

Sygn. akt I ACa 472/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Waldemar Kryślak (spr.)
Sędziowie:	SA Ewa Staniszevska SA Jacek Nowicki
Protokolant:	st. sekr.sądowy Sylwia Stefańska

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2013 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **Miasta L.**

przeciwko **Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowemu (...) spółce**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą wK. i D. R.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 5 grudnia 2012 r., sygn. akt IX GC 225/12

I. **apelację oddala,**

II. **zasądza od powoda na rzecz każdego z pozwanych po 2.700 zł tytułem zwrotu**

kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.

SSA E. Staniszevska SSA W. Kryślak SSA J. Nowicki

Sygn. akt I ACa 472/13

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 5 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu oddalił powództwo Miasta L. domagającego się zasądzenia od pozwanych Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego (...) sp. z o.o. z siedzibą w (...)i D. R. kary umownej w kwocie 140.063,35 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu oraz rozstrzygnął o kosztach procesu, obarczając ich ciężarem powoda.

W motywach rozstrzygnięcia Sąd ten ustalił, że w dniu 19 maja 2009 r. na podstawie przetargu nieograniczonego, powód zawarł z pozwanymi umowę, na podstawie której powierzył im zaprojektowanie i wykonanie przebudowy pasa drogowego ulic: T., C. i (...) w L.. Przedmiot prac, zgodnie ze szczegółowym opisem stanowiącym załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, będącej integralną częścią umowy, podzielony został na trzy części. Część I zamówienia, dotycząca remontów jezdni pasów drogowych ulic (...) w L., miała zostać ukończona do dnia 30 listopada 2009 r., termin zaś wykonania pozostałych dwóch części umowy, obejmujących opracowanie projektów budowlano-wykonawczych przebudowy pasa drogowego ulic (...) od skrzyżowania ulic (...) – R. – T.w L., z uwzględnieniem propozycji rozwiązań według wariantu 2 koncepcji przebudowy wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz wykonanie zaprojektowanych robót drogowych, strony określiły na dzień 15 października 2010 r. W załączonym do dokumentacji przetargowej formularzu cenowym wskazano, że w ramach wykonywania II części zamówienia koniecznym będzie m.in. opracowanie projektu podziału, stabilizacji znakami graficznymi i wykonania dokumentacji prawnej dla 25 działek po podziale. W przypadku części III wskazano, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania kanalizacji deszczowej i rury z tworzyw sztucznych dla odwodnienia nowego odcinka ul. (...), przebudowy kanału i budowy nowego odcinka kanalizacji w ul. (...), a także przebudowy kanalizacji deszczowej, linii niskiego napięcia i budowy oświetlenia na słupach stalowych w rejonie projektowanego ronda. W opisie przedmiotu zamówienia i w (...)nie wskazano, że wykonawca będzie zobowiązany do wykonania osadnika i separatora dla przyłączenia wybudowanej bądź przebudowanej kanalizacji deszczowej do tej już istniejącej w obrębie autostrady (...) ani też przebudowy sieci średniego napięcia. Nie przewidziano też konieczności wykonania przyłączy kanalizacyjnych do budynków mieszkalnych przy ul. (...) w L., zmiany istniejącej instalacji hydrantowej ani przebudowy studzienek telekomunikacyjnych. W programie funkcjonalno - użytkowym, do którego odsyłano w (...)zamieszczono zapisy, zgodnie z którymi wykonawca w swoich kalkulacjach winien przeprowadzić wizje terenowe, inwentaryzacyjne i pomiary, a rodzaje robót i ich ilości mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej. Wskazano także, że uzyskanie wszelkich niezbędnych uzgodnień i decyzji w odniesieniu do projektów leży po stronie wykonawcy. Strony umowy za wykonanie jej przedmiotu ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 4.048.338,51 zł brutto, z czego 2.127.021,20 zł za wykonanie części I i 1.921.317,31 zł za wykonanie części II i III zamówienia. W umowie kontrahenci zastrzegli kary umowne dla zamawiającego: za zwłokę w wykonaniu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki i za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zamówienia w wysokości 10% wynagrodzenia.

