

Sygn. akt I ACa 322/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Beata Wojtasiak (spr.)
Sędziowie	:	SA Krzysztof Chojnowski SA Bogusław Suter
Protokolant	:	Sylwia Radek-Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w O.**

przeciwko (...) **w D.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 26 stycznia 2016 r. sygn. akt I C 645/14

**I. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że**

a) **oddala powództwo;**

b) **zasądza od powoda na rzecz pozwanego 7200 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego;**

**II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego 28.863 zł, tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą, w tym 11.829 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód, (...)w O., wniósł o zasądzenie od pozwanej, (...) w D., kwoty 345.723,23 zł z ustawowymi odsetkami od 29 października 2014 r. do dnia zapłaty. Swoje roszczenie oparł na żądaniu zapłaty kary umownej przewidzianej w umowie o roboty budowlane, którą strony zawarły 23 kwietnia 2014 r.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa. Podniosła, że nie ziszczyły się przesłanki jej odpowiedzialności, bowiem nie wykonała ona umowy z przyczyn od niej niezależnych.

***Wyrokiem z 26 stycznia 2016 r. Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo do kwoty 340.670,50 zł z odsetkami ustawowymi od 29 października 2014 r. do dnia zapłaty, umorzył postępowanie w pozostałej części i orzekł o kosztach procesu***

Sąd ten ustalił, że w dniu 23 kwietnia 2014 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, które były współfinansowane ze środków Unii Europejskiej. Wskazał, że zasadniczym celem prac było mechaniczne usunięcie warstwy osadów dennych z jeziora (bagrowanie) za pomocą pogłębiarki wielofunkcyjnej W. C. (...) (refulera) lub podobnej, wykonanie konstrukcji z pali drewnianych, umocnień siatkowo-kamiennych, ścianek szczelnych oraz umocnień brzegów z pali i faszyny. Ustalił, że roboty miały początkowo trwać od 6 maja 2014 r. do 15 grudnia 2014 r., jednak, na skutek zawarcia aneksu nr (...) do umowy, pozwana zobowiązała się rozpocząć prace przygotowawcze 15 sierpnia 2014 r. i zakończyć je do 30 września 2014 r. Dodał, że strony przewidziały kary umowne na rzecz powoda, w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy (§ 10 ust. 1 pkt 1 lit. f umowy), a Spółka wyraziła zgodę na ich potrącenie z przysługującego jej świadczenia.

Z dalszych ustaleń sądu I instancji wynikało, że pozwana zaoferowała w przetargu cenę, która stanowiła zaledwie 42,23% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, co – na zapytanie Zamawiającego – wyjaśniła sprzyjającymi warunkami cenotwórczymi, posiadaniem własnego zaplecza technicznego, blisko położonej bazy, bez konieczności dowożenia pracowników, zmagazynowaniem 50% potrzebnych zapasów, wysokimi rabatami na zakup materiałów i sprzętu, systemem zarządzania jakością oraz oczekiwanym zyskiem w wysokości 11%.

Sąd Okręgowy wskazał, że 3 września 2014 r. pozwana poinformowała o niemożności zastosowania refulera z uwagi na utrzymujący się niski poziom wód gruntowych w obrębie zbiornika, a pracownicy zamawiającego stwierdzili, w dniu 4 września 2014 r., od 10 do 20 cm warstwy cieczy i od 1,2 m. do 1,5 m oraz od 3 m. do 4 m. warstwy namulów odpowiednio w niecce wąskiej i większej. Następnie, na spotkaniu w dniu 11 września 2014 r. i 15 września 2014 r. stwierdzono niewielkie zaawansowanie prac, a w ich trakcie Spółka powołała się na winę podwykonawcy. Z kolei, po wezwaniu pozwanej do rozpoczęcia realizacji umowy pod rygorem odstąpienia (15 września 2014 r.) odbyły się spotkania z 18 i 19 września 2014 r., w trakcie których wykonawca zaproponował inną technologię kopania oraz poinformował o konieczności zwiększenia wynagrodzenia, stwierdzono wówczas wykonanie przez Spółkę wykopu wielkości ok. 5m x 5m, zaś projektant uznał wykonanie prac ziemnych za możliwe jedynie przy pomocy refulera oraz zalecił dopompowanie wody. Okolicznością bezsporną było, że powód nie zgodził się na zmianę warunków finansowych umowy (29 września 2014 r.

