając termin do 9 sierpnia 2010 r. Gwarancji tej pozwana nie otrzymała, co jej zdaniem uzasadniało wstrzymanie przez nią robót i wezwanie do ich przejęcia i inwentaryzacji wyrażonych w piśmie z 10 sierpnia 2010 r.

W piśmie z 25 czerwca 2010 r. powódka wskazała, że zgodnie z harmonogramem finansowym zaawansowanie finansowe budowy powinno wynosić 2.488.952,92 zł, faktycznie wynosiło 909.967,51 zł; według oceny inspektora nadzoru opóźnienie w realizacji budowy wynosiło 5 miesięcy i nie było oznak wskazujących na zwiększenie tempa robót, mających na celu zniwelowanie opóźnień. Powódka wskazała również na brak przesłanek z prawa zamówień publicznych do przedłużenia umowy o 5 miesięcy. Wezwała także do zniwelowania opóźnień pod rygorem rozwiązania umowy z winy wykonawcy oraz do przedłożenia zaktualizowanego harmonogramu realizacji inwestycji.

Pismem z 6 lipca 2010 r. pozwana złożyła zaktualizowany harmonogram rzeczowo- finansowy oraz ponownie powołała okoliczności i zdarzenia, które doprowadziły do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, ponawiając również wniosek o przedłużenie umowy i sporządzenie odpowiedniego aneksu.

Pismem z 22 lipca 2010 r. powódka złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 635 kc oraz punktu (...) Ogólnych Warunków Umowy (OWU), stanowiących załącznik nr (...) do umowy. OWU nie zostały nigdy pozwanej doręczone, nie mogły zatem stanowić podstawy wypowiedzenia umowy, gdyż ich treść nie wiązała stron sporu. W piśmie powódka wskazała, że z uwagi na treść art. 144 prawa zamówień publicznych niemożliwe było wydłużenie umowy o 5 miesięcy i zarzuciła, że pozwana do pisma z 6 lipca 2010 r. przedłożyła niepodpisany harmonogram rzeczowo-finansowy. Nie uznała w nim opóźnień w realizacji umowy za niezawinione przez pozwaną oraz wskazała, że stan zaawansowania robót względem harmonogramu jest tego rodzaju, że pozwana nie zdoła wykonać umowy w czasie umówionym. Potwierdzeniem tego ostatniego miało być pismo z 22 lipca 2010 r., w którym E. S., inspektor nadzoru, wskazał, że według stanu na dzień odstąpienia od umowy pozwana wykonała prace o wartości stanowiącej 20,5 % wartości inwestycji.

W piśmie z 29 lipca 2010 r. pozwana uznała odstąpienie od umowy za bezskuteczne, podając, że uzasadnienie oświadczenia w tym przedmiocie nie jest prawdziwe oraz jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i narusza zasady współzycia społecznego. Ponownie twierdziła o okolicznościach niezależnych od strony pozwanej, które spowodowały opóźnienie w wykonaniu umowy oraz wskazała na brak woli powódki w uzgodnieniu przedłużenia wykonania umowy.

W dalszej korespondencji strony podtrzymały swoje stanowiska. Powódka zaprzeczyła, ażeby przyczyną odstąpienia od umowy był brak środków na realizację inwestycji oraz ponownie wskazała na powstałe opóźnienie i brak zaangażowania pozwanej w realizację inwestycji.

Powódka zapłaciła pozwanej za wykonane roboty przewidziane umową na podstawie wystawianych faktur, wprawdzie nie otrzymała kredytu na finansowanie inwestycji z banku, ale posiadała własne środki na finansowanie inwestycji, w tym 2.800.000 zł z tytułu środków przekazanych przez gminę oraz środki własne, ponad 2.000.000 zł.

Opóźnienie na dzień 22 lipca 2010 r., potwierdzone wpisami do dziennika budowy, względem harmonogramu rzeczowego wynosiło 7 miesięcy, zaś w stosunku do harmonogramu finansowego, to jest w 11 miesiącu – 2.769.538,44

zł, stopień zaangażowania robót wynosił 899.786,81 zł netto (1.106.737,78 zł brutto). Zdaniem biegłego możliwe było wykonanie umowy w terminie przewidzianym w umowie, przy pełnym zaangażowaniu wszystkich pracowników prowadzących roboty budowlane i instalacyjne na budowie, o ile stale na budowie, przez siedem miesięcy, pracowaloby ich około 50-60, z wykorzystaniem sprzętu niezbędnego do wykonania tych prac.

