

Sygn. akt I ACa 217/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 października 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Ewa Giezek
Sędziowie:	SA Małgorzata Zwierzyńska (spr.) SO del. Agnieszka Mankiewicz
Protokolant:	sekretarz sądowy Agata Karczewska

po rozpoznaniu w dniu 12 października 2016 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa P. M.

przeciwko Powiatowi (...) - Powiatowemu Zarządowi Dróg w (...)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 3 grudnia 2015 r. sygn. akt IX GC 861/14

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.679,50 zł (pięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt dziewięć złotych 50/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSO del. Agnieszka Mankiewicz SSA Ewa Giezek SSA Małgorzata Zwierzyńska

**Sygn.akt I ACa 217/16**

## UZASADNIENIE

**Sąd Okręgowy w Gdańsku dnia 3 grudnia 2015 r. w punkcie pierwszym utrzymał w mocy nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym w dniu 18 sierpnia 2014 r. sygn. akt IX GNc 643/14, na mocy którego nakazano pozwanemu Powiatowi (...) - Powiatowemu Zarządowi Dróg w (...), aby zapłacił na rzecz powoda P. M. kwotę 105.042 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 3 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty oraz koszty postępowania w kwocie 4.931 zł. W punkcie drugim wyroku Sąd**

***nakazał ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 3.939 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.***

***Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:***

Powód P. M. zawarł w dniu 7 grudnia 2011 r. z pozwanym Powiatowym Zarządem Dróg w (...) umowę nr (...)273.35.2011. Podstawę jej zawarcia stanowiło zamówienie publiczne przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego do wartości kwoty 193.000 euro oraz zaakceptowana oferta zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

W ramach umowy powód jako wykonawca zobowiązał się wykonać projekt budowlany przebudowy drogi powiatowej nr (...) na odcinku od skrzyżowania z DW nr 222 w miejscowości S. Gd. do skrzyżowania z DP nr (...) S. Gd.-K.-S., zgodnie z ofertą stanowiącą załącznik nr1 do umowy. Strony ustaliły, iż dniem rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy jest dzień podpisania umowy, zakończenie zaś ma iść nastąpić do dnia 30 czerwca 2013 roku. W § 4 umowy strony szczegółowo uregulowały obowiązki wykonawcy.

P. M. zobowiązał się opracować i dostarczyć kompletną dokumentację projektowo - kosztorysową jak wyszczególniono w warunkach do SIWZ z ostatecznym pozwoleniem na budowę w terminie do 30 czerwca 2013 r. Za wykonanie przedmiotu umowy wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości netto 85.400,00 zł plus podatek VAT w wysokości 23%, co daje wartość brutto 105.042 zł. Zapłata miała być dokonana przez zamawiającego w terminie do 30 dni od daty otrzymania faktury. Podstawą do wystawienia faktury końcowej przez Wykonawcę miał być protokół zdawczo- odbiorczy podpisany przez obie strony. Za zwłokę zamawiającego i wykonawcy w wykonywaniu zobowiązań wynikających z umowy zastrzeżono kary umowne w wysokości 1000,00 zł za każdy dzień zwłoki. Wykonawca zobowiązał się zapłacić zamawiającemu kary umowne w wysokości 10% ceny z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy.

Specyfikacja Istotnych Warunków Technicznych zakładała uzyskanie pozwolenia na budowę. W trakcie realizacji prac okazało się, iż zakres rzeczowy przedmiotowego projektu znacznie uległ zmianie, bowiem do prawidłowego wykonania zleconego projektu konieczne było pozyskanie gruntów, do których inwestor nie posiadał prawa. Powyższe spowodowało konieczność wykonania przez powoda dodatkowo, w stosunku do zakresu projektu określanego w przetargu, projektu podziału pięciu działek o numerach ewidencyjnych (...). Zmiany powyższe wydłużyły procedurę zdobywania kolejnych dokumentów projektowych wpływających na czas realizacji projektu. W związku z powyższym, realizując przedmiot umowy powód opracował dodatkowo projekt przebudowy chodników dla pozwanego w ciągu ulicy (...).

W trakcie realizacji umowy procedura uzgodnień koniecznych do projektu przebudowy chodników przedłużała się wobec napływających wniosków i protestów właścicieli posesji dotyczących uwzględniania w projekcie kolejnych zatok postojowych. Utrudnienia pojawiły się również na etapie uzgodnień przebudowy sieci (...) S.A. Projekt ten nie mógł zostać uzgodniony, z uwagi na niezgodności z wydanymi warunkami technicznymi. Operator opóźnił się również z przekazaniem przedmiotowych warunków.

Wobec zaistniałych okoliczności powód pismem z dnia 24 czerwca 2013 r. wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie umownego terminu na realizację zamówienia o pięć miesięcy. Pozwany w odpowiedzi na to pismo wskazał, iż zgodnie z art. 144 prawa zamówień publicznych nie może dokonać zmiany terminu wykonania umowy.

W toku dalszej realizacji umowy, w dniu 30 sierpnia 2013 r. powód przygotował wniosek o wydanie decyzji (...) dla tego zadania. Podpisywał go, w imieniu zarządcy drogi, Dyrektora Powiatowego Zarządu Dróg w (...). Wniosek pozostał bez rozpatrzenia z powodu nie usunięcia braków. Drugi wniosek został złożony w dniu 5 listopada 2013 r. i po jego pozytywnym rozpatrzeniu możliwe było uzyskanie decyzji na realizację inwestycji drogowej stanowiącej przedmiot tego zamówienia.

W dniu 28 stycznia 2014 r. sporządzony został „Protokół zdawczo odbiorczy”, w którym P. M. przekazał pozwanemu kompletną dokumentację projektową, stanowiącą podstawę do wystawienia faktury VAT. Decyzja zezwalająca na realizację inwestycji nr (...) została wydana w dniu 31 grudnia 2013 roku. Wobec odbioru przedmiotu umowy P. M. w dniu 3 marca 2014 roku wystawił fakturę VAT nr (...) z terminem płatności do dnia 2 kwietnia 2014 roku.

Powiatowy Zarząd Dróg w (...) w dniu 18 lutego 2014 r. wystawił notę obciążeniową na kwotę 211.000 zł z tytułu niewywiązania się przez powoda z umowy nr (...). 273.35.2011 zawartej dnia 7 grudnia 2011 r. i wezwał P. M. do jej zapłaty w ciągu 7 dni. Wezwanie do zapłaty ponowione zostało w dniu 15 kwietnia 2014 r.. Następnie w dniu 4 września 2014 r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu należności wynikającej z noty obciążeniowej (...) z dnia 18 lutego 2014 roku na kwotę 211.000 zł z wierzytelnością powoda w kwocie 105.042,00 zł. Pozwany poinformował powoda, iż do zapłaty na jego rzecz pozostaje kwota 105.958 zł.

Rozstrzygając niniejszą sprawę Sąd Okręgowy oparł się na dokumentach prywatnych oraz urzędowych złożonych przez strony, co do zeznań powoda przesłuchanego w charakterze strony Sąd a quo uznał je za spójne i konsekwentne. Powód zeznał, iż zgodnie z umową miał wykonać dokumentację projektową dotyczącą przebudowy drogi. W trakcie realizacji prac pojawiły się problemy z siecią gazową, musiał zmienić procedurę związaną z pozyskiwaniem działek potrzebnych do realizacji inwestycji. By wykonać przedmiot umowy musiał uzyskać dodatkowe pozwolenia, zaś z dokumentacji obowiązek ten nie wynikał, i wszystkie dodatkowe czynności wpłynęły znacząco na wydłużenie realizacji przedmiotu umowy.

Sąd pierwszej instancji oparł się także na twierdzeniach i dowodach przedstawionych przez powoda w piśmie z dnia 21 września 2015 r., bowiem pozwany w ogóle się co do nich nie wypowiedział. Zgodnie z art. 210 § 2 k.p.c. każda ze stron obowiązana jest do złożenia oświadczenia co do twierdzeń strony przeciwnej, dotyczących okoliczności faktycznych. Przepis ten zatem nakłada na stronę obowiązek wypowiedzenia się, w przypadku jego zaniechania sankcję przewiduje art. 230 k.p.c. zgodnie z którym, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, sąd, mając na uwadze wyniki całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane.

Istota sporu sprowadzała się do istnienia podstaw do obciążenia pozwanego przez powoda karą umowną za wykonanie przedmiotu umowy po terminie ustalonym przez strony w umowie. Powód w toku niniejszego postępowania wskazywał, że Specyfikacja Istotnych Warunków Technicznych zakładała uzyskanie pozwolenia na budowę, jednakże w trakcie realizacji prac, zakres rzeczowy przedmiotowego projektu znacznie uległ zmianie.

Strony skutecznie zastrzegły karę umowną za zwłokę w wykonaniu projektu przez powoda. Kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, to jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika, o ile strony inaczej się nie umówiły ani co innego nie zastrzega szczególny przepis ustawy, z niedołożenia przez dłużnika należytej staranności, czyli jego winy w postaci co najmniej niedbalstwa. W wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego oznacza to, że kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika. Nie można natomiast żądać kary mownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, i w tym względzie Sąd przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., (III CKN 166/98, LEX nr 521867).

Powód w trakcie procesu konsekwentnie wskazywał na okoliczności, które uniemożliwiły wykonanie prac w terminie twierdząc, że nie ponosi za nie odpowiedzialności. W ocenie Sądu Okręgowego, powód obalił domniemanie wynikające z treści art. 471 k.c. i wykazał, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia było następstwem okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialności.

Powód zobowiązał się do wykonania i dostarczenia kompletnej dokumentacji projektowo – kosztorysowej jak wyszczególniona w warunkach SIWZ z ostatecznym pozwoleniem na budowę w terminie do dnia 30 czerwca 2013 roku. Niewątpliwie z treści łączącej strony umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, by pozwany

nie dysponował prawem do jakichkolwiek nieruchomości i w związku z tym obowiązkiem wykonawcy byłoby pozyskanie tych gruntów, co do których inwestor nie posiadał prawa. Taka okoliczność ujawniła się natomiast w toku wykonywania prac przez powoda. Okazało się bowiem, że inwestor nie posiadał prawa do niektórych działek, w związku z czym powód, by w sposób prawidłowy wykonać przedmiot umowy, musiał pozyskać grunty, wykonał dodatkowo w stosunku do pierwotnej umowy, projekt podziału pięciu 5 działek. Jak zeznał powód, musiał on uzyskać dodatkowe pozwolenia, co nie wynikało z dokumentacji na etapie zamówienia. Dodatkowo musiał opracować projekt przebudowy chodników dla Powiatowego Zarządu dróg w (...) w ciągu ulicy (...). Procedura uzgodnień koniecznych do projektu chodników przedłużała się z uwagi na kolejno napływające wnioski i protesty właścicieli posesji.

Z załączonej przez powoda zarówno korespondencji emailowej jak i pism wynika, iż korespondencja pomiędzy nim a właścicielami posesji oraz powiatem miała miejsce jeszcze w grudniu 2013 r., właściciele nieruchomości sami również kierowali korespondencją w sprawie zatok postojowych do Wydziału Budownictwa i Gospodarki Przestrzennej w (...). W związku z wszystkimi prośbami zainteresowanych osób, powód kierował pisma do Starostwa Powiatowego w (...), w sprawie postępowania o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej polegającej na przebudowie drogi nr (...), ustosunkowując się co do możliwości bądź niemożności uwzględnienia w projekcie zatoki postojowej. Z materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie wynika, iż w związku z przebudową sieci gazowej zachodziła niemożność uzgodnienia z uwagi na niezgodność z warunkami technicznymi. Dopiero 15 kwietnia 2013 roku (...) Spółka (...) wyraziła zgodę na zmianę parametrów dla przebudowy sieci gazowej.

W trakcie realizacji umowy został zlikwidowany oddział (...) S.A. w (...) i dopiero po osobistej interwencji projektanta w oddziale w G., udało się uzyskać warunki przebudowy w dniu co nastąpiło w dniu 24.05.2013 r. Podobnie sytuacja wygląda z uzgodnieniem z (...) Sp. z o.o. w G.. Powód zeznał, iż przede wszystkim były problemy z gestorami sieci. Były w tym okresie reorganizacje sieci energetycznej, co powodowało, że składane przez powoda dokumenty ginęły, przekazywane były pomiędzy S., T. a G.. Zarządca sieci gazowej przez sześć miesięcy uzgadniał dokumentację, zmieniając warunki, na podstawie których wykonywany był projekt. Należało zmienić procedurę związaną z pozyskaniem działek potrzebnych do realizacji inwestycji. Proces uzyskania pozwolenia wydłużył się, należało w związku z tym wykonać projekt podziałów nieruchomości.

Na etapie składania oferty, z dokumentacji przetargowej nie wynikał problem z dysponowaniem gruntami na cele budowlane. Specyfikacje nie określała tego, brak było wzmianki o uzyskiwaniu lub sporządzaniu projektów podziału nieruchomości, choć jak zeznał, normalnie się to specyfikuje.

Dodatkowe prace wynikały z konieczności zmiany tryby na (...) i zachodziła konieczność pozyskania terenów w celu realizacji takiej geometrii jak była ustalona z zamawiającym. Było to z winy zarządcy drogi. Geometria drogi była uzgodniona z zamawiającym. Powód wskazał, iż pozwolenie na budowę oraz (...) to dwie odrębne rzeczy. Proceduralnie różnią się w czasie pozyskania decyzji.

Wobec przedstawionych wyżej względów zdaniem Sądu Okręgowego nie można było uznać, iż za wyszczególnione powyżej opóźnienia winę ponosi pozwany. Zatem pomimo tego, iż powód nie wykonał przedmiotu umowy w terminie, brak było podstaw do obciążenia go karą umowną za to opóźnienie. Nie było możliwe zakończenie przez powoda prac do dnia 30 czerwca 2013 r. Jeszcze w październiku 2013 r. Starostwo Powiatowe wezwało inwestora do uzupełnienia wniosku o wydanie decyzji o zezwolenie na realizację inwestycji drogowej polegającej na przebudowie drogi powiatowej nr (...). Wobec nieusunięcia braków wniosek inwestora w dniu 21 października 2013 r. został pozostawiony bez rozpoznania. Dopiero w dniu 31 grudnia 2013 r. Starosta (...) wydał decyzję nr (...) zezwalającą na realizację powyższej inwestycji.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy w punkcie pierwszym wyroku utrzymał w mocy nakaz zapłaty z dnia 18 sierpnia 2014 roku w sprawie IX Nc 643/14 w całości, na podstawie art. 496 k.p.c. Z uwagi na fakt, iż pozwany nie uiścił opłaty od zarzutów od nakazu zapłaty, które zatytułował pozwany „sprzeciw od nakazu zapłaty”, w punkcie drugim wyroku Sąd nakazał ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 3.939 zł na podstawie art. 2 ust.2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł pozwany zaskarżając go w całości i zarzucając mu rażące naruszenie prawa poprzez pominięcie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 201 Or. Nr 113 póź. 759 ze zm. – według stanu prawnego wówczas obowiązującego dalej jako „oprawo zamówień publicznych”), a zwłaszcza art. 144 teże ustawy; niewyjaśnienie wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a zwłaszcza wpływu trybu realizacji projektu drogowego na wydłużenie terminu jego realizacji.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez uchylenie nakazu zapłaty i oddalenie powództwa w całości lub uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu.

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd pierwszej instancji, co w takim wypadku zwalnia z obowiązku ich ponownego przytaczania, i ustalenia czyni także podstawą własnego rozstrzygnięcia.

Skarżący w wywiedzonej apelacji nie podniósł przy tym zarzutów dotyczących prawidłowości tych ustaleń, ograniczając się do zarzutu niewyjaśnienia wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, w szczególności wpływu trybu realizacji projektu drogowego na wydłużenie terminu jego realizacji. Pomija jednak skarżący, iż wyjaśnianie w toku postępowania tych okoliczności następuje na skutek inicjatywy dowodowej stron, z uwzględnieniem ich stanowisk i oświadczeń procesowych.

W rozpoznawanej sprawie strona powodowa aktywnie wykazywała swoje stanowisko co do tego, że opóźnienie, w które popadła było przez nią niezawinione, i wynikało przede wszystkim z wadliwego opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkowało koniecznością wykonania dodatkowych prac. Strona pozwana nie ustosunkowała się natomiast do tej argumentacji strony powodowej przedstawionej szeroko w piśmie procesowym z dnia 21 września 2014 r. , nie ustosunkowała się również do dołączonych do tego pisma dokumentów obrazujących dodatkowe czynności, które powód zmuszony był podjąć celem wywiązania się z obowiązków umownych. W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy oceniając przedłożone przez powoda dokumenty oraz oceniając dowód z przesłuchania powoda w charakterze strony słusznie uwzględnił treść art. 210 § 2 k.p.c. oraz art. 230 k.p.c., strona pozwana bowiem nie zaprzeczyła twierdzeniom powoda o przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, uchybiający przepisowi art. 29, a ten właśnie fakt uruchomił dalsze zdarzenia skutkujące wydłużeniem terminu realizacji zadania. Na taką właśnie interpretację postawy pozwanego w niniejszym procesie ma też zdaniem Sądu Odwoławczego fakt, że już w piśmie z dnia 24 czerwca 2013 r. wzywającym do zmiany umowy w zakresie terminu wykonania zadania powód szeroko opisywał przyczyny nie pozwalające wykonać zadania do dnia 30 czerwca 2013 r., natomiast pozwany okoliczności tych nie negował; jako przyczynę nieuwzględnienia powyższego wniosku powoda wskazał jedynie przepis art. 144 prawa zamówień publicznych. Przepis ten w brzmieniu wówczas obowiązującym stanowił, że zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Dalej należy wskazać, że Sąd Okręgowy szczegółowo wyjaśnił, na podstawie jakich dowodów uznał, że do opóźnienia w oddaniu dzieła doszło z przyczyn niezawinionych przez powoda, akcentując wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez pozwanego i konieczność sporządzenia dalszych prac w postaci projektu podziału pięciu działek, przebudowy chodników, a także utrudnienia w procedurze uzgodnień z gestorami sieci, oraz konieczność uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej ( (...)). Ustalenie te Sąd Okręgowy poczynił na podstawie

przesłuchania powoda oraz dokumentów złożonych przez niego przy pozwie oraz przy piśmie procesowym z dnia 14 września 2014 r. w toku postępowania .

Z uzasadnienia apelacji wynika natomiast, że obecnie pozwany kwestionuje, aby wybór trybu, jakim było ubieganie się o wydanie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej, wydłużył tak znacznie termin wykonania dzieła. Pomijając już, że okoliczność ta jest tylko jednym z wielu czynników wpływających na niemożność dochowania terminu (szeroko omówionych przez Sąd a quo), to te ustalenia mogłyby zostać skutecznie podważone tylko wówczas, gdyby skarżący zgłosił zarzut wadliwej oceny materiału dowodowego dokonanej przez Sąd pierwszej instancji, która doprowadziła go do takich właśnie wniosków. Tymczasem skarżący kwestionując w apelacji tę konkluzję Sądu Okręgowego nie podniósł żadnych zarzutów naruszenia prawa procesowego regulujących materię oceny dowodów. Natomiast zgodnie z zasadą prawną wyrażoną w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r. (III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55), sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Oznacza to, że sąd drugiej instancji bez podniesienia w apelacji lub w toku postępowania apelacyjnego odpowiedniego zarzutu - nie może wziąć z urzędu pod rozważenie uchybień prawu procesowemu, popełnionych przez sąd pierwszej instancji, choćby miały wpływ na wynik sprawy (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 września 2014 r., II CSK 646/13, LEX nr 1540130).

W konsekwencji skoro skarżący nie podważył skutecznie poprzez podniesienie stosownych zarzutów naruszenia prawa procesowego ustaleń Sądu a quo co do przyczyn, dla których powód nie wykonał zobowiązania w terminie, to jego wywody podniesione w apelacji co do tego, ile jego zdaniem tryb uzyskania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej wydłużył inwestycje, nie mogą odnieść żadnego skutku

Konkludując, Sąd Odwoławczy stwierdza, że w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy prawidłowo zastosował również prawo materialne szczegółowo wyjaśniając istotę kary umownej oraz sytuację, w których roszczenie z tego tytułu nie powstaje po stronie wierzyciela (w tym wypadku – pozwanego), co wymagało przeprowadzenia rozróżnienia pomiędzy pojęciem „opóźnienia” a „zwłoki”. Stanowisko Sądu Okręgowego ma swoje oparcie także w bogatym orzecznictwie Sądu Najwyższego, z którego warto przytoczyć wyrok z dnia 6 października 2010 r., zgodnie z którym kara umowna należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność (II CSK 180/10, LEX nr 970070). Pogląd ten został powtórzony w kolejnym wyroku z dnia 8 lutego 2013 r., (IV CSK 299/12, LEX nr 1314429), w którym Sąd Najwyższy stwierdził, że w sytuacji gdy strony przewidziały kary umowne za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy, a kodeks cywilny wyraźnie odróżnia zwłokę od opóźnienia, uznanie przez sąd, że wierzyciel ma prawo do naliczania kar umownych za faktyczny okres opóźnienia, narusza art. 476 k.c., który przez zwłokę rozumie tylko takie opóźnienie, które jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności.

Wobec powyższego pozwanemu nie przysługiwała wobec powoda wierzytelność o zapłatę kary umownej, a zatem nie zaistniały przesłanki wymagane przez art. 498 § 1 k.c. do skutecznego dokonania potrącenia. W tej sytuacji trafnie uznał Sąd Okręgowy, że powództwo zasługiwało w całości na uwzględnienie, co skutkowało utrzymaniem nakazu zapłaty w mocy.

Jeśli chodzi natomiast o zarzut naruszenia art. 144 prawa zamówień publicznych, to jest on w okolicznościach rozpoznawanej sprawy chybiony. Przepis ten reguluje bowiem kwestie dotyczące możliwości ewentualnych zmian umowy zawieranej w trybie tej ustawy, jednakże niemożność zmiany takiej umowy, na co powoływała się strona pozwana przed wszczęciem postępowania sądowego – nie może być utożsamiana z automatycznie powstającym po stronie zamawiającego roszczeniem o zapłatę kary umownej za opóźnienie w oddaniu przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Oceny, czy po stronie zamawiającego takie roszczenie powstało, dokonuje się bowiem wyłącznie na płaszczyźnie przepisów kodeksu cywilnego, stąd też nie sposób czynić Sądowi meriti zarzutu, iż przepisu art. 144 prawa zamówień publicznych nie brał pod uwagę przy rozstrzygnięciu niniejszej sprawy. Kwestia dopuszczalności czy też niedopuszczalności zmiany umowy w świetle regulacji prawa zamówień publicznych pozostaje bowiem bez wpływu

na ocenę przyczyn niewykonania zobowiązania w umówionym terminie oraz powstania wierzytelności z tytułu kary umownej.

W tym stanie rzeczy Sąd Odwoławczy oddalił apelację, o czym orzekł na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzekł na podstawie art. 108 §1 k.p.c. w związku z art. 98 k.p.c. i art. 99 k.p.c. obciążając nimi pozwanego jako przegrywającego to postępowanie. Na koszty te złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika powoda ustalone na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804) oraz poniesione przez pełnomocnika koszty przejazdu do sądu na rozprawę apelacyjną.

SSA Małgorzata Zwierzyńska SSA Ewa Giezek SSO Agnieszka Mankiewicz