Pozwani w całości wykonali prace objęte I częścią zamówienia, a powód zapłacił im należne z tego tytułu wynagrodzenie. W trakcie wykonywania prac związanych z realizacją II i III części zamówienia, okazało się, że niezbędne jest wybudowanie na granicy projektowanego odcinka kanalizacji deszczowej osadnika i separatora do zbierania zanieczyszczeń. W dniu 14 sierpnia 2009 r. inwestor, z powodu protestów mieszkańców przeciwko przebiegowi jezdni bezpośrednio pod oknami ich budynków, polecił pozwanym wykonanie zamówienia z uwzględnieniem przesunięcia pasa drogi na wskazanym przez niego odcinku. Strony ustaliły, że w związku z przesunięciem pasa drogowego, wykonawca zmuszony będzie wykonać prace niezgodnie z dokumentacją zgłoszoną do starostwa, co może spowodować negatywne konsekwencje w dalszych etapach realizacji inwestycji.

Przesunięcie pasa drogowego spowodowało konieczność przebudowy linii niskiego i średniego napięcia, a także budowy nowych słupów oświetleniowych. W dniu 28 września 2009 r. przedstawiciel powoda pisemnie przyznał, że wykonanie przebudowy słupów oświetlenia jest niezbędne dla realizacji inwestycji i potwierdził, że z poszerzeniem zakresu realizacji zadania zwiększy się niezbędna ilość działek do podziału. W dniu 23 września 2009 r. stwierdzono, że występują kolejne nieprzewidziane ofertą wykonawcy kolizje z istniejącą linią energetyczną. Pozwani wykonali dokumentację przebudowy linii energetycznych zgodnie z wskazaniem (...) sp. z o.o. i uzyskali pozwolenie na budowę.

W piśmie z dnia 16 lutego 2010 r. do inwestora pozwani wskazali na prace, które nie były objęte przedmiotem robót i nie zostały ujęte w formularzu cenowym, a znacznie poszerzają zakres oferty, wyszczególniając je wraz z sporządzoną co do nich kalkulacją cenową. Wskazali na niezbędność wykonania: osadnika i separatora w ul. (...), podziałów wszystkich działek zgodnie z projektem, podkreślając, że wbrew założeniom zamówienia przy ul. (...) po podziale powstanie 50 działek, a przy ul. (...) – 30, konieczność przebudowy linii niskiego napięcia wraz z oświetleniem

i linii średniego napięcia w ul. (...) i rejonie ronda, przyłączenie kanalizacji sanitarnej do budynków na ul. (...) w celu uzbrojenia wszystkich działek przed położeniem asfaltu, wykonanie projektu linii energetycznych w ciągu ul. (...) i przebudowy dwóch studzienek telekomunikacyjnych w ul. (...). Łączną wartość tych prac pozwani wycenili na kwotę 374.401,35 zł netto.

W dniu 26 lutego 2010 r. odbyło się spotkanie stron zamówienia z udziałem geodety, na którym ustalono, że podziałowi będzie podlegało 46 działek, a po podziale działek tych będzie 92.

Z uwagi na to, że powód nie zajął stanowiska co do robót dodatkowych, pozwani pismem z dnia 15 października 2010 r. poinformowali go, że w związku z tym, iż wykonanie zamówienia w części II i III jest uzależnione od realizacji prac dodatkowych, wstrzymują oni prace objęte umową do czasu wykonania tych prac. Nadto wniesli o wszczęcie w terminie 14 dni negocjacji w celu ustalenia warunków wykonania prac dodatkowych przez nich, bądź powierzenia ich innemu wykonawcy.