Notą księgową nr (...) z 10 listopada 2010 r. powódka obciążyła pozwaną karą umowną w wysokości 542.240,27 zł, na podstawie § (...) pkt (...) umowy, wzywając do jej zapłaty w terminie 30 dni.

Pozwana w piśmie z 6 grudnia 2010 r. stwierdziła, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy jest nieważne na podstawie art. 58 § 2 kc.

Pismem z 28 lutego 2011 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty kary umownej w terminie do 10 marca 2011 r.

Sąd Okręgowy w pierwszej kolejności rozważał skuteczność odstąpienia od umowy. Zgodnie z art. 635 kc, jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z wykonaniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczania dodatkowego terminu od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Odstąpienie od umowy na podstawie art. 635 kc, inaczej niż odstąpienie na podstawie art. 491 § 1 kc, nie wymaga zwłoki w wykonaniu czynności w ustalonym terminie. Zamawiający może odstąpić od umowy o dzieło nawet w wypadku, gdy przyjmującemu zamówienie nie można postawić zarzutu naruszenia należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Ponadto zamawiający nie musi wyznaczać drugiej stronie odpowiedniego terminu do wykonania koniecznych czynności, z zastrzeżeniem, że po jego bezskutecznym upływie będzie mógł od umowy odstąpić. Prawo odstąpienia od umowy przysługuje zamawiającemu, w wypadku ustalenia, że przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, że zdoła je wykończyć w czasie właściwym. Ciężar dowodu zaistnienia okoliczności z art. 635 kc spoczywa na zamawiającym (art. 6 kc). Powódka udowodniła, że pozwana opóźniła się z wykonaniem umowy w dacie odstąpienia od umowy o 7 miesięcy w stosunku do terminu przewidzianego w umowie na jej zakończenie. Powyższego wyliczenia opóźnienia dokonał biegły, biorąc pod uwagę roboty przewidziane do wykonania w harmonogramie robót i stan ich zaawansowania na dzień odstąpienia. Wskazana przez biegłego teoretyczna możliwość dokończenia prac w umówionym terminie przy pełnym i stałym zaangażowaniu 50-60 pracowników pozwanej na budowie oraz zaangażowaniu potrzebnego sprzętu ciężkiego nie została udowodniona przez pozwaną. Zarzut dotyczący możliwości dokończenia umowy w umówionym terminie nie został sformułowany w odpowiedzi na pozew, a wnioski i twierdzenia w tym przedmiocie, zgłoszone w piśmie z 28 marca 2012 r., są sprekludowane (art. 479 § 1¹⁴ kpc). Zresztą pozwana w toku postępowania podnosiła wielokrotnie, że powódka ignorowała wnioski pozwanej o wydłużenie umowy o 5 miesięcy i sporządzenie przez strony odpowiedniego aneksu regulującego tę sprawę. Tym samym pozwana przyznawała, że niemożność dokończenia inwestycji w terminie wskazanym umową.

Powódka skutecznego odstąpiła od umowy na podstawie art. 635 kc i nie zachodzi przewidziana w art. 58 § 2 kc nieważność oświadczenia w tym przedmiocie.

Badał też Sąd Okręgowy zasadność obciążenia pozwanej karą umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, należną na podstawie § (...) pkt (...) umowy. Z art. 483 § 1 kc, zawierającego legalną definicję kary umownej, wynika, że stanowi zastrzeżenie, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Kara umowna jest sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Funkcja represyjna kary umownej szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody oraz ustalają karę umowną w wysokości odpowiadającej potencjalnej szkodzie, lecz na skutek naruszenia zobowiązania do szkody nie dochodzi lub dochodzi, lecz w o wiele mniejszym zakresie niż wysokość zastrzeżonej kary umownej. Element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody (art. 484 kc). Kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od tego, w jakiej

wysokości doznał szkody na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Należy się ona więc bez względu na wysokość szkody. W konsekwencji wierzyciel, nawet jeżeli poniósł niewielki uszczerbek majątkowy związany z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, może żądać zapłaty kary umownej. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika określonej w art. 471 kc, jednak od określonego w tym przepisie odszkodowania kara umowna różni się tym, że przysługuje bez względu na wysokość szkody.

