

Sygn. akt I ACa 758/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 września 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Teresa Rak (spr.)
Sędziowie:	SSA Grzegorz Krężolek SSO del. Krzysztof Hejosz
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 6 września 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa D. N. - Przedsiębiorstwa (...)

przeciwko Gminie K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 15 kwietnia 2013 r. sygn. akt I C 1550/12

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w punktach I, III i IV w ten sposób, że powództwo oddala w całości i zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 7.217 zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu;**
- 2. zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 20.798 zł (dwadzieścia tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt osiem złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 758/13

UZASADNIENIE

Powód D. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo (...) D. N. wniósł o zasądzenie od Gminy K. kwoty 307.947,99 zł wraz z odsetkami od dnia 7 października 2010 r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania. W uzasadnieniu podał, że strona pozwana niezasadnie potrąciła wskazaną kwotę, z wierzytelnością jej przysługującą na podstawie umowy Nr (...). Zdaniem powoda bezzasadne było odstąpienie pozwanego od umowy oraz naliczenie kar umownych. Odnosząc się do wskazanych przez pozwaną przyczyn odstąpienia od umowy wskazała, że nie był zasadny jej zarzut odnośnie niezgodności wykonanych robót z dokumentacją, w sytuacji gdy zmiany te

były zaakceptowane przez autora projektu konstrukcji oraz uzgodnione z inspektorem nadzoru jako przedstawicielem inwestora. Odnosząc się do niezasadnego naliczenia kary umownej wskazała, że realizacja robót ponad termin ustalony w umowie nie była przez niego zawiniona.

Pozwana Gmina K. wnosila o oddalenie powództwa zarzucając, że umowa winna zostać wykonana w dniu 10 maja 2010 r., pozwana odstąpiła od umowy w dniu 19.07.2010 r., tj 70 dni od umownego zakończenia budowy. Przyczyną odstąpienia był mocno przekroczony czas realizacji zadania, co jednocześnie powodowało konieczność naliczenia kar umownych. Ponadto pozwany zarzucił, że powód wykonywał umowę niezgodnie z dokumentacją - bez uzyskania pisemnej zgody zamawiającego, tj zmienił konstrukcję dachu, zamówił u producenta elementy nośne dachu inne niż w dokumentacji, tańsze (konstrukcja została pomniejszona o dwa boczne dźwigary). O tej zmianie powód nie poinformował pozwanego ani autora projektu.

Wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Kielcach zasądził od Gminy K. na rzecz D. N. – Przedsiębiorstwo (...) kwotę 307.947,99 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 31 stycznia 2011 r. do dnia zapłaty, a w pozostałej części oddalił powództwo. Ponadto zasądził od Gminy K. na rzecz D. N. – Przedsiębiorstwo (...) kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz nakazał pobrać od Gminy K. na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 15.398 zł (piętnaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt osiem złotych) tytułem opłaty sądowej, od uiszczenia której powód był zwolniony oraz kwotę 81,25 zł (osiemdziesiąt jeden złotych 25/100) tytułem zwrotu poniesionych przez Skarb Państwa wydatków.

Rozstrzygnięcie wydał Sąd w oparciu o następująco ustalony stan faktyczny:

Powód prowadził działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo (...). W dniu 14.07.2009 r. w wyniku wyboru oferty w postępowaniu przetargowym strony zawarły umowę nr (...), w której powód zobowiązał się wybudować halę gimnastyczną przy istniejącym budynku Szkoły Podstawowej w M.. Umowa miała być wykonywana zgodnie z otrzymaną od pozwanego dokumentacją wymienioną w §2 umowy, a roboty zakończone w terminie 300 dni od daty podpisania umowy (§3.2 umowy). Strony ustaliły, że do czasu realizacji nie wlicza się dni, w których wykonanie robót nie jest możliwe ze względu na złe warunki atmosferyczne przy czym prowadzenie robót z ww przyczyn uznaje się jedynie w przypadkach potwierdzenia bieżącym wpisem koordynatora w Dzienniku Budowy (§ 3.3 umowy). Za wykonanie umowy pozwany zobowiązał się zapłacić powodowi wynagrodzenie w wysokości 1.539.739,97 zł brutto. Powód zobowiązał się zapłacić pozwanemu kary umowne w razie nieterminowego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % całkowitej wartości umowy za każdy dzień zwłoki, a począwszy od 31 dnia opóźnienia 1% za każdy dzień zwłoki. Całkowita wysokość kar umownych nie mogła przekraczać 20 % ceny umowy (§ 12.1 a umowy). Wysokość kar umownych wyliczona miała być w protokole odbioru końcowego, a ich potrącenie miało nastąpić przy ostatniej fakturze (§ 12.3 umowy). Zamawiającemu przysługiwało prawo odstąpienia od umowy, gdy wykonawca przerwał realizację robót i przerwa ta trwa dłużej niż 1 tydzień lub przerwa trwa tak długo, że łącznie kary umowne przekroczyły górną granicę ich stosowania oraz gdy wykonawca wykonuje roboty niezgodnie z dokumentacją bez uzyskania pisemnej zgody zamawiającego na odstępstwo (§ 16.1 e,f umowy). W dniu podpisania umowy wykonawcy przekazano teren budowy. Koordynatorem nadzorującym realizację umowy ze strony Gminy był P. M., kierownikiem budowy T. N., a inspektorem nadzoru W. W.. Po zawarciu umowy powód stwierdził braki w dokumentacji technicznej, pojawił się problem zasilania budynku w energię elektryczną. Wystąpiły też przerwy w budowie spowodowane złymi warunkami atmosferycznymi (od lipca do grudnia 2009 było 80 dni z opadami deszczu, a od stycznia do końca marca 2010 r. 51 dni z temperaturą minimalną poniżej -4,5 st. C, od stycznia do końca marca 2010 r. było 47 dni z opadami śniegu). Spowodowało to opóźnienie w wykonaniu przez powoda umowy. Pismami z dnia 9.09.2009 r., 28.09.2009 r., 1.02.2010 r. pozwany wzywał powoda do przyspieszenia tempa prac, złożenia potwierdzenia dokonania zamówienia dźwigarów, a wreszcie do przedłożenia harmonogramu przyspieszenia prac. Pismem z dnia 8.02.2010 r. powód zapewnił, że inwestycja będzie zakończona zgodnie z umową w terminie 300 dni kalendarzowych. Powód złożył harmonogram przyspieszenia prac i jednocześnie wskazał, że obecnie z uwagi na warunki zimowe wykonywane są prace możliwe do realizacji, ale od marca 2010 r. prace będą trwały w wydłużonym czasie, aby zakończyć roboty w terminie. W raporcie nr 6 z 9.03.2010 r. inspektor nadzoru podał, że termin realizacji obiektu jest zagrożony. W dniu 31.03.2010 r. na zlecenie dostawcy elementów dachu został wykonany dla powoda projekt budowlany wykonawczy