Sąd ustalił nadto, że, na prośbę pozwanej, prezes zarządu A. P..P. i H, D. T., sporządził 6 października 2014 r. pismo, w którym ocenił, że wybagrowanie zbiornika powinno rozpocząć się od wykopania kanału wzdłuż osi jeziora w stronę przepustu drogowego i można je było wykonać refulerem, a w przypadku całkowitego braku wody - pogłębiarką wielofunkcyjną. Ostatecznie powód odstąpił w dniu 10 października 2014 r. od umowy i wezwał wykonawcę do zapłaty kary umownej w wysokości 345.723,23 zł w terminie 14 dni.

W ocenie Sądu I instancji strony łączyła umowa o roboty budowlane, bowiem jej przedmiotem był zbiornik wodny o znacznej pojemności, a zatem obiekt będący budowlą w znaczeniu ustawy Prawo budowlane, a nadto opierała się ona na dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej, a także nadzorze inwestorskim i autorskim (art. 647 k.c.).

Zdaniem tego Sądu przyczyną opóźnienia w wykonaniu powyższego zobowiązania było zbyt późne rozpoczęcie prac (8 września 2014 r. zamiast 15 sierpnia 2014 r.) oraz przestoje w robotach spowodowane brakiem wody. Uznał, w oparciu

o opinię biegłego, że ta ostatnia okoliczność nastąpiła z winy pozwanej, która na skutek niezachowania należytej staranności (art. 355 § 2 k.c.) wykonała nieprawidłowy wykop (z niewłaściwej strony) i doprowadziła do opróżnienia jeziora. Oceniał również, że nawet brak wody w zbiorniku nie uniemożliwiłyby realizacji robót w terminie. Wskazał, że w tym przypadku konieczne byłoby wprawdzie zwiększenie finansowania, niemniej Spółka była profesjonalnym podmiotem i na podstawie dokumentacji przetargowej (badania geologiczne określające stan dna jeziora, projekt, specyfikacja techniczna zawierająca technologię wykonania prac) mogła ocenić swoje możliwości, cenę i czas prac. Uznał nadto, że pozwana wykazała się brakiem zapobiegliwości, plan jej pracy był nieprzemyślany i pozbawiony harmonogramu, a nadto nie dysponowała ona sprzętem i zapleczem podanym w ofercie. Oceniał w oparciu o powyższe okoliczności, że opóźnienie wykonawcy w wykonaniu robót było przez niego zawinione, co z kolei uzasadniało odstąpienie powoda od umowy (na skutek niekontynuowania prac po uprzednim wezwaniu na piśmie), a także naliczenie kary umownej w wysokości 345.723,23 zł.

Sąd stwierdził nadto, że w sprawie nie zostały spełnione przesłanki zmniejszenia kary umownej, bowiem Spółka wykonała roboty w znikomym procencie i nie wykazała bynajmniej, by zachodziła dysproporcja między szkodą powoda a wierzytelnością należną mu w oparciu o art. 483 § 1 k.c. Oceniał, odnosząc się do tej ostatniej przesłanki, że Województwo poniosło uszczerbek polegający na niemożności wykorzystania środków zarezerwowanych na inwestycję objętą umową (4.093.669,12 zł) oraz na poniesieniu wydatków z tytułu nadzoru autorskiego (3.690 zł). Uznał przy tym, że w sprawie brak było podstaw do miarkowania kary umownej, bowiem stanowiłoby to przyzwolenie na zachowania polegające na zaniżaniu wartości ofert poniżej poziomu opłacalności, eliminację z rynku rzetelnych podmiotów oraz niemożność realizacji celów publicznych przez inwestorów.