Żadna z powołanych przez pozwaną w odpowiedzi na pozew okoliczności nie stanowi przesłanki zwalniającej pozwaną z odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu umowy.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia za roboty dodatkowe mogły być uznane wyłącznie te roboty, których wykonawca na etapie składania ofert nie mógł przewidzieć, a zatem nieujęte w dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz których wykonawca nie mógł przewidzieć dokonując wizji lokalnej przyszłego placu budowy oraz przeglądając dokumentację techniczną. Obowiązkiem każdego z oferentów, zgodnie z SIWZ, było dokonanie wizji lokalnej celem sprawdzenia warunków placu budowy, stanu istniejących obiektów oraz warunków związanych z wykonaniem prac będących przedmiotem przetargu. Przedstawiciele pozwanej dokonali oględzin miejsca budowy, aczkolwiek wykonali czynności niestarannie, nie dysponowali bowiem na placu przyszłej budowy dokumentacją projektową celem skonfrontowania miejsca faktycznego położenia budynków. Gdyby pozwana dołożyła należytej staranności w dokonaniu oględzin przyszłego placu budowy, stwierdziłaby, iż do wycięcia pozostaje nie 6 drzew, wskazanych w obmiarze, ale dodatkowo 198, których konieczność wycięcia stwierdzono w protokole przekazania placu budowy. Pozwana mimo tego zastrzeżenia przejęła plac budowy. Nie można również uznać wykonania tymczasowej drogi dojazdowej do placu budowy za robotę budowlaną, której wykonanie stało się konieczne wskutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Droga dojazdowa nie jest elementem koniecznym każdej budowy, ale jeśli uwidoczniła ją w projekcie, to na pozwanej, jako wykonawcy i podmiocie zawodowo trudniącym się wykonywaniem robót budowlanych ciążył obowiązek sprawdzenia, w czasie wizji placu budowy, czy droga dojazdowa do placu budowy jest odpowiednia do przejazdu sprzętem ciężkim. Zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego droga wskazana przez powódkę, opisana w zeznaniach świadków W. D. i W. J., nie była odpowiednia do przejazdu sprzętem ciężkim, co było można stwierdzić podczas oględzin drogi, pomimo, że nie była oznaczona znakami ograniczającymi dopuszczalność przejazdu samochodów powyżej określonego tonażu. Pozwana, jako profesjonalista, mogła dokonać sprawdzenia drogi dojazdowej pod tym kątem, czego nie uczyniła, a zatem przyjąć należy, że nie dołożyła należytej staranności wymaganej od wykonawcy. Jak bowiem wykazało postępowanie dowodowe, droga dojazdowa do placu budowy była drogą osiedlową, zbudowaną z kostki, która zaczęła wypadać już po pierwszym dniu przejazdu sprzętu ciężkiego. W takim wypadku pozwana, jako profesjonalista, po dokonaniu wizji lokalnej w terenie powinna zakwestionować przydatność drogi wskazanej w projekcie jako drogi dojazdowej do budowy, zaproponować drogę tymczasową do placu budowy i uwzględnić te koszty w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Tymczasem pozwana nie zgłaszała żadnych zastrzeżeń co do drogi dojazdowej, jak również nie zgłaszała pytań odnośnie do możliwości przejazdu sprzętem ciężkim w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Dodatkowo pozwana używała samochodów o ładowności 12-16 ton zamiast deklarowanych 5-10 ton, co również przyczyniło się do uszkodzenia drogi. Ponieważ do obowiązków umownych pozwanej należała organizacja budowy i zaplecza, pozwana nie może powoływać się skutecznie na konieczność wybudowania drogi dojazdowej jako przesłankę zwalniającą ją z odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy.