konstrukcji dachu z drewna klejonego. Autor projektu wymienionego w § 2 umowy z 14.07.2009 r. R. P. dokonał akceptacji tego rozwiązania. Pismem z dnia 12.04.2010 r. pozwany poinformował powoda, że deklarowane terminy przyspieszenia nie zostały dotrzymane, zażądał pisemnych wyjaśnień i przedłożenia harmonogramu przyspieszenia prac do dnia 17.04.2010 r. Od dnia 13.04.2010r. powód przystąpił do montażu dachu i jego pokrycia (w tym dźwigarów), a pismem z dnia 16.04.2010 r. powiadomił pozwanego, że wcześniej nie było możliwe wykonanie montażu dachu ze względu na ciężkie warunki zimowe. W raporcie nr 7 z 21.04.2010r. inspektor nadzoru podał, że opóźnienie w wykonaniu umowy wynosi 116 dni oraz że w robotach zostały wprowadzone zmiany – zrezygnowano z dźwigarów skrajnych. Pismem z dnia 18.05.2010 r. pozwany poinformował powoda, że brak jest akceptacji inwestora oraz projektanta na wykonaną konstrukcję dachu klejonego, a wykonawca samowolnie odstąpił od wykonania skrajnych dźwigarów. Jednocześnie pozwany poinformował, że w oparciu o prowadzoną korespondencję i rozmowy telefoniczne, oczekuje na złożenie nie później niż w terminie 7 dni harmonogramu przyspieszenia robót. Pismem z dnia 28.05.2010 r. powód przesłał pozwanemu projekt aneksu nr (...) do umowy z dnia 14.07.2009 r. nr (...), w którym proponował ustalenie terminu zakończenia robót na dzień 15.08.2010 r. wskazując w uzasadnieniu, że od 15 lipca 2009 r. do 31 marca 2010 r. było 60 dni z opadami śniegu oraz 25 dni z temperaturą poniżej minus 5 stopni C, co daje łącznie 85 dni. Ponadto od lipca do listopada 2009 r. było 65 dni z opadami deszczu. Do ww projektu aneksu powód dołączył dane (...). Pismem z 7.06.2010 r. pozwany odmówił zawarcia aneksu uzasadniając, że z raportów inspektora nadzoru nie wynika, aby miały miejsce dni wyłączenia realizacji spowodowane wystąpieniem przewidzianych umową warunków, a w dzienniku budowy nie ma wpisów koordynatora o wstrzymaniu robót. Ponadto pozwany poinformował, że od dnia 11 maja 2010 r. będzie naliczał kary umowne zgodnie z § 12.1 a umowy. Pismem z dnia 19.07.2010 r. pozwany poinformował powoda, że w związku z przekroczeniem terminu wykonania przedmiotu umowy nr (...) o 68 dni nalicza kary umowne zgodnie z §12 ust. 1 lit. a tej umowy i wezwał powoda do zapłaty z tego tytułu kwoty 307.947,99 zł. Drugim pismem z dnia 19.07.2010r. pozwany złożył powodowi pisemne oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dniem 26.07.2010r. na podstawie § 16.1. e, f umowy, jako przyczynę wskazując, że łącznie kary umowne przekroczyły górną granicę ich stosowania oraz że wykonawca wykonywał roboty niezgodnie z dokumentacją bez uzyskania pisemnej zgody zamawiającego. Pismem z dnia 28.07.2010r. powód poinformował, że nie wyraża zgody na naliczanie kar umownych, a ewentualne potrącenia będą dochodzone na drodze sądowej. Powód zarzucił jednocześnie, że na budowie praktycznie nie był obecny koordynator ze strony inwestora, o czym świadczy brak jakiegokolwiek jego wpisów do dziennika budowy. Pismem z dnia 19.08.2010 r. pozwany zwrócił się do autora projektu z pytaniem, czy akceptuje on zmiany w zakresie konstrukcji dachu polegające na braku dźwigarów skrajnych. W dniu 2.08.2010 r. roboty zostały odebrane przez pozwanego od powoda. W dniu 7.09.2010 r. powód złożył pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 500.959,10 zł wraz z wezwaniem do zapłaty w terminie 7 dni oraz sporządzonym przez powoda rozliczeniem robót wykonanych. Pismem z dnia 5.10.2010 r. pozwany poinformował powoda, że ostateczne rozliczenie wykonanych prac może nastąpić w momencie przedłożenia przez projektanta wpisanego w decyzji o pozwolenie na budowę oświadczenia o nieistotnych zmianach w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego. Pozwany zaznaczył, że w przypadku braku akceptacji projektanta, rozliczenie z powodem nastąpi z pominięciem konstrukcji dachu oraz pokrycia dachowego. W dniu 28.12.2010 r. spisany został przez strony protokół komisyjnego odbioru i przekazania robót w toku wynikających z umowy nr (...). Komisja stwierdziła nim, że wartość robót wykonanych, a nie rozliczonych wynosi 441.966,19 zł brutto. W dniu 31.12.2010 r. powód wystawił fakturę korygującą do faktury (...), w której jako wartość brutto wykonanych robót podano kwotę 441.966,19 zł (362.267,37 zł netto). Pismem z dnia 18.03.2011 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty faktury nr (...). W odpowiedzi pismem z dnia 28.03.2011 r. pozwany podał, że odstąpił od umowy i naliczył kary umowne, termin zapłaty kar umownych upłynął w dniu 30.07.2010 r., w związku z tym pozwany na podstawie art. 498 kc oświadcza, że dokonuje potrącenia należnej kwoty 307.947,99 zł z faktury nr (...).