W zakresie objętym cofnięcie powództwa Sąd umorzył postępowanie, zaś o kosztach orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

***Apelację od całości powyższego wyroku złożyła pozwana, która zarzuciła:***

***I. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na mylnym przyjęciu, że:***

***-poziom wody w zbiorniku, w dniu wejścia powoda na plac budowy, pozwalał na wykonanie zadania, zgodnie z technologią przewidzianą w dokumentacji projektowej,***

***-pozwana wykonując wykop kontrolny przyczyniła się do odwodnienia zbiornika, skutkiem czego realizacja zadania w technologii przewidzianej w dokumentacji projektowej stała się niemożliwa,***

***-pozwana była w stanie zrealizować zlecone jej roboty w ustalonym przez strony terminie, zgodnie z przewidzianą w dokumentacji projektowej technologią,***

***pomimo tego, iż brak było podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających takie stanowisko;***

***II. naruszenie przepisów prawa procesowego:***

***a) art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. - poprzez oddalenie (uprzednio dopuszczonego) wniosku pozwanego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka R. S., jak również wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego z zakresu hydrotechnicznego - mających istotne znaczenie dla ustalenia okoliczności przedmiotowej sprawy, a tym samym brak ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy, stanowiącego podstawę wyrokowania;***

***b) art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez dokonanie oceny wiarygodności i mocy dowodów z przekroczeniem granic ich swobodnej oceny, wskutek uchybienia zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego w części dotyczącej ustaleń faktycznych i wybiórczą ocenę materiału dowodowego - w szczególności dowodów z zeznań świadków (w szczególności D. T.), a także opinii biegłego, przy równoczesnym nieuwzględnieniu argumentacji i zeznań pozwanego oraz świadka B. S. oraz dokumentów przedłożonych przez pozwanego (opinia sporządzona na jego zlecenie);***

**III. niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy;**

**IV. naruszenie prawa materialnego, a w szczególności art. 484 § 2 k.c. - poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie żądania pozwanego miarkowania kary umownej.**

**Wskazując na powyższe skarżąca wniosła o zmianę wyroku i oddalenie powództwa w całości, a także o zasądzenie od powoda kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.**

**SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:**

**Apelacja zasługiwała na uwzględnienie.**

Sąd Apelacyjny zaaprobował i uznał za własne ustalenia Sądu I instancji co do treści umowy łączącej strony i przewidzianego terminu jej wykonywania (od 15.08.2014r. do 30.09.2014r.), prowadzenia pomiędzy stronami rozmów (potwierdzonych dokumentami) odnośnie sposobu wykonywania tych prac, a także niewielkiego zakresu prac wykonanych przez pozwanego i odstąpienia przez powoda od umowy w dniu 10.10.2014 roku; słuszne też było przyjęcie, że przedmiotem umowy stron były roboty budowlane. Sąd Apelacyjny nie podzielił natomiast oceny Sądu I instancji, jakoby niewykonanie prac nastąpiło z przyczyn zależnych od pozwanego i by – jako takie - uzasadniało naliczenie kar umownych w trybie par.10 ust.1 pkt.1 f umowy. W szczególności Sąd Apelacyjny wyciągnął odmienne wnioski z analizy opinii pisemnej biegłego i uznał, że nie została ona przekonywująco uzasadniona podczas wysłuchania biegłego na rozprawie odwoławczej.

Dodatkowo podkreślić należy, że w sprawie niniejszej brak jest podstaw do uznania, że źródłem kary umownej w ogóle miało być umowne prawo odstąpienia. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że stosownie do treści art. 395 par.1 k.c. można zastrzec, że jednej lub obu stronom będzie przysługiwać prawo do odstąpienia od umowy w ciągu oznaczonego terminu, które to prawo wykonuje się poprzez złożenie stosownego oświadczenia. Badając w tym kontekście umowę stron należy zauważyć, że jakkolwiek zostały w niej zawarte przesłanki odstąpienia od umowy (w tym m.in. na skutek nierozpoczęcia robót przez wykonawcę po upływie 14 dni od terminu umownego lub przerwy trwającej dłużej niż 14 dni – par.12 ust.1 pkt 1 c, d), jednakże nie został tam określony termin do złożenia oświadczenia w przedmiocie odstąpienia. Tym niemniej w judykaturze przyjmuje się (zob. wyrok SN z 13.06.2013r., IV CSK 668/12, LEX nr. (...)), że choć brak stosownej wzmianki w umowie wyklucza możliwość przyjęcia, że strony zastrzegły umowne prawo odstąpienia, to jednak stan taki nie sprzeciwia się uznaniu, że strony przewidziały w umowie obowiązek zapłaty kary umownej na wypadek skorzystania przez jedną z nich z ustawowego prawa odstąpienia, z przyczyn leżących po drugiej stronie umowy. Zaznacza się również, że ustawodawca w art. 494 k.c. jednoznacznie przesądził, iż wskutek odstąpienia od umowy - na podstawie zarówno upoważnienia ustawowego jak również umownego (art. 492 k.c.) - powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona odstępująca od umowy może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Powstanie stanu niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy, powoduje, że strona może dochodzić kary umownej przewidzianej także na wypadek ustawowego odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania.