Przesłanki tej nie stanowi również zwiększenie wydobycia mas ziemnych z wykopu. Nie istniała potrzeba jej wywożenia poza teren budowy, zachodziła możliwość pozostawienia ziemi na tzw. odkład, tym bardziej, że ziemia pozyskana z wykopu (...) odpowiadała ilości ziemi, jaka miała być przeznaczona do zasypki. Jak wykazało postępowanie dowodowe, zwiększona aktywność pozwanej w wywozie ziemi wiązała się z pozyskaniem z wykopu tzw. łupka na potrzeby pozwanej. Jak zeznał świadek E. S., pozwana nie wystąpiła do niego o spisanie protokołu konieczności w związku ze zwiększoną ilością do wybrania mas ziemnych, jak również do dziennika budowy nie wpisano potrzeby wykonania dodatkowych robót ziemnych, a zatem brak jest podstaw do uznania tych robót za niezbędne do wykonania zadania.

Powoływane przez pozwaną trudne warunki pogodowe nie usprawiedliwiają opóźnień w wykonaniu umowy. Nie odbiegały one znacząco od warunków pogodowych panujących w naszej strefie klimatycznej w tej porze roku, kiedy umowa była faktycznie wykonywana. Pozwana, jako profesjonalista, winna przewidzieć, że z uwagi na opóźnienia poszczególne etapy umowy, wbrew założeniom, mogą być realizowane w miesiącach zimowych, ale w tym konkretnym stanie faktycznym temperatury nie odbiegały od norm, co wynika zresztą z zestawienia temperatur znajdującego się w aktach.

W świetle tych ustaleń pozwana nie wykazała twierdzenia, że faktyczną przyczyną odstąpienia od umowy był brak środków powódki na finansowanie inwestycji i żądanie przez pozwaną gwarancji. Powódka dysponowała bowiem środkami na realizację inwestycji, pomimo odmowy udzielenia kredytu przez bank.

Przepis art. 144 ust. 1 prawa zamówień publicznych zawiera zasadę zakazu zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Wydłużenie przez powódkę terminu wykonania umowy aż o 5 miesięcy byłoby zmianą istotną względem treści oferty, niedopuszczalną w myśl powołanego przepisu, gdyż powódka nie przewidziała takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, a pozwana nie udowodniła, że było to działanie celowe. Wbrew zarzutom pozwanej, nie narusza to art. 355¹ kc, a wręcz stanowi realizację zasady swobody umów.

Zasądzeniu podlegała więc kwota 101.000 zł tytułem części przysługującej powódce kary umownej (art. 483 § 1 kc), z ustawowymi odsetkami (art. 481 kc).

Orzeczenie o kosztach umotywowano treścią art. 98 i art. 99 kpc.

W apelacji pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego.

Zarzuciła naruszenie prawa materialnego.

Po pierwsze, art. 6 w związku z art. 635 kc przez nieudowodnienie przez powódkę, że opóźnienie było tak dalekie, że nie było prawdopodobne, żeby wykonawca mógł ukończyć przedmiot umowy w czasie umówionym, gdyż powódka udowodniła jedynie istnienie opóźnienia, natomiast nie udowodniła braku prawdopodobieństwa ukończenia w terminie przez pozwaną przedmiotu umowy.

Po drugie, art. 635 kc przez jego zastosowanie jako podstawy prawnej odstąpienia od umowy, pomimo, że pozwana nie była w opóźnieniu, gdyż doznała od powódki przeszkód uniemożliwiających wykonanie przedmiotu umowy.

Po trzecie, art. 58 § 2 w związku z art. 5 kc przez jego niezastosowanie do oświadczenia o odstąpieniu od umowy, które było sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i nie powinno korzystać z ochrony, albowiem pozwana nie była w opóźnieniu w stosunku do harmonogramu robót, gdyż doznała przeszkód leżących po stronie powódki, uniemożliwiających wykonywanie robót.

Po czwarte, art. 471 kc przez jego niezastosowanie, choć w ocenie pozwanej przepis ten zwalnia ją z odpowiedzialności z tytułu kary umownej, gdyż jedyną przyczyną opóźnienia w wykonywaniu robót był brak współdziałania powódki w realizacji robót, wobec braku drogi dojazdowej, wadliwej dokumentacji dotyczącej liczby drzew i zaniżonej masy ziemi.

Po piąte, art. 483 kc w związku z § (...) pkt (...) lit. (...) umowy jako podstawy zasądzenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, wobec braku przesłanek do odstąpienia od umowy.