Ustalając stan faktyczny Sąd Okręgowy oparł się na dokumentach, których wiarygodność nie była kwestionowana przez żadną ze stron oraz zeznania świadków W. W., G. O., J. H., uznając je za wiarygodne. Za wiarygodne uznał również zeznania T. N.. Zeznania świadka M. F. oraz P. M. uznał za wiarygodne w części w jakiej były zgodne z zebranymi w sprawie dokumentami. Również zeznania powoda uznał sąd za wiarygodne, podkreślając przy tym, że jego twierdzenia o brakach w dokumentacji czy brakach w zasilaniu w energię elektryczną zostały zawarte już w

pozowie, a pozwany w toku postępowania nie wypowiedział się, co do tych kwestii, zatem Sąd Okręgowy uznał je za przyznane.

Dokonując oceny prawnej uznał, iż brak było podstaw do odstąpienia od umowy przez stronę pozwaną, gdyż nie udowodniła ona żadnej z przesłanek, które uzasadniałyby takie odstąpienie. Zdaniem Sądu Okręgowego, strona pozwana nie wykazała, aby przerwa w wykonywaniu umowy przez powoda trwała ponad tydzień, a potwierdzeniem tego stanu jest brak zapisów w Dzienniku Budowy o jakiegokolwiek przerwie. Odnośnie wykonania prac niezgodnie z projektem wskazał Sąd na to, że zgoda taka została wyrażona, o czym świadczy pismo z dnia 18.05.2010r., z którego wynika, że pozwany zaakceptował zmianę konstrukcji dachu przez powoda. Wskazując na treść pism z dnia 5.10.2010 r. oraz zeznania świadków, w tym P. M. Sąd przyjął, że zmiana konstrukcji dachu nie mogła stanowić przyczyny odstąpienia od umowy. Zdaniem Sądu brak było również podstaw do odstąpienia od umowy z uwagi na przekroczenie przez kary umowne górnej granicy jej stosowania. Wskazał przy tym, iż podstawą przyjęcia, że powód pozostawał w zwłoce, musiałyby być ustalenia, że opóźnienie było następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Wskazując, że w sprawie niewątpliwie nastąpiły opóźnienia w realizacji umowy, Sąd opierając się na treści dowodów przeprowadzonych w sprawie przyjął, że zachodzą podstawy do stwierdzenia, że opóźnienie w wykonaniu przez powoda umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, w szczególności z uwagi na warunki atmosferyczne, opierając to stwierdzenie na danych instytutu meteorologii i gospodarki wodnej. Wskazał też, że strony w umowie ustaliły, iż do czasu realizacji nie wlicza się dni, w których wykonanie robót nie jest możliwe ze względu na złe warunki atmosferyczne, przyjmując przy tym, że literalne brzmienie § 3.3 umowy nie potwierdza, aby przerwanie robót z takiej przyczyny musiało być potwierdzone wpisem koordynatora w Dzienniku Budowy. Wskazując na powyższe przyjął, że brak było podstaw do naliczania kar, a co za tym idzie powództwo należało uwzględnić. Sąd Okręgowy oddalił powództwo w zakresie odsetek za okres od 7.10.2010r. do 30.01.2011r. Wskazując przy tym na termin płatności określony w umowie na 30 dni od dnia przedłożenia faktury wraz z protokołem odbioru robót. W związku z tym, że protokół komisyjnego odbioru robót został sporządzony przez strony dopiero w dniu 28.12.2010r., a powód złożył fakturę w dniu 31.12.2010r. wskazując termin płatności wg umowy, co dało podstawę do zasądzenia odsetek od dnia 31.01.2011r. O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od wyroku złożyła strona pozwana i zaskarżając go w całości wniosła o jego zmianę i oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów procesu za obie instancje ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Zarzuciła mu:

- Naruszenie prawa materialnego tj. §3 pkt 3 umowy z dnia 14.07.2009r., Nr (...) poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że w trakcie przedmiotowej inwestycji wystąpiły dni niekorzystne atmosferycznie, które należało wyłączyć z czasu realizacji zadania, pomimo, że nie zostały one zaakceptowane odpowiednim wpisem w dzienniku budowy, przez koordynatora robót, podczas gdy treść powyższego paragrafu nakłada taki obowiązek.