W piśmie z dnia 27 października 2010 r. powód uznał konieczność wykonania przez pozwanych prac dodatkowych w zakresie: dokonania dodatkowych podziałów, stabilizacji znakami graficznymi i przygotowania dokumentacji geodezyjno - prawnej dla działek po podziale, wykonania osadnika i separatora, wykonania przebudowy linii średniego napięcia w rejonie ronda i wykonania przebudowy hydrantów naziemnych na podziemne. Dodał, że do ich rozliczenia konieczne jest dostarczenie przez pozwanych określonych dokumentów, zwrócił się o wyjaśnienie kwoty żądanej z tytułu dodatkowego podziału działek oraz zakwestionował zasadność domagania się dodatkowego wynagrodzenia za przebudowę linii niskiego napięcia, oświetlenia w rejonie ronda i za budowę przyłączy sanitarnych do budynków. Pozwani odnieśli się do zastrzeżeń powoda i przekazali mu niezbędne dokumenty. Pismem z dnia 15 grudnia 2010 r. powód poinformował pozwanych, że żądane przez nich dodatkowe wynagrodzenie jest nienależne, wynagrodzenie umowne zostało bowiem określone jako wynagrodzenie ryczałtowe, poza tym w dokumentacji przetargowej zastrzeżono, że rodzaje i ilość prac mogą ulec zmianie, a wykonawca kalkulując cenę winien wziąć pod uwagę ryzyko wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W reakcji pozwani pismem z dnia 18 lutego 2011 r. raz jeszcze zwrócili się do powoda o wszczęcie z nimi negocjacji dotyczących prac dodatkowych, a w konsekwencji o udzielenie im dodatkowego zamówienia w terminie 30 dni, bądź do powierzenie w tym terminie wykonania tych prac innemu wykonawcy. Zastrzegli przy tym, że w przypadku bezskutecznego upływu zakreślonego terminu, będą uprawnieni do odstąpienia od umowy. Z uwagi na niepodjęcie przez powoda współdziałania z wykonawcą w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia, pozwani pismem z dnia 29 marca 2011 r. złożyli powodowi oświadczenie o odstąpieniu od łączącej strony umowy.

W piśmie z dnia 31 marca 2011 r. powód poinformował pozwanych, że złożone przez nich oświadczenie uważa za bezskuteczne, a pismem z dnia 9 września 2011 r. wyznaczył im dodatkowy termin do wykonania zobowiązania z zagrożeniem odstąpienia od umowy. Z uwagi na bezskuteczny upływ wyznaczonego terminu, pismem z dnia 21 października 2011 r. powód złożył pozwanym oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 19 maja 2009 r., natomiast w piśmie z dnia 12 grudnia 2011 r. wezwał ich do zapłaty kwoty 140.063,35 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Pozwani zaprzeczyli roszczeniu powoda.

W ocenie Sądu I instancji, powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Łącząca strony umowa miała charakter umowy mieszanej zawierającej elementy zarówno umowy o dzieło, jak i umowy o roboty budowlane. Odwołując się do poglądów doktryny Sąd ten uznał, że w przypadku obu tych umów, jeżeli do wykonania powierzonych prac potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a takiego współdziałania zabrakło, wykonawca może, stosując przepis art. 640 k.c. także do umowy o roboty budowlane, wyznaczyć inwestorowi odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym jego upływie będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. W ustalonym stanie faktycznym dla wykonania zamówienia konieczne było wykonanie szeregu prac dodatkowych, których obowiązek realizacji przez pozwanych nie został określony w dokumentacji przetargowej. W ocenie Sądu Okręgowego, nawet gdyby przyjąć, że pozwani, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i programem funkcjonalno - użytkowym, winni je wykonać w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, to z pewnością nie mogło dotyczyć to tych prac,