Zarzuciła też naruszenie przepisów postępowania.

Po pierwsze, art. 328 § 2 kpc przez niewskazanie przyczyny pominięcia dowodu zeznań świadka W. J. i świadka J. W., którzy zeznawali, że dokończenie robót w terminie było możliwe oraz że pozwana dysponowała odpowiednimi

zasobami ludzkimi własnymi i podwykonawcami, także przez pominięcie dowodu z opinii biegłego, który twierdził, że wykonanie przedmiotu umowy w terminie było możliwe przy zastosowaniu odpowiedniej liczby ludzi oraz przez pominięcie dowodu z propozycji pozwanego co do treści aneksu do umowy z 26 sierpnia 2010 r., który przewidywał zakończenie robót w terminie.

Po drugie, art. 299 kpc poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony pozwanej na okoliczność dysponowania zasobami ludzkimi niezbędnymi do wykonania przedmiotu umowy w terminie, o co wniosła w piśmie z 19 marca 2012 r., będącym odpowiedzią na opinię biegłego.

Po trzecie, art. 233 kpc przez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i poczynienie dowolnych ustaleń faktycznych, nieodzwierciedlających rzeczywistego przebiegu zdarzeń w zakresie dotyczącym przedmiotu postępowania.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i, jako prawidłowe, przyjmuje je za własne.

Jeśli idzie o zeznania świadka J. W., okoliczności możliwości dokończenia robót w umówionym terminie przez pozwaną dotyczył jedynie ten jego fragment zeznań, w którym powiedział: „Uważam, że mogliśmy wykonać całość robót w terminie. Wydaje mi się, że w 2009 r. mieliśmy ok. 10 brygad, ale nie pamiętam ile prowadziliśmy w tym czasie budów” (k. 436). Z kolei świadek W. J. zeznał w tym przedmiocie: „o ile pamiętam, to do końca I półrocza 2010 roku wykonywałem roboty pełną parą i była szansa nadrobienia zaległości. W ten sposób roboty prowadziłem aż do odstąpienia od umowy przez powódkę. Latem 2010 roku, w rozmowach z członkami zarządu pozwanej, dyskutowałem na temat czy jesteśmy w stanie wykonać roboty w terminie umownym i doszliśmy do wniosku, że jest to możliwe. Mogliśmy przerzucić ludzi z innych budów i roboty wykonać, a roboty specjalistyczne wykonać przy pomocy podwykonawców” (k. 409). Treść ich zeznań jest więc tego rodzaju, że nie pozwala poczynić ustalenia, że mimo opóźnienia pozwana miała możliwość wykonania przedmiotu umowy w terminie określonym w umowie. Z zeznań świadków nie wynika bowiem nic konkretnego, co pozwalałoby takie ustalenie poczynić, gdyż nie zawierają dostatecznych danych w tym przedmiocie. Jedyne, co można ustalić na ich podstawie, to przekonanie świadków, że mimo opóźnienia pozwana wykonałaby przedmiot umowy w umówionym czasie. Ta okoliczność była jednak zbędna dla rozstrzygnięcia, podobnie jak przekonanie samej pozwanej w tym przedmiocie. W sprawie szło bowiem nie o przekonanie tych podmiotów co do realności wykonania umowy przez pozwaną w oznaczonym terminie, lecz o to, czy opóźnienie było tego rodzaju, że nie było prawdopodobne, żeby pozwana zdołała dochować terminu do wykonania przedmiotu umowy, to jest czy zachodziła przesłanka odstąpienia od umowy, o jakiej mowa w art. 635 kc.