- Naruszenie prawa materialnego tj. §16.1. e i f umowy z dnia 14.07.2009r. Nr (...) przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności z pominięciem reguł interpretacyjnych wynikających z art. 65 kodeksu cywilnego, a polegające na błędnym przyjęciu, iż prawo do odstąpienia od umowy Pozwanej nie przysługiwało podczas gdy zaistniały dwie niezależne od siebie przesłanki dające Pozwanej prawo do odstąpienia od umowy.

- Naruszenie prawa materialnego tj. art. 12 ust. 1 lit a umowy z dnia 14.07.2009r. Nr (...) poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że kary umowne nie powinny być naliczane z powodu zaistnienia okoliczności za które Powód nie ponosi odpowiedzialności, podczas gdy zwłoka jakiej dopuścił się Powód była zawiniona.

- Sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez przyjęcie, że Powód prawidłowo poinformował Stronę pozwaną o zmianach w realizacji przedmiotu umowy, a związku z tym Gminie K. nie przysługiwało prawo odstąpienia od umowy.

- Naruszenie prawa materialnego Art. 476 k.c. w związku z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że Strony powodowej nie obciążał ciężar udowodnienia, iż zwłoka nastąpiła z przyczyn od niego niezależnych podczas gdy to Strona powodowa twierdziła że zwłoka wynikała z powodu okoliczności za które on winy nie ponosi.

- Naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 233 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy i przyjęcie przez Sąd orzekający oceny dowodów, która jest sprzeczna w szczególności z zasadami doświadczenia życiowego oraz logicznego rozumowania poprzez dowolną ocenę dowodów z zeznań świadków:

- D. T. N. i przyznanie im przymiotu wiarygodności podczas, gdy zeznania te nie są obiektywne z uwagi na istnienie okoliczności wyłączających bezstronność oraz brak oparcia w pozostałym materiale dowodowym

- P. M., M. F. poprzez odmowę wiarygodności, podczas gdy zeznania te znajdują potwierdzenie w dokumentacji przedmiotowej inwestycji.

- Sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez przyjęcie, że Powód uzyskał zgodę Pozwanej na zmianę w realizacji przedmiotu umowy, a związku z tym Gminie K. nie przysługiwało prawo odstąpienia od umowy.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja okazała się uzasadniona i musiała prowadzić do zmiany rozstrzygnięcia.

W przedmiotowej sprawie w pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii ustaleń faktycznych, które zdaniem Sądu Apelacyjnego w części istotnej dla przedmiotowego rozstrzygnięcia okazały się prawidłowe. W szczególności niespornym był fakt, że doszło do opóźnienia w realizacji kontraktu i przekroczenia wskazanego w §3 ust. 2 terminu jego realizacji. Natomiast kwestie kluczowe dla oceny zasadności roszczenia, a mianowicie to czy istniały podstawy ku temu by opóźnienie to zakwalifikować jako zwłokę po stronie wykonawcy, będą przedmiotem dalszych rozważań, co sprowadzać się będzie do oceny, czy w świetle zaoferowanych przez stronę pozwaną dowodów istniała podstawa ku temu by zastosować §3 pkt. 3 umowy łączącej strony. W tym stanie rzeczy nie podziela Sąd zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. i akceptuje ustalenia faktyczne Sądu I instancji. Trzeba przy tym podkreślić, że sformułowany przez stronę pozwaną zarzut naruszenia tego przepisu nie w pełni koresponduje z treścią argumentacji strony pozwanej, która w istocie odnosi się do oceny prawnej. Z samego bowiem faktu ustalonego przez Sąd odnośnie tego, że w trakcie realizacji inwestycji wystąpiły przerwy spowodowane złymi warunkami atmosferycznymi, nie można w ramach tych ustaleń wyprowadzić wniosku, że sytuacja ta stanowiła usprawiedliwioną przyczynę przerwania prac, gdyż niezbędna do tego jest ocena, że warunki te obiektywnie uniemożliwiały wykonywanie prac, której to oceny Sąd Okręgowy dokonał w ramach oceny prawnej. Co się zaś tyczy zarzutów co do ustaleń w kwestii częstotliwości obecności koordynatora na placu budowy gdzie prowadzona była inwestycja, to kwestia ta nie znalazła odzwierciedlenia w ustaleniach Sądu I instancji, który jedynie w części dotyczącej oceny materiału dowodowego, wskazał na to, że nie dał wiary zeznaniom świadków M. F. i P. M., którzy wskazywali na większą częstotliwość wizyt koordynatora. Powyższa okoliczność ma jednak zdaniem Sądu Apelacyjnego poboczne znaczenia dla sprawy, co zostanie wyjaśnione w ramach oceny pozostałych zarzutów.