których potrzeba wykonania powstała na skutek działań samego powoda związanych z przesunięciem pasa drogowego jednej z planowanych do przebudowy ulic, co doprowadziło do kolizji z istniejącymi sieciami energetycznymi. W tych okolicznościach rację należało przyznać pozwanym, że do wykonania przedmiotu zamówienia podstawowego konieczne było współdziałanie powoda, który winien ogłosić przetarg na wykonanie prac wykraczających poza zakres tego zamówienia, bądź zlecić je pozwanym z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Skoro tego nie uczynił, pozwani zasadnie pismem z dnia 18 lutego 2011 r. wezwali go do współdziałania przy wykonaniu powierzonego im zamówienia przez wszczęcie z nimi negocjacji mających na celu ustalenie warunków, terminu i wynagrodzenia za prace, których konieczność wykonania pojawiła się w trakcie realizacji umowy, a w konsekwencji do udzielenia im zamówienia dodatkowego, bądź do powierzenia ich wykonania innemu wykonawcy z zastrzeżeniem odstąpienia od umowy. W sprawie nie było sporne, że powód w wyznaczonym terminie współdziałania z pozwanymi nie podjął, a w tych okolicznościach złożone przez nich w dniu 29 marca 2011 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy było prawnie skuteczne. W konsekwencji uznać należało, że powód nie mógł złożyć pozwanym oświadczenia o odstąpieniu od umowy w piśmie z dnia 21 października 2011 r., ponieważ w tej chwili umowa stron już nie wiązała.

Sąd I instancji podniósł także, że powództwo należałoby uznać za bezzasadne nawet w przypadku uznania, że pozwani nie złożyli skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy (gdyby przepis art. 640 k.c. nie znajdował zastosowania do umowy o roboty budowlane lub nie można by mówić o braku koniecznego dla wykonania zamówienia współdziałania powoda). Powód nie podźwignął bowiem ciężaru wykazania okoliczności uprawniających go do naliczenia kary umownej. Nie wykazał, aby złożone przez niego w piśmie z dnia 21 października 2011 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy było uzasadnione kwalifikowanym opóźnieniem wykonania przez pozwaną umowę, nie przedstawił też dowodów, z których wynikałoby, że w ramach zamówienia podstawowego i wynagrodzenia ryczałtowego określonych w umowie winni oni wykonać prace, których konieczność realizacji powstała po jej zawarciu, a co więcej, w piśmie z dnia 27 października 2010 r. sam przyznał, że przynajmniej część z prac określanych jako dodatkowe wykracza poza zakres zamówienia. W tej sytuacji pozwani zasadnie oczekiwali od powoda decyzji co do zlecenia im wykonania prac dodatkowych lub powierzenia ich wykonania osobom trzecim.

W apelacji od powyższego wyroku powód domagał się jego zmiany ewentualnie uchylecia w kierunku uwzględnienia powództwa w całości oraz zasądzenia od pozwaną zwrotu kosztów procesu za obie instancje.

Zarzucił naruszenie przepisu art. 656 k.c. w zw. z art. 640 k.c. przez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że dopuszczalne jest stosowanie w drodze analogii legis przepisu art. 640 k.c. do odstąpienia wykonawcy od umowy o roboty budowlane, a także naruszenie przepisu art. 6 k.c. przez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że ciężar dowodu okoliczności uzasadniających odstąpienie przez zamawiającego od umowy spoczywał na stronie powodowej, a nie pozwaną.

Pozwani wnieśli o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja ogranicza się tylko do zarzutów naruszenia prawa materialnego, stąd ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji także Sąd Apelacyjny przyjął za własne i stanowiące podstawę swego rozstrzygnięcia.

Postawiony w apelacji zarzut wadliwego zastosowania przepisu art. 640 k.c., z naruszeniem przewidzianego w art. 656 § 1 k.c. zakresu przedmiotowego odpowiedniego stosowania przepisów umowy o dzieło do stosunku prawnego, którego źródłem jest umowa o roboty budowlane, był uzasadniony. Trafnie bowiem zarzuca skarżący, że w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że ten ostatni przepis szczególnie ogranicza tylko do art. 635 k.c., art. 636 §§ 1 i 2 k.c., art. 638 k.c. i art. 644 k.c. odpowiednie stosowanie do umów o roboty budowlane przepisów regulujących umowę o dzieło (vide: przywołany w apelacji wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2004 r., II CK 315/03, OSP 2005/5/60 ze wskazanym tam orzecznictwem). I choć nowsze orzecznictwo opowiedziało się za dopuszczalnością stosowania w drodze analogii do umowy o roboty budowlane także przepisów art. 629 i 632 § 2 k.c. (vide: powołana w odpowiedzi na apelację uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNC 2010/3/33), to za dalszym rozszerzaniem ograniczeń zawartych w art. 656 § 1 k.c. nie przemawia argument o luce w