W apelacji zawarty jest wywód, że pozwana taki dowód zaoferowała, zaś Sąd pierwszej instancji nie przeprowadził go, naruszając przepis art. 299 kpc. Nie sposób zaakceptować takiego zarzutu. Wprawdzie w piśmie z 19 marca 2012 r. (k. 508) pozwana określiła potencjał wykonawczy swój i podwykonawców przez określenie liczby pracowników budowlanych, jakich w okresie od lipca do października 2010 r. zatrudniała Spółka (od 53 do 57 osób) i podwykonawcy, z którymi współpracowała (około 80 osób) i w tym samym piśmie, na potwierdzenie informacji, jaką w nim zawarto, zaoferowała dowód z przesłuchania pozwanej, zaś Sąd pierwszej instancji nie odniósł się do tego wniosku, trzeba jednak zwrócić uwagę, że informacja zawarta w tym piśmie dotyczy tylko liczby pracowników budowlanych we wskazanych czterech miesiącach. Nie określono w nim liczby budów realizowanych przez pozwaną (samodzielnie i z podwykonawcami) w czasie, o jaki w sprawie chodzi oraz nie zawniosowano dowodu na tę okoliczność. Tymczasem wiedza w tym przedmiocie byłaby konieczna dla dokonania ustalenia możliwości ukończenia przedmiotu umowy w terminie umówionym. Istotne było przecież nie tylko, czy pozwana (sama, z podwykonawcami) dysponowała liczbą pracowników wskazaną przez biegłego (50-60), ale też możliwością świadczenia pracy przez nich (czy też pracowników

podwykonawców) przy realizacji umowy zawartej przez strony. A już z zaprezentowanych zeznań świadków wynika, że pozwana zaangażowana była też w realizację innych zadań budowlanych. Tych okoliczności wniosek dowodowy pozwanej nie obejmował. Już to prowadzi do wniosku, że nie zmierzał do wyjaśnienia okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia (art. 227 kpc).

Dowodu takiej okoliczności nie mogła też stanowić propozycja aneksu z 26 sierpnia 2010 r. do umowy z 11 lutego 2009 r., choć mogła świadczyć o ocenie pozwanej w tym przedmiocie w czasie, gdy powódka już odstąpiła od umowy. Brak jednak w materiale podstaw do dokonania ustalenia zgodnego z tą oceną. Przeciwnie, wykazane opóźnienie i liczba faktycznie zaangażowanych pracowników budowlanych na budowie przed złożeniem tego oświadczenia przez powódkę stanowiła dostateczną podstawę ustalenia, że opóźnienie pozwanej było tego rodzaju, że usprawiedliwiona okolicznościami była ocena powódki, że nie jest prawdopodobne, iż pozwana ukończy przedmiot umowy w terminie, zwłaszcza że opinia biegłego potwierdza, że w jedenastym miesiącu wykonanie umowy odpowiadało temu, jakie powinno nastąpić po czterech miesiącach, zaś przedmiot umowy miał być wykonany w czasie osiemnastu miesięcy.

Pozwana zawarła w apelacji zarzut naruszenia art. 233 kpc. W istocie sprowadza się on do odmiennej oceny skutków prawnych faktów, które mają z nich wypływać. Nie odnosi się natomiast do kryteriów oceny dowodów wynikających z art. 233 § 1 kpc (chodzić może tylko o tę jednostkę redakcyjną art. 233 kpc), jakie Sąd Okręgowy miałby naruszyć przy ocenie dowodów oraz dowodów, których to naruszenie miałyby dotyczyć.

Wywód pozwanej, poza kwestionowaniem nieprawdopodobieństwa ukończenia robót budowlanych w terminie oraz wykazania przez powódkę, że terminowe wykonanie robót było nieprawdopodobne, sprowadza się jeszcze do tego, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie.

Pozwana nie kwestionuje ustalenia, że każdy z oferentów miał dokonać wizji lokalnej celem sprawdzenia warunków placu budowy, stanu istniejących obiektów oraz warunków związanych z wykonaniem robót oraz w celu uzyskania wszelkich dodatkowych informacji koniecznych i przydatnych do oceny prac, jak też, że organizacja i zagospodarowanie placu budowy oraz zaplecza budowy spoczywała na wykonawcy.

Apelacja skupia się na kwestionowaniu obowiązku dokonania weryfikacji nośności drogi i braku wiedzy pozwanej w tym przedmiocie. Nie idzie jednak o potrzebę dokonywania specjalistycznej weryfikacji dokumentacji w tym zakresie i wykonywania badań. Obowiązek pozwanej, profesjonalnego wykonawcy, był w tym przedmiocie inny. Skoro organizacja i zagospodarowanie placu budowy oraz zaplecza budowy należała do wykonawcy, dokonując oględzin przyszłego placu budowy pozwana powinna była zebrać dane potrzebne do zbadania przydatności drogi, tym bardziej drogi osiedlowej wykonanej z kostki brukowej, w razie braku jej oznakowania, choćby przez poczynienie odpowiednich ustaleń u zarządcy drogi w przedmiocie jej nośności. Nie tylko zaniechała tego, ale nawet wykorzystywała sprzęt o ładowności znacznie przekraczającej wskazaną w ofercie.