Zważywszy, że powód pismem z dnia 15.09.2016r. wezwał pozwanego do podjęcia prac, z zagrożeniem odstąpienia od umowy, Sąd Apelacyjny uznał, że – co do zasady – może on powoływać się zarówno na zaistnienie przesłanek do ustawowego odstąpienia od umowy, jak i do naliczenia kar umownych w przypadku zaistnienia przyczyn zależnych od wykonawcy.

Zasadnicza argumentacja strony powodowej – zaaprobowana także przez Sąd I instancji – sprowadzała się do wskazania, że pozwany zbyt późno rozpoczął prace, tj. dopiero 8.09.2014 roku, nie posiadał właściwego sprzętu i niewłaściwie rozplanował prace, wykopując rów od strony drogi i doprowadzając przez to do pogorszenia, i tak już złych, stosunków wodnych.

Sąd Apelacyjny nie znalazł wystarczającego oparcia w materiale dowodowym dla takich twierdzeń, z tym zastrzeżeniem że oczywiście uprawniona była ocena Sądu I instancji, co do tego, że pozwany na etapie zawierania umowy przedstawił nieprawdziwe dane co do posiadanych przez siebie zasobów materiałowych i osobowych. Okoliczność ta winna jednak pozostać obojętna dla rozstrzygnięcia, bowiem problem podstawowy sprowadzał się do zbadania, czy pozwany w okresie objętym umową (od 15.08.2014r. do 30.09.2014r.) w istocie mógł prowadzić prace z użyciem refulera W. lub podobnego (także poprzez podwykonawcę), czy też w ogóle nie było to możliwe z uwagi na zbyt niski stan wody.

Dla oceny tej kwestii oczywiście niewystarczające było lakoniczne stwierdzenie, zawarte w pisemnej opinii biegłego, że „pomimo niskiego stanu wód wykonanie prac refulerem było możliwe” (k.188), skoro w innym miejscu biegły zaznaczył, że „brak wody można było uzupełnić, dopompowując ją z jeziora D. „(k.190). Takie stanowisko biegłego bynajmniej nie dawało wyobrażenia o możliwości wprowadzenia refulera (bez dopompowania wody) na sporny zbiornik, zwłaszcza, że jednocześnie biegły sugerował wprowadzenie Amfibii (...) 5000 i nie udzielił przy tym odpowiedzi, czy jest to sprzęt podobny w rozumieniu zawartej przez strony umowy. Także zeznania biegłego, składane przed Sądem I instancji na rozprawie z dnia 12.01.2016r. nacechowane były wysokim stopniem ogólności. W szczególności biegły podał (czas - 00:33:44), że nie pamięta ani stanu wody w dacie zawierania umowy, ani w terminu realizacji umowy ani tego, czy warunki w sierpniu w ogóle pozwalały na realizację umowy.