prawie, na który powołał się Sąd pierwszej instancji, opowiadając się w stanie faktycznym sprawy za odpowiednim stosowaniem art. 640 k.c. do umowy o roboty budowlane i przyznaniem przyjmującemu zamówienie wykonawcy uprawnienia do odstąpienia od umowy z przyczyn niewspółdziałania zamawiającego przy wykonywaniu umowy. W razie bowiem zmiany stosunków i zagrożenia rażąco stratą wykonawcy, zobowiązanego do oddania robót budowlanych zgodnie z umową, może on poszukiwać ochrony swoich interesów przez odpowiednie zastosowanie art. 632 § 2 k.c., z możliwością domagania się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, a nawet rozwiązania umowy.

Odstąpienie od umowy przez zamawiającego kształtuje pomiędzy stronami nowy stan prawny, w którym łącząca je umowa wygasa i żadna z nich nie może dochodzić roszczeń w niej przewidzianych. Gdy tak, jak w zawartej przez strony procesie umowie z dnia 19 maja 2009 r., odstąpienie od umowy przez zamawiającego „z przyczyn zależnych od wykonawcy” obwarowane zostało karą umowną, jako surogatem odszkodowania za niewykonanie umowy przewidzianego w art. 494 in fine k.c., to zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedzialności kontraktowej dłużnika na podstawie art. 471 k.c. i stosownie do tego przepisu oraz art. 472 k.c. zobowiązany do świadczenia kary umownej może bronić się tylko zarzutem, że niewykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Ciężar dowodu tych okoliczności braku winy, zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k.c., spoczywa na dłużniku, a nie wierzycielu, jak stwierdził Sąd pierwszej instancji, stąd i w tym zakresie apelacja strony powodowej była uzasadniona. Nie miało to jednak wpływu na treść rozstrzygnięcia, skoro z przebiegu postępowania dowodowego i dokonanych, a nie zwalczanych apelacją, ustaleń faktycznych wynika, że zakres robót w następstwie dokonanego pod presją mieszkańców przesunięcia pasa drogi, nakładał konieczność wykonania robót dodatkowych, odbiegających istotnie od opisu przedmiotu zamówienia i planowanych prac projektowych oraz robót budowlanych w programie funkcjonalno-użytkowym, określających zakres rzeczowy zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i stanowiących podstawę do ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego. Gdy bowiem niewykonywanie tych robót przez zamawiającego, który – jak wynika z dokonanych w sprawie ustaleń – bezpodstawnie twierdził, że obejmuje je ryzyko wynagrodzenia ryczałtowego, uniemożliwiło przyjmującemu zamówienie realizację umowy, to nie zachodziła przesłanka opóźniania się przyjmujących zamówienie z wykonaniem umowy, wskazana przez zamawiającego za przyczynę odstąpienia od umowy, za którą ponosi odpowiedzialność strona przeciwna. Trafny był zatem ostatecznie wniosek Sądu pierwszej instancji, że w tych okolicznościach zastrzeżona w umowie kara umowna zamawiającemu się nie należy.

Z tych względów pozbawioną uzasadnionych podstaw apelację powoda należało oddalić na podstawie art. 385 k.p.c., rozstrzygnięcie o kosztach procesu za instancję odwoławczą opierając na przepisach art. 98 §§ 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Na tej podstawie od przegrywającego spór powoda należało zasądzić na rzecz pozwanych zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika procesowego w kwocie 2.700 zł, określonego zgodnie z § 6 pkt 6 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 pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t. j. Dz. U. 2013.490).

SSA Ewa Staniszevska SSA Waldemar Kryślak SSA Jacek Nowicki