Podobnie przedstawia się zagadnienie liczby drzew do wycinki. Pozwana wprawdzie dokonała oględzin i jej przedstawiciele dostrzegli drzewa, lecz nie ustalili położenia placu budowy względem nich, gdyż nie wzięli na miejsce oględzin niezbędnej dokumentacji.

Mimo tych okoliczności pozwana zawarła umowę, w której przyjęła na siebie określone obowiązki, w tym co do terminu wykonania jej przedmiotu. Nie można więc zasadnie mówić, że pozwana nie ponosi w tych okolicznościach odpowiedzialności za opóźnienie. W istniejących warunkach, które dochowując wymaganej od niego staranności (art. 355 § 2 kc) profesjonalista powinien ustalić, pozwana przyjęła na siebie obowiązek wykonania przedmiotu umowy w oznaczonym czasie. Uczyniła to więc na swe ryzyko.

Tak samo ocenić należy zagadnienie dotyczące ilości mas ziemnych. Szczegółowo wyjaśnił to Sąd Okręgowy. Pozwana zaś nie kwestionuje ustaleń, jakie w tym przedmiocie poczynił, a jedynie wywodzi, że wywiezienie dodatkowych mas ziemi opóźniło wykonanie przedmiotu umowy o 2 miesiące. Tymczasem istota sporu nie sprowadzała się do rozmiaru opóźnienia wywołanego zwiększonym zakresem prac ziemnych, ale do wykazania potrzeby wykonywania tych prac w rozmiarze, w jakim zostały wykonane. Sąd Okręgowy wypowiedział się w tym przedmiocie, pozwana natomiast nie

zakwestionowała jego wywodu co do tej okoliczności. Sąd Apelacyjny nie dostrzega więc możliwości samodzielnego ich zakwestionowania, jako że idzie o zagadnienie brane pod uwagę jedynie na zarzut.

Zrozumiałe jest też, że ze względu na konieczną kolejność wykonywania robót budowlanych doprowadzenie do takiego opóźnienia, że wykonywanie określonych robót nie jest możliwe z uwagi na warunki atmosferyczne obciąża wykonawcę, jeśli – jak pozwana – ponosi odpowiedzialność za opóźnienie.

Trafnie więc Sąd Okręgowy ustalił, że zachodziła przesłanka odstąpienia od umowy, o jakiej mowa w art. 635 kc oraz że oświadczenie powódki o odstąpieniu od umowy wywołało zamierzony przez nią skutek prawny.

Chybiona jest argumentacja pozwanej dotycząca naruszenia art. 58 § 2 w związku z naruszeniem art. 5 kc. Pozostawiając poza wywodem szczegółowe wyjaśnienia w zakresie wzajemnych relacji między obu przepisami, z których pierwszy dotyczy skutków niezgodności czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego, drugi natomiast reguluje skutki sprzeczności prawa podmiotowego z tymi zasadami, wystarczy na potrzeby niniejszej sprawy stwierdzić, że gdyby pozwana nie była w opóźnieniu względem harmonogramu robót, za co ponosi odpowiedzialność, o czym była mowa, nie zachodziłaby przesłanka odstąpienia. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy byłoby zatem bezskuteczne. W takiej zaś sytuacji nie dałoby się w ogóle mówić o jego sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Skoro istniała przesłanka odstąpienia od umowy, powódka złożyła oświadczenie o odstąpieniu i wywołało ono skutek, wykazana została przesłanka zasądzenia dochodzonej kary umownej.

Apelacja – jako bezzasadna – podlegała więc oddaleniu (art. 385 kpc).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do jego wyniku i wartości przedmiotu zaskarżenia (art. 98 § 1 i 3 oraz art., 99 kpc, a także § 6 pkt 6 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 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.).