Przechodząc do analizy kluczowego dla rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 476 k.c. w zw. z art. 6 k.c. wskazać należy, iż definiując pojęcie zwłoki dłużnika przyjmuje się, że dopuszcza się on zwłoki, o ile nie spełni świadczenia w terminie, chyba że nie odpowiada za taki stan rzeczy. Z uregulowania art. 476 k.c. wynika domniemanie prawne, że dłużnik nie dotrzymując terminu pozostaje w zwłoce. Wierzyciel nie musi więc udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik odpowiada, a jedynie to, iż termin wykonania zobowiązania upłynął bezskutecznie. Dłużnik, który twierdzi, że nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykle nie stwarzające negatywnych dla niego następstw prawnych (w tym także wynikających z art. 491 § 1 k.c.) powinien tę okoliczność wykazać (por. wyrok SN, sygn. akt V CSK 427/10 z dnia 22.09.2011 r. LEX nr 1095853). Zdaniem Sądu Apelacyjnego powód nie sprostował obowiązkowi wykazania okoliczności, które dawałyby

podstawę wstrzymania prac. W umowie, strony zastrzegły w §3 ust. 3 warunek, który tłumaczyć należy tak, iż nieprowadzenie robót z powodu złych warunków atmosferycznych, nie będzie kwalifikowane jako zwłoka, jedynie w sytuacji gdy okoliczność ta zostanie potwierdzona wpisem Koordynatora w Dzienniku budowy. Nie sposób przy tym zaakceptować stanowiska powoda, że brak wpisów obciąża stronę pozwaną, z tego względu, że koordynator nie był na placu budowy obecny, jego bowiem obecność tam nie była obowiązkowa, a powód w żaden sposób nie wykazał, że próbował wpis taki uzyskać, mimo tego, że jego interes w tym zakresie był niewątpliwy. Co więcej z materiału dowodowego zgromadzonego sprawie, w tym treści raportów i notatek (k. 119-134) wynika, że dochodziło regularnych spotkań powoda lub jego przedstawicieli z koordynatorem, a powód miał w tym czasie świadomość istniejących opóźnień. Również treść korespondencji między stronami, w tym pismo z dnia 8.02.2010 r. (k. 137) wskazuje, że zapewniał on stronę pozwaną, iż wywiąże się z 300 dniowego terminu zakończenia prac. Powyższe daje podstawę by przyjąć, że na tą chwilę powód nie widział podstaw do stosowania §3 ust. 3 umowy, a jego późniejsze stanowisko było wynikiem tego, że ostatecznie nie wywiązał się z terminu wykonania prac, co stara się usprawiedliwić przyczynami od niego niezależnymi w postaci warunków atmosferycznych. W tym stanie rzeczy wyrażona przez Sąd I instancji ocena, którą sąd wyprowadza z ogólnych danych o warunkach pogodowych, czy zeznań świadków uczestniczących procesie budowy w tym osób powiązanych z wykonawcą, nie czyni zadość obowiązkowi udowodnienia, że przyczyny usprawiedliwiające opóźnienie były obiektywne. Z samego bowiem faktu występowania ujemnych temperatur czy opadów atmosferycznych, nie można wyprowadzić wniosku o braku możliwości prowadzenia prac, a już sama treść pisma powoda z dnia 8.02.2010r. (k. 137) wskazuje, że powód w okresie złych warunków nie wstrzymał całkowicie prac lecz wykonywał prace możliwe do realizacji. Trzeba również wskazać, że fakt, iż przyjmując na siebie obowiązek wykonania prac w określonym terminie, jako profesjonalista miał świadomość tego, że duża ich część będzie wykonywana w okresie zimowym, zatem to po jego stronie występował obowiązek odpowiedniego zaplanowania i organizacji pracy w sposób, który dawał możliwość wywiązania się z umowy. W takiej sytuacji jedynie nadzwyczajne okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć zawierając umowę, dawałyby podstawy do usprawiedliwienia istniejących opóźnień. Zadanie winno być zakończone w dniu 10 maja 2010 r. a Gmina K. odstąpiła od umowy w dniu 19 lipca 2010 r. zatem po 70 dniach od umownego zakończenia budowy. Zgodnie z §12 ust. 1 pkt. a w razie nieterminowego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % całkowitej wartości umowy za każdy dzień zwłoki, a począwszy od 31 dnia opóźnienia 1 % za każdy dzień zwłoki. Po 70 dniach zwłoki całkowita kwota kar przekroczyła zatem 20% ceny, co dawało podstawę do odstąpienia od umowy na podstawie §16 pkt. e.