Tymczasem okolicznością bezsporną pomiędzy stronami było, że poziom wody od daty zawarcia umowy obniżył się znacząco. Pozwany już w dniu 3.09.2014 roku poinformował o zbyt niskim poziomie wód gruntowych i niemożności zastosowania refulera (k.49). Na marginesie zaznaczyć należy, iż wystosowane w tej dacie pismo nakazuje uznać za wadliwe ustalenie poczynione przez Sąd I instancji, jakoby pozwany dopiero 8.09.2014 roku przystąpił do wykonywania prac. Powoływanie się przez pozwanego na niemożność rozpoczęcia robót w terminie miało też oparcie w informacji sp – ki G., do której pozwany zwrócił się z zapytaniem ofertowym i która to pismem z 14.08.2014 roku stwierdziła, że obecny poziom wód nie pozwala na wprowadzenie pogłębiarki wielofunkcyjnej (k.69). Powód nie tylko nie zanegował tej okoliczności, ale we własnej notatce służbowej z dnia 4.09.2014r. stwierdził obniżenie lustra wody o 1 metr, zaznaczając że „ w zbiorniku całkowicie zarośniętym trzecią grubość warstwy wody wynosi ok. 10 – 20 cm., a pod nią zalega warstwa namulów..”. Zważywszy, że bezspornym jest, iż refuler może pracować przy głębokości co najmniej 80 cm, konieczne było zachowanie pewnej dozy krytycyzmu wobec stanowiska biegłego, który przyjmował, że pozwany mógł pracować z użyciem refulera, gdyby w terminie prace rozpoczął. Szczególnego podkreślenia w tym miejscu wymaga, że w notatce służbowej z wizytacji w terenie w dniu 19.09.2014 roku (k.64) zaznaczono stanowisko projektanta, który stwierdził kategorycznie, że „wykonanie prac ziemnych jest możliwe jedynie przy pomocy refulera i nie ma technologii alternatywnej. Jednak ze względu na niesprzyjające warunki gruntowo wodne nie jest możliwe wykonanie tych prac, bez uprzedniego dopompowania wody do zbiornika”. Stan taki zwalniał w zasadzie pozwanego z dalszej aktywności, bowiem decyzję co do (kosztownego) pompowania wody mógł podjąć tylko powód. Wprawdzie w notatce tej zaznaczono również wykonanie przez pozwanego wykopu próbnego o wymiarach 5m x 5m, brak jest jednak materiału dowodowego, który by świadczył, że stan ten znacząco pogorszył stosunki wodne istniejące na przełomie sierpnia i września 2014 roku. Nie wytrzymuje w tej mierze krytyki zajęte przez biegłego stanowisko, który na rozprawie w dniu 12.01.2014r. przed Sądem Okręgowym podał (czas – 00:15:09): „ o ucieczce wody przyjąłem na podstawie tego, że na zdjęciach była woda, a teraz nie ma”. Nie można przecież nie zauważyć, że zdjęcie satelitarne, zamieszczone w opinii biegłego pochodzi z maja 2014 roku (k.188) i oczywiście nie może dowodzić stanu lustra wody na sierpień i wrzesień 2014 roku, skoro sam biegły w opinii zaznaczył, że w 2014 roku „czerwiec był suchy, lipiec skrajnie suchy, sierpień przeciętny, wrzesień skrajnie suchy” (k.187).

Te wewnętrzne sprzeczności zawarte w opinii biegłego czyniły z tej opinii środek niewystarczający do przyjęcia, by zaniechanie prac przez pozwanego zaistniało z przyczyn przez niego zawnionych. Wysłuchanie biegłego przed Sądem Apelacyjnym na rozprawie w dniu 5.12.2016 roku sprzeczności tych nie wyeliminowało. Najpierw biegły uznał, że „właściwie tym refulerem, który był wskazany w umowie nie można było wykonać prac” , by końcowo stwierdzić, że refulera można było użyć cały czas, przy czym nie potrafił opisać w jaki technicznie sposób miałby on być wprowadzony na zbiornik. Podtrzymywał alternatywne twierdzenie, że prace mogły być wykonywane z użyciem amfibii (...) 5000, by

końcowo stwierdzić, że właściwie to nie musiała być ta amfibia i że w zasadzie "trudno mu się odnieść do tej konkretnej amfibii", bo jest „wiele urządzeń na rynku”. Dopuszczając możliwość wprowadzenia koparek (przedsięwziętych i podsięwziętych) również nie potrafił przedstawić technicznej strony tego zabiegu.

Analiza opinii pisemnej i wypowiedzi biegłego przed sądami obu instancji prowadzi do wniosku, że zasadniczo winy pozwanego upatrywał on w braku po jego stronie własnego (i właściwego) sprzętu oraz w zbyt późnym rozpoczęciu prac. Opinia ta nie mogła być jednak uznana za przekonywującą, jeśli zważyć, że pierwsza ze wspomnianych okoliczności była w zasadzie bez znaczenia, zaś druga nie została należycie uargumentowana i w żaden sposób nie przystawała do tej części materiału dowodowego (k.49, k.50, k.69), z której wynikał niedostateczny poziom wody w sierpniu i wrześniu 2014 roku.

Oceny tej nie zmienia analiza zeznań świadka D. T. (k. 159 odwr.), który to świadek sporządzał także prywatną opinię na zlecenie pozwanego i którego wiedzę należy uznać za istotną z racji trudnienia się przez jego firmę robotami tego rodzaju. Tym niemniej z zeznań tych wynika tylko tyle, że „na etapie ofertowania można to było wykonywać refulerem”, co było okolicznością bezsporną i że, aby jego „refuler pracował lustro wody musi być minimum 80 cm. od dna”, co także nie budziło wątpliwości. Jego zeznania są jednak nieprzydatne dla oceny poziomu wody w sierpniu i na przełomie sierpnia i września 2014 roku, a rozważana przez niego technologia alternatywna, polegająca na użyciu koparek nie mogła być uznana za właściwą w obliczu cytowanego powyżej stanowiska projektanta, który jako jedyny sposób określił użycie refulera z dopompowaniem wody z jeziora D.. Świadek wspominał też wprawdzie o jakiejś innej maszynie refulacyjnej, która mogłaby stać na podmokłym terenie, jednakże ani te stwierdzenie, ani opinia biegłego nie dały Sądowi Apelacyjnego wyobrażenia o tym, jakim konkretnym sprzętem i w jaki sposób pozwany miałby wykonywać umowę w sierpniu i wrześniu 2014 roku, przy istniejącym wówczas poziomie lustra wody. Odnosić natomiast należy w tym miejscu stwierdzenie biegłego, że po raz pierwszy w ogóle spotkał się z tym, żeby woda „uciekła” pomiędzy zawarciem umowy, a przystąpieniem do jej wykonania, co w jakiś sposób obrazuje jednak wyjątkowość zaistniałej sytuacji.

W oparciu omówiony powyżej materiał dowodowy uzasadnione jest przyjęcie, że przy istniejącym poziomie wody (do 20 cm.) użycie refulera, określonego w umowie stron nie było możliwe, bez dopompowania wody. Nie można natomiast wykluczyć, że przewidziany w umowie efekt byłby możliwy do osiągnięcia innymi metodami, ale za zgodą projektanta. W każdym z tych przypadków niezbędne jednak było współdziałanie ze strony powoda i tego współdziałania oczywiście nie mogło zastąpić zawarte w piśmie z dnia 15.09.2014 roku wezwanie do rozpoczęcia robót przez pozwanego. Nie są przy tym pozbawione słuszności twierdzenia pozwanego o możliwości złożenia przez powoda zamówienia dodatkowego w rozumieniu art.67 ust.1 pkt. 5 lit.b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, bowiem zaistniała – aż w takim zakresie – zmiana stosunków wodnych wymagała podjęcia robót niemożliwych do przewidzenia na etapie zawierania umowy.

Akceptując co do zasady możliwość zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, jeżeli jego podstawę stanowiło niewykonanie obowiązku świadczenia niepieniężnego, Sąd Apelacyjny zauważa jednak, że owo niewykonanie wynikać by musiało z faktu uchybienia przez dłużnika swoim obowiązkom. W przedmiotowej sprawie pozwany zdołał wykazać, że niewykonanie umowy nastąpiło z przyczyn, na które nie miał on wpływu. Dotyczy to tak przyczyn zewnętrznych (nietypowej zmiany stosunków wodnych), jak i tych, leżących po stronie powoda, który w zaistniałej sytuacji nie podjął decyzji o zmianie technologii wykonywania umowy. Skoro zatem wolą stron było zastosowanie kary umownej za „odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy”, a takie przyczyny w sprawie nie zaistniały, Sąd Apelacyjny uznał, że nie było podstawy do uwzględnienia powództwa.

W rezultacie zaskarżony wyrok podlegał zmianie w sposób postulowany przez skarżącego na podstawie art. 386 par. 1 k.p.c., na koszt strony powodowej (art. 98 k.p.c.). Sąd Apelacyjny nie uwzględnił przy tym żądania pełnomocnika strony pozwanej o przyznanie mu wynagrodzenia w wysokości podwójnej stawki minimalnej. Dostrzegając jego rzetelne przygotowanie do dwóch rozpraw odwoławczych, Sąd Apelacyjny uznał, że nie wymagało to nakładu pracy wyższego, niż wynikający ze standardów należytego wykonywania zawodu. W efekcie zasądzeniu podlegała kwota wynagrodzenia w wysokości 10.500 złotych (§2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości

z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych Dz.U. z 2015 r. poz. 1804), powiększona o koszty dojazdu i noclegu, zgodnie załączonym spisem kosztów.

(...)