Trzeba również podkreślić, iż błędnie ocenił Sąd okoliczność wyrażenia zgody przez projektanta na zmiany konstrukcyjne dachu, dając tej zgodzie przymiot decyzji kształtującej stosunki wynikające z umowy łączącej strony, pomimo tego, że brak było ku temu podstaw. Zgodnie bowiem z §16 pkt. f, wykonanie robót w sposób niezgodny z dokumentacją wymagało pisemnej zgody Zamawiającego, a zatem Gminy K.. Brak takiej zgody dawał podstawę do odstąpienia od umowy. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie sposób było dokonać oceny powyższej zmiany konstrukcyjnej dachu jako nieistotnej, jedynie w oparciu o zeznania świadka W. W.. Słusznie bowiem zauważyła apelująca, że ocena tego czy rozwiązanie jest istotne, nie może być dokonana jednostronnie przez wykonawcę, szczególnie w sytuacji gdy zmiana taka wymagała modyfikacji dokumentacji projektowej. Skoro powód bez wymaganej uprzedniej zgody Zamawiającego dokonał zmian w projekcie i wykonał prace niezgodnie z dokumentacją, a strona pozwana poinformowała wykonawcę o braku akceptacji zmian w piśmie z dnia 18.05.2010 r., to niewątpliwie zaistniała również druga podstawa do odstąpienia od umowy wskazana w §16 pkt. f.

Podsumowując wskazać należy, iż niezależnie od tego, czy za podstawę odstąpienia od umowy przyjmiemy fakt zwłoki w wykonaniu prac, czy też wykonanie robót niezgodnie z dokumentacją, stronie pozwanej przysługiwało prawo odstąpienia od umowy, z którego skorzystała. Przyczyna odstąpienia od umowy leżała po stronie powoda, co uzasadniało żądanie zapłaty kary umownej w wysokości 20 % na podstawie §12 ust. 1 pkt. c. Gmina K. dokonała potrącenia kary umownej na zasadzie §12 ust. 3, co czyni roszczenie powoda bezzasadnym i daje podstawę do oddalenia powództwa.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny uznał, że roszczenie strony powodowej nie było uzasadnione, skutkiem czego zmienił zaskarżony wyrok jak w sentencji, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c.

O kosztach postępowania za obie instancje Sąd Apelacyjny orzekł zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. §2, §6 pkt. 7. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.

Na koszty postępowania apelacyjnego składają się opłata apelacji oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego strony pozwanej, którego wysokość ustalił Sąd na podstawie §2, §6 pkt. 7 w zw. 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